

**DERIVATI: CONTRATTO NULLO SOLO SE MANCA L'ALEA PER IL CLIENTE**

L'ALEA È ASSENTE SOLO SE STRUTTURALMENTE È IMPOSSIBILE UN RISULTATO FAVOREVOLE AL  
CLIENTE

*(Nota a Trib. Napoli, dott. Ciro Caccaviello, sent., 24.06.2014 n. 12539)*

*A cura di Walter Giacomo Caturano (Dottore in Giurisprudenza)*

**LA MASSIMA**

*Il cd. swap è un puro contratto aleatorio, in quanto si basa sulla "scommessa" che le parti fanno sull'andamento di specifici tassi di interesse individuati in contratto ed a seconda del differenziale concretamente riscontrato tra tali tassi, una delle parti lucrerà la differenza.*

*Se il meccanismo negoziale è tale da favorire la banca, pertanto, non si può parlare di difetto di causa, in quanto ogni guadagno per il cliente è aleatorio per definizione; qualora, nel proporre un tale prodotto, la banca abbia violato i propri doveri di intermediario finanziario può riscontrarsi una responsabilità precontrattuale dell'intermediario, ma questa non è causa di nullità del contratto.*

*Il contratto in derivati sarà nullo solo se l'alea non esiste nel senso che un risultato positivo per il cliente è impossibile.*

**IL CASO**

Questi sono i principi espressi dal Tribunale di Napoli, con la sentenza n.12539 emessa dal Giudice dott. Ciro Caccaviello del 24 settembre 2014.

Trattasi di pronuncia degna di nota per l'attualità delle questioni affrontate, oggetto di vasto contenzioso, in tempi di crisi finanziaria, che pone gli strumenti derivati al centro di un dibattito che spesso travalica i termini della pura giuridicità della questione.

All'origine della vicenda processuale, il rapporto intessuto tra un Istituto di credito ed una società, la quale aveva avuto una ampia operatività in derivati, con ben 12 contratti IRS, venivano regolati sul c/c di corrispondenza del cliente nel quale risultavano accrediti per € 592.000 a fronte di addebiti per € 1.253.000.

Il procedimento giudiziario prende le mosse dalla citazione proposta dalla società-cliente nei confronti della banca-intermediaria, con la generica contestazione della inadeguatezza-inappropriatezza degli investimenti sottoscritti – e conseguente violazione dei relativi obblighi di

consulenza – nonché con la richiesta di risoluzione giudiziale per asserito inadempimento della banca (che non avrebbe accreditato al cliente gli importi dovuti a titolo di *up-front* e di *mark to market*).

Trattavasi, nel caso di specie, di contratti di *swap* non totalmente speculativi, bensì conclusi al fine di ridurre il rischio della variabilità del tasso d'interesse di un sottostante e connesso contratto di mutuo.

Il Giudice ha osservato come 11 dei 12 contratti in derivati fossero da considerarsi già esauriti, siccome consensualmente risolti (con conseguente inammissibilità della domanda di risoluzione giudiziale) mentre solo uno era in corso di svolgimento e dichiaratamente volto a coprire il rischio — tasso dei contratti di mutuo e *leaseback* a tasso variabile stipulati dalla stessa cliente con la banca.

Sulla idoneità dello strumento a garantire detta copertura, il Tribunale ha rilevato, riportando le parole del consulente tecnico che ***“l'interest rate swap è il contratto derivato più efficiente per la copertura contro un rialzo dei tassi d'interesse”***; ed ancora che ***“se la finalità del contratto era la copertura contro un rialzo dei tassi a fronte di un'esposizione debitoria a tasso variabile, la struttura consente una copertura ottimale”***, stabilendo così un principio generalizzabile in relazione a tale tipo di operazione.

Il Giudice ha altresì affrontato il problema della nullità del derivato in questione per mancanza di causa e, specificatamente, per mancanza di *alea*, stabilendo chiaramente che, trattandosi di contratto tipicamente aleatorio, è necessario sempre distinguere tra l'aspetto della convenienza economica (il contratto può essere valido anche se di per sé più favorevole ad una delle parti) e quello della totale assenza di *alea*. Solo quest'ultima, che si configura quando un risultato favorevole per una delle parti – segnatamente per il cliente – è tecnicamente e strutturalmente impossibile, determina la nullità del contratto.

Nel caso di specie il Tribunale si è soffermato in maniera ampiamente motivata sul tema della nullità, pur non avendo l'attore nulla dedotto al riguardo (cosicché sarebbe stata impossibile anche la declaratoria d'ufficio di un'eventuale nullità), proprio per notare come la struttura negoziale fosse scevra da vizi attinenti alla causa. Si è in seguito pronunciato, sia sull'assenza di vizi di forma del contratto, sia sulla validità della c.d. dichiarazione di operatore qualificato, concludendo infine per il rigetto della domanda di risoluzione, in virtù sia delle osservazioni svolte sull'aleatorietà, sia delle notazioni del CTU sulla corretta struttura del congegno negoziale.

Per tali ragioni, il Tribunale ha rigettato tutte le domande attoree, con relativa condanna del cliente al pagamento di 15.000,00 euro per le spese processuali, attesa la pacifica infondatezza delle richieste formulate.

## IL COMMENTO

Il Tribunale torna a pronunciarsi sulla validità dei contratti di *Interest rate swap*, affermandone la piena validità sotto il profilo causale, nonché valorizzando gli stessi come “strumento più efficiente per la copertura contro un rialzo dei tassi d’interesse”.

È perfino superfluo notare come, in questo preciso momento storico, di evidente crisi economico-finanziaria, gli strumenti finanziari in questione siano posti sotto la lente d’ingrandimento, avendo comportato spesso, per effetto di un non prevedibile ribasso dei tassi di interessi e, più in generale, in virtù delle cospicue perdite relative a valori mobiliari connessi alle operazioni in derivati, addebiti assai rilevanti per i clienti-investitori.

È la storia dei contratti derivati, tuttavia, a giustificare la rilevanza e/o la necessità di tali strumenti all’interno delle moderne economie di mercato, nel quale il tradizionale strumento “assicurativo”, mezzo di tutela per le incertezze future, è apparso ben presto inadeguato a garantire la copertura dei rischi connessi a complesse operazioni finanziarie, cosicché ben presto sono sorti meccanismi negoziali – antesignani dei moderni strumenti derivati – volti all’acquisto di derrate alimentari, con copertura dal rischio di ribassi o rialzi della merce dovuti ad accadimenti metereologici tali da influenzare il volume e la quantità del raccolto<sup>1</sup>.

È evidente che oggi ci troviamo di fronte a congegni ben più complessi, rispetto ai quali gli ordinamenti si sono posti il problema di fornire una regolamentazione (soprattutto nell’ottica della tutela del contraente debole), pur nella consapevolezza che trattasi di fenomeno che mal si presta ad essere imbrigliato negli schemi negoziali tipici del diritto civile.

Nel nostro ordinamento, in particolare, i derivati hanno trovato una certa “tipizzazione” nell’art.1, comma 2, TUF, laddove il legislatore ha fornito una definizione di “strumenti finanziari”, di tal che si è parlato, a proposito dei derivati, di “contratti atipici nominati”<sup>2</sup>.

In altri termini, i contratti derivati non trovano una disciplina positiva generale (applicabile cioè agli stessi al di fuori del contesto del mercato mobiliare-finanziario), ma in virtù del fatto che essi sono “nominati” dal legislatore del TUF, superano assai agevolmente il problema del vaglio di meritevolezza della causa ex art.1322 cc, necessario comunque in quanto trattasi sempre di contratti atipici.

Ed infatti, venendo al tipo di contratto sottoscritto nella sentenza in commento, la giurisprudenza non ha generalmente difficoltà a riconoscere al contratto di *interest rate swap* una causa lecita e meritevole di tutela, consistente nello scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel

---

<sup>1</sup> Cfr. F.VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell’acquirente*, Torino, 2013, pp. 1-2.

<sup>2</sup> Cfr. *ivi*, 20.

tempo di esecuzione del contratto, si determina tra due tassi di interessi differenti e predefiniti, applicati a un capitale nozionale di riferimento, o mira a equilibrare l'oscillazione dei tassi variabili relativi al contratto di mutuo connesso<sup>3</sup>.

Tale definizione pare idonea a coprire sia l'*IRS* stipulato "a copertura", sia quello meramente speculativo.

In realtà, è rispetto a quest'ultimo che la dottrina è divisa circa la possibilità di riconoscevi tutela, assimilandolo talora alla mera "scommessa", rispetto alla quale, tuttavia, non si pone tanto un problema di liceità o meritevolezza della causa, bensì di applicabilità o meno dell'art.1933 cc (che prevede la mancanza di azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa). Si tratta cioè di stabilire se le obbligazioni nascenti dal contratto di *IRS* (e più in generale del derivato speculativo) possano o meno trovare tutela coattiva per il creditore che ne esiga il pagamento.

Il problema pare risolto dal legislatore con la previsione espressa dell'art.23, comma 5, TUF, che esclude l'applicabilità dell'art.1933 cc agli strumenti finanziari, rendendo "azionabile" il credito da essi derivante<sup>4</sup> e risolvendo pragmaticamente la questione nell'ambito dei derivati meramente speculativi.

Per la verità non manca qualche Autore che evidenzia nettamente la distinzione tra il derivato speculativo e la mera scommessa, dal momento che lo speculatore compie una scommessa "su basi razionali" e "vince" perché ha avuto una migliore padronanza delle informazioni, diversamente dallo scommettitore per gioco, che pone in essere un contratto privo di alcuna base razionale e "vince" solo in base alla fortuna. Ora, dal momento che il derivato speculativo, fondato su basi comunque razionali, introduce nel sistema "ricchezza informativa" ed a formare un "prezzo del rischio" non vi è ragione per assimilarlo alla mera scommessa, che non immette alcun contributo nel sistema economico-finanziario, essendo basata solo ed esclusivamente sul "caso".

In questo senso, la meritevolezza dell'operazione e la relativa "protezione" fornita dall'ordinamento (che si traduce nella tutela coattiva del diritto di credito) si ravvisa in quanto la "speculazione" non è affatto una scommessa legata al caso ma è piuttosto legata ad una valutazione oggettiva del rischio<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr., ex multis, Tribunale di Torino Dott.ssa Silvia Vitro, sentenza n.297 del 24-04-2014, su questa rivista in <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/derivati-irs-la-causa-del-contratto-e-nello-scambio-di-flussi-corrispondente-al-differenziale.html> ;

<sup>4</sup> A tal proposito va ricordato che la norma trova applicazione solo per i derivati negoziati nell'ambito della prestazione di servizi di investimento, restando per l'area residuale aperto il problema circa la riconducibilità del derivato speculativo alla mera scommessa.

<sup>5</sup> Cfr. E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Il Caso.it*, II, 200/2010, pp. 3-4.

Tale premessa teorica è opportuna per la comprensione del peculiare atteggiamento del legislatore, *ex ante*, e della giurisprudenza, *ex post*, di fronte al fenomeno dei derivati.

Nel caso di cui alla pronuncia in esame, ci si trova certamente di fronte ad un contratto non meramente speculativo, bensì legato alla copertura di un rischio (nella fattispecie, ridurre il rischio derivante dalla variabilità del tasso degli altri strumenti finanziari utilizzati dalla società-cliente).

Non si pone, dunque, un problema di carenza dell'elemento causale (ed esula peraltro da quest'analisi la tematica del collegamento negoziale e della relativa individuazione della causa come legata al singolo negozio ovvero da individuarsi nell'operazione complessiva posta in essere dalle parti), giacché la necessità di coprirsi dal rischio dell'oscillazione del tasso variabile (dedotto in altro rapporto intercorrente anche tra le medesime parti) integra di per sé il requisito di meritevolezza ex art.1322 cc, sempre che si vada verso la configurazione della causa in termini "concreti".

Altra è la questione relativa all'asserita nullità per assenza di "alea", di tal che, come dedotto dall'attrice, vi sarebbe stato un congegno strutturato in maniera da favorire *ab origine* la banca, assegnando al cliente tassi, per entità e qualità, difficilmente riscontrabili nella pratica.

La questione, su cui il giudice napoletano ha espresso una chiara e argomentata motivazione, si risolve agevolmente rilevando, *in primis*, che l'ordinamento non si "preoccupa" della convenienza economica del contratto stipulato tra le parti (cosicché il contratto potrebbe risultare sin dall'inizio più favorevole all'uno od all'altro contraente) ed, *in secundis*, notando come, in un tipico contratto aleatorio (quale lo *swap*) potrebbe aversi un caso di nullità solo ed esclusivamente quando l'*alea* manchi totalmente (o sia meramente "apparente" o "unilaterale", termini che, tuttavia, mal si prestano come attributi dell'*alea*, che di per sé non tollera aggettivazioni).

È chiaro infatti che, solo ove il meccanismo negoziale sia architettato in maniera tale da non consentire in alcun caso un risultato positivo per il cliente, potrà aversi effettivamente mancanza dell'*alea* e, quindi, nullità per carenza dell'elemento causale; viceversa, se il contratto è strutturato inizialmente in maniera favorevole alla banca intermediaria, si resta nell'ambito dell'aleatorietà dei guadagni (possibili in futuro) per il cliente, senza dimenticare che il vantaggio per quest'ultimo potrebbe ben derivare dall'operazione considerata nel suo complesso (se il cliente percepisce il tasso fisso dal derivato e paga il tasso variabile nel contratto di mutuo connesso, è evidente che le perdite ad egli derivanti dal ribasso del tasso variabile nel derivato saranno compensate – in una certa misura – dallo speculare guadagno nel rapporto di mutuo).

Tutto il problema del contenzioso intermediario-cliente, in questi casi, viene a porsi, dunque, in termini di responsabilità precontrattuale, in quanto l'assenza di vizi propri del contratto e l'impossibilità di risolvere il medesimo per eccessiva onerosità (in virtù dell'aleatorietà del contratto), consente di configurare responsabilità della banca solo ove – stante il rispetto degli obblighi formali previsti per la redazione di contratti finanziari – questi abbia agito in spregio agli obblighi di informazione propri dell'intermediario (ed in questo caso il TUF pare approntare un articolato sistema di tutela, soprattutto post direttiva MIFID, ancorato intorno alle valutazioni in termini di adeguatezza ed appropriatezza).

Naturalmente, ciò pone in capo al cliente, che intenda agire per il risarcimento (come non è accaduto nel caso della sentenza in commento, ove il cliente agiva per la declaratoria di nullità dei contratti, taluni anche già risolti consensualmente) un preciso onere probatorio (dovrà provare il danno subito, la condotta dell'intermediario, nonché il nesso di consequenzialità tra l'omessa informazione e le conseguenze pregiudizievoli), che sarà ancor più gravoso quando il medesimo cliente abbia rilasciato una (valida) dichiarazione di essere “operatore qualificato”, la quale esonera l'intermediario da una serie di obblighi informativi e valutativi, secondo un principio di graduazione della tutela.

Così configurato, il contenzioso intermediario-cliente si presenta delineato da precisi confini, rispetto ai quali è necessario avere consapevolezza onde valutare i rischi di soccombenza.

La conclusione che se ne può trarre, di ordine generale, è la seguente: la valutazione dell'*alea* ed il risultato economico prodotto dall'operazione in derivati non vanno mai valutati *ex post*<sup>6</sup>, sulla base del concreto verificarsi di perdite eccessive per il cliente, in quanto queste ultime, da un lato, non incidono sulla validità *ab origine* del contratto (salvo il caso di assenza di *alea*, per la verità assai remoto), né valgono di per sé a dimostrare la responsabilità dell'intermediario, come descritta in termini di responsabilità precontrattuale.

\*\*\*\*

Per ogni ulteriore approfondimento, si rinvia alla consultazione della rassegna giurisprudenziale in materia di strumenti derivati, a cura di *Ex Parte Creditoris*:

<http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/strumenti-derivati-obblighi-informativi-qualifica-dell-investitore-irresponsabilita-dell-intermediario.html>

---

<sup>6</sup> In tal senso, Tribunale di Torino Dott.ssa Silvia Vitro, sentenza n.297 del 24-04-2014, cit.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Napoli — seconda sezione civile - nella persona del Giudice dott. Ciro Caccaviello ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 8630 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2011 avente ad **oggetto**: intermediazione finanziaria

**SOCIETÀ SPA**

TRA

ATTORE

**BANCA**

E

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Il procuratore dell'attore chiedeva in via istruttoria ammettersi prove testimoniali sulle circostanze inerenti la stipula dei contratti, nel merito dichiararsi risolti per inadempimento della banca i contratti in questione e condannarsi la banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite nonché al risarcimento dei danni ulteriori causati all'attività aziendale, con vittoria di spese.

Il procuratore del convenuto chiedeva il rigetto della domanda, con vittoria di spese.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 14.3.11 **SOCIETÀ SPA** conveniva in giudizio **BANCA**

L'attore, premesso che:

è una società che operava nel settore turistico alberghiero e, nel 1995, decideva di realizzare una lottizzazione edilizia su terreni di sua proprietà;  
la società non disponeva di liquidità propria, operando sempre mediante il credito bancario;

in data 31.3.03 **SOCIETÀ SPA** stipulava con il convenuto contratto di mutuo per € 6.600.000 al tasso d'interesse nominale annuo rivedibile semestralmente pari all'Euribor a sei mesi su base 365, arrotondato allo 0,05 superiore maggiorato di uno spread di 1,50 pp.;

gli accordi prevedevano che il mutuo sarebbe stato concesso al fine di costruire alcune ville e che le erogazioni sarebbero avvenute secondo i SAL mentre i pagamenti sarebbero avvenuti in corrispondenza della vendita delle ville suddette mediante versamento diretto o accollo della quota di mutuo;

in data 30.11.06 **SOCIETÀ SPA** stipulava con **ALFA SPA** contratto di *leaseback* con il quale cedeva alcune proprietà immobiliari per l'importo di € 11.000.000 conservando la detenzione degli immobili ed impegnandosi a restituire la somma in 15 anni al tasso del 5,309% annuo con indicizzazione finanziaria;

contestualmente **SOCIETÀ SPA** stipulava con **BETA SRL** contratto di affitto di ramo d'azienda garantito da **SOCIETÀ SPA** cui canoni andavano a copertura delle rate di leasing;

al fine di porsi al riparo dal rischio della variabilità degli interessi previsti nel contratto di mutuo di cui sopra la banca proponeva a la stipula di un contratto di Interest Rate Swap; a tal fine le faceva sottoscrivere la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522;

tale dichiarazione non rispondeva a verità non avendo, realtà, alcuna competenza in materia di strumenti finanziari;

presidente del CDA di **SOCIETÀ SPA** infatti, era (OMISSIS) il quale era laureato in Economia e Commercio e si era occupato della gestione di aziende di distribuzione di carburanti, turistiche e di edilizia;

amministratore delegato di **SOCIETÀ SPA** era (OMISSIS) avvocato;

entrambi non si erano mai occupati di investimenti finanziari;

i contratti stipulati erano i seguenti:

1) n. 5197, sottoscritto il 7.7.03 con scadenza al 25.1.05 per € 3.305.324, estinto il 7.11.03; proteggeva il cliente dal rischio di aumento tassi superiori al 2,31 % (al momento Euribor 6M era al 2,074%); il derivato aveva un buon andamento; il capitale nozionale, però, non corrispondeva a quello effettivamente erogato al momento; inoltre la banca non corrispondeva al cliente 3.464 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed € 18.595 per il residuo valore del contratto all'atto dell'estinzione anticipata;

2) n. 7638, sottoscritto il 7.11.03 con scadenza al 11.11.05 per €3.300.000, estinto il 29.1.04; il cliente paga un tasso variabile pari al tasso Libor Svizzero al doppio + 0,50 % mentre la banca paga il tasso fisso del 4 % (al momento Libor era superiore al 4 %); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 57.849 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed € 27.986 per il residuo valore del contratto all'atto dell'estinzione anticipata;

3) n. 10144, sottoscritto il 29.1.04 con scadenza al 2.2.06 per € 4.500.000, estinto il 10.3.05; il cliente paga un tasso variabile pari al tasso Libor Svizzero al doppio + 0,10 % mentre la banca paga il tasso variabile curo (al momento Libor era superiore all'euro); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 102.620 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) e gli addebitava € 40.990 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 61.630;

4) n. 15291, sottoscritto il 27.5.04 con scadenza al 3.9.07 per € 1.000.000, estinto il 19.10.04; il cliente paga un tasso variabile pari al tasso Euribor con leva di 1,25 % mentre la banca paga il tasso fisso del 4,20 % (al momento Euribor era superiore al 4,20 %); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 17.634 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed accredita € 5.000 per il residuo valore del contratto all'atto dell'estinzione anticipata;

5) n. 18446, sottoscritto il 19.10.04 con scadenza al 22.10.07 per € 1.000.000, estinto il 10.3.05; sia il cliente che la banca pagano un tasso fisso o variabile a seconda del livello dei tassi (al momento il contratto aveva un valore negativo per il cliente); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 8.862 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 6.700 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 1.162;



6) n. 20866, sottoscritto il 8.3.05 con scadenza al 10.9.08 per € 5.500.000, estinto il 2.8.05; il cliente paga 2,5 volte un tasso pari al 2,35 se il tasso Euribor 12M è uguale o superiore al 3,10 % mentre la banca paga il tasso variabile Euribor 6M (al momento Euribor era superiore al 3,10 %); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 109.771 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 57.571 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 57.571;

7) n. 21366, sottoscritto il 23.3.05 con scadenza al 29.3.07 per € 5.500.000, estinto il 12.4.05; il cliente paga un tasso variabile pari al tasso Euribor 12M con leva di 1,10 % mentre la banca paga il tasso fisso del 3,10 % (al momento Euribor era superiore al 3,10 %); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 31.846 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 1.372 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 33.219;

8) n. 21800, sottoscritto il 12.4.05 con scadenza al 10.9.08 per € 500.000, estinto il 2.8.05; il cliente paga 2,5 volte un tasso pari al 2,35 se il tasso Euribor 12M è uguale o superiore al 3,10 % mentre la banca paga il tasso variabile Euribor 6M (al momento Euribor era superiore al 3,10 %); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 6.344 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 3.400 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 2.944;

9) n. 25656, sottoscritto il 2.8.05 con scadenza al 4.8.08 per € 500.000.000, estinto il 25.1.06; il cliente paga 2 volte un tasso pari al tasso Euribor 12M meno uno spread del 2,86 % mentre la banca paga il tasso variabile Euribor 6M (al momento il derivato aveva un valore negativo); la banca, però, non corrispondeva al cliente € 31.578 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 120.000 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata, lucrando quindi la somma di € 98.419;

10) n. 25653, sottoscritto il 2.8.05 con scadenza al 4.8.10 per € 5.000.000, estinto il 25.1.06; sia il cliente che la banca pagano un tasso fisso o variabile a seconda del livello dei tassi (al momento il contratto aveva un valore negativo per il cliente); il derivato aveva un buon andamento; la banca, però, non corrispondeva al cliente € 60.438 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 61.600 benché il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata fosse di € 58.949, lucrando quindi la somma di € 1.162;

11) n. 31134, sottoscritto il 25.1.06 con scadenza al 28.1.13 per € 7.000.000, estinto il 11.1.08; sia il cliente che la banca pagano un tasso fisso o variabile a seconda del livello dei tassi (al momento il contratto aveva un valore negativo per il cliente); la banca non corrispondeva al cliente € 248.292 (per lo squilibrio iniziale dei tassi d'interesse) ed addebitava € 271.920 per il residuo valore negativo del contratto all'atto dell'estinzione anticipata;

12) n. 66184, sottoscritto il 11.1.08 con scadenza al 15.2.18 per € 8.033.869; il cliente paga un tasso fisso pari al 4,93 % mentre la banca paga un tasso variabile Euribor 3M, in una congiuntura in cui il rialzo dei tassi era impossibile; deduceva che:

- i contratti stipulati non corrispondono al profilo di prudente investimento richiesto dall'attore;

- la banca, pertanto, non ha assolto ai suoi obblighi di consulenza;

-i contratti sono strutturati in maniera da non rispondere alla finalità di garanzia dal rialzo dei tassi di interesse richiesta dal cliente;

-la banca, pertanto, ha agito in conflitto d'interessi;

-la banca non ha accreditato al cliente gli importi dovuti quale *up front* (compensazione per il differenziale iniziale dei tassi) e non ha, conseguentemente, accreditato al cliente il mark to market (valore finale del contratto) quando a lui favorevole;

chiedeva quindi in via istruttoria ammettersi prove testimoniali su circostanze inerenti la stipula dei contratti; nel merito dichiara i risolti per inadempimento della banca i contratti in questione condannarsi la banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite nonché al risarcimento dei danni ulteriori causati all'attività aziendale dalla mancanza di liquidità, con vittoria di spese.

Si costituiva il convenuto e contestava la domanda dell'attore, deducendo che:

fu (SOCIETÀ SPA) a richiedere la stipula dei contratti in questione;

l'amministratore della società, accompagnato dai propri consulenti finanziari, esaminò compiutamente le soluzioni che gli venivano proposte;

all'uopo il legale rappresentante della società dichiarò di essere dotato di specifica competenza nel settore;

in particolare, in occasione della stipula dell'ultimo contratto, il legale rappresentante di (SOCIETÀ SPA) dichiarava di essere in possesso di specifica competenza in materia e di porsi l'obiettivo di coprire il rischio di tasso del contratto di *leaseback* citato in precedenza;

la domanda di risoluzione dei contratti già estinti è inammissibile, nemmeno può dedursi la nullità dei medesimi;

chiedeva pertanto il rigetto della domanda, con vittoria di spese.

Espletata l'istruttoria e prodotta varia documentazione, sulla base delle conclusioni in epigrafe riportate la causa veniva riservata per la decisione all'udienza del 14.1.14.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

I contratti dal n. 1 al n. 11 sono stati **risolti per mutuo consenso** prima dell'inizio del presente giudizio, come ammesso dall'istante e provato dagli atti estintivi prodotti in giudizio.

La possibilità di estinguere anticipatamente tali contratti era espressamente prevista dall'art. 11 del contratto "quadro" stipulato dalle parti in data 2.4.02.

La domanda di risoluzione del contratto per inadempimento della banca proposta dall'attrice, pertanto, è giuridicamente impossibile.

Ne consegue che non può darsi adito alle restituzioni richieste.

I movimenti contabili effettuati in base ai contratti di swap in questione, infatti, non hanno natura di indebito trovando causa nei suddetti rapporti esauriti.

Nemmeno può prendersi in esame la domanda, peraltro del tutto generica, di risarcimento del danno per la crisi di liquidità causata all'istante per effetto dei contratti suddetti in quanto presupposto della medesima è l'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento.

Al riguardo l'attrice deduce che i suddetti atti estintivi non hanno natura transattiva e, pertanto, non precludono la proposizione di contestazioni in ordine alla regolarità del rapporto intercorso.

Ciò è indubbiamente vero: tuttavia non è stata proposta alcuna domanda di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale ma solo la domanda di risoluzione del contratto e conseguente ripetizione dell'indebito la quale, come abbiamo detto, giuridicamente impossibile riguardando rapporti esauriti.

L'istante eccepisce, allora, il collegamento negoziale tra tutti i contratti in esame compreso l'ultimo, il n. 12, ancora in corso, affermando, pertanto, che si tratterebbe di un unico rapporto. Tale collegamento non esiste.

Si tratta di **distinte ed autonome operazioni finanziarie, chiuse e riaperte com'è d'uso in questi casi, collegate unicamente dalla successione temporale.**

L'attrice, in comparsa conclusionale, deduce infine la nullità dei contratti IRS stipulati.

**Tale deduzione costituisce, in realtà, una domanda nuova inammissibile poiché tardivamente formulata solo in quella sede.** Nell'atto di citazione, infatti, l'attrice non formula alcuna eccezione di nullità né deduce, se non in via estremamente generica, le circostanze che tale nullità fonderebbero rendendo impossibile, quindi, anche il rilievo d'ufficio della medesima.

Né alcuna ulteriore deduzione è stata effettuata nel termine ex art. 183 comma 6 cpc.

*Ad abundantiam* si osserva che la nullità non sussiste.

L'attrice deduce che la banca avrebbe violato i propri doveri di consulenza offrendo ad un investitore dal profilo prudente e privo di specifica esperienza negli strumenti finanziari complessi un prodotto inadeguato e, per di più, in una situazione di conflitto di interessi.

Orbene è noto che **la nullità è una sanzione che può essere comminata solo quando espressamente prevista dalla legge o quando riguarda uno degli elementi essenziali del contratto.**

Nella specie il Testo Unico sull'intermediazione Finanziaria commi tale sanzione solo per l'inosservanza degli obblighi formali previsti per la redazione dei contratti finanziari.

Gli illeciti dedotti dall'attrice, pertanto, sono fonte soltanto di responsabilità contrattuale o precontrattuale e l'attrice non ha proposto alcuna domanda risarcitoria in tal senso.

L'attrice, infine, deduce la nullità dei contratti in questione per difetto di causa.

Afferma l'attrice che i contratti di swap in esame sarebbero strutturati in maniera da favorire la banca, assegnando al cliente tassi, per entità e qualità, difficilmente riscontrabili nella pratica.

Si osserva che il cd. *swap* è un puro contratto aleatorio in quanto si basa sulla "scommessa" che le parti fanno sull'andamento di specifici tassi di interesse individuati in contratto. A seconda del differenziale concretamente riscontrato tra tali tassi, una delle parti lucrerà la differenza.

Se il meccanismo negoziale è tale da favorire la banca, pertanto, non si può parlare di difetto di causa, in quanto ogni guadagno per il cliente è aleatorio per definizione; qualora, nel proporre un tale prodotto, la banca abbia violato i propri doveri di intermediario finanziario può riscontrarsi una sua responsabilità precontrattuale ma questa, ancora una volta, non è causa di nullità del contratto.

**Il contratto, quindi, sarà nullo solo se l'alea non esiste nel senso che un risultato positivo per il cliente è impossibile.**

Tanto non si riscontra nella fattispecie.

I contratti in questione, infatti, come può evincersi da quanto dichiarato dalla stessa attrice e come si rileva dagli estratti conto prodotti dalla banca, in molti casi hanno avuto un andamento positivo o parzialmente positivo per il cliente.

I contratti IRS in questione, infatti, venivano regolati sul c/c di corrispondenza di **SOCIETA SPA** nel quale risultano accrediti per € 592.000 a fronte di addebiti per € 1.253.000.

Non dobbiamo dimenticare, poi, che la funzione degli swap in questione non era quella di produrre utili ma quella di ridurre il rischio della variabilità del tasso degli altri strumenti finanziari utilizzati da **SOCIETA SPA**.

Tali contratti, pertanto, potranno non aver prodotto i risultati che **SOCIETA SPA** si aspettava ma non possono essere considerati nulli per assenza di alea avendo, comunque, generato importanti flussi finanziari in favore della cliente.

Rimane, allora, da prendere in esame il contratto n. 66184, l'unico ancora in essere e l'unico, pertanto, di cui possa chiedere la risoluzione.

Tale IRS è stato sottoscritto l'11.1.08, ha scadenza con scadenza al 15.2.18 e ha ad oggetto un capitale di € 8.033.869.

Il regolamento prevede che il cliente paga un tasso fisso pari al 4,93 % mentre la banca paga un tasso variabile Euribor 3M.

Anche in questo caso l'attrice deduce che:

la banca ha agito in una situazione di conflitto di interessi;

la banca ha violato l'obbligo previsto dall'art. 21, comma 1° TUIF nonché i generali doveri di diligenza e buona fede consulenza offrendo ad un investitore dal profilo prudente e privo di specifica esperienza negli strumenti finanziari complessi un prodotto inadeguato;

la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522 non è veritiera;

la banca ha violato l'obbligo, previsto dal regolamento CONSOB n.11522/198, art. 3, par. 4 Parte B, di versare alla controparte l'importo corrispondente al valore negativo del contratto qualora esso non sia in pari; il contratto in questione è nullo per difetto di causa poiché favorisce la banca assegnando al cliente tassi il cui andamento positivo è, di fatto, impossibile.

Tanto premesso si osserva quanto segue.

A termini del TUIF la banca agisce in conflitto d'interessi quando vende al cliente titoli presenti nel proprio portafoglio e non è questo il caso.

Se poi, per conflitto d'interesse, l'attrice intende la circostanza che la banca sia controparte nel contratto in questione si osserva che ciò rientra nelle previsioni del contratto quadro e non può essere considerato un abuso da parte dell'intermediario in quanto è un evento normale nei contratti di "scommessa" finanziaria.

Per quanto riguarda l'obbligo di informare il cliente e di perseguire diligentemente l'interesse del medesimo previsto dall'art. 21, comma 1° TUIF va detto quanto segue. Il contratto in questione è regolato dal contratto normativo "per la disciplina di operazioni in strumenti finanziari derivati eseguita fuori dei mercati regolamentati" stipulato tra le parti l'11.1.08.

In esso si legge quanto segue.

Art. 3 comma 5: 11 Contraente dichiara di essere a conoscenza che le operazioni in strumenti finanziari derivati sono operazioni ad alea normale ed illimitata".

Art. 11 comma I: La Banca provvederà su base giornaliera a rilevare per i Contratti che specificamente lo prevedano il loro rispettivo valore corrente di mercato — definito più propriamente costo di sostituzione o *mark to market*— sulla base delle quotazioni di mercato.

Art. 13: Le parti dichiarano di rinunciare espressamente alla risoluzione per eccessiva onerosità.

Nella sezione specifica relativa ai contratti di *interest rate swap*, infine, si dà precisamente conto della natura e dei meccanismi di funzionamento del contratto in questione.

Nell'allegata documentazione informativa, poi, tali chiarimenti vengono approfonditi, precisando, in particolare (parte 13 art. 4), che "l'investitore potrebbe anche porsi in diretta contropartita del cliente" e che "I contratti di *swaps* comportano un elevato grado di rischio".

L'analisi del profilo finanziario indica come obiettivi di investimento "Contenere le oscillazioni del valore del portafoglio accettando un crescita limitata.

Per quanto attiene all'operatività in derivati non regolamentati: ottimizzare la gestione finanziaria della propria operatività anche assumendo rischi contenuti".

Tale contratto riprende, in sostanza, il contenuto di quello stipulato originariamente in data 2.4.02.

In data 19.4.02 **SOCIETÀ SPA** aveva già sottoscritto la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522, ribadita nel successivo contratto quadro all'art. 3.

Il contratto, quindi, fornisce con chiarezza e precisione tutte le informazioni necessarie al cliente per comprendere la natura delle operazioni finanziarie da intraprendere ed il cliente, quale operatore qualificato, era perfettamente in grado di capirle.

L'attrice afferma che la dichiarazione citata non era veritiera.

Si osserva che le qualità affermate nell'ambito di una trattativa contrattuale si dichiarano sotto la propria responsabilità ed impegnano chi le pronuncia se non siano dovute a vizi della volontà (nella specie non dedotti).

La controparte, pertanto, può legittimamente farvi affidamento a meno che non fosse evidente che le circostanze dichiarate non corrispondevano al vero.

Tanto, però, dev'essere dimostrato dal dichiarante.

Nella specie l'amministratore di **SOCIETÀ SPA** era laureato in Economia e Commercio, aveva svolto molteplici attività imprenditoriali, operava abitualmente senza finanze proprie (sua dichiarazione), aveva intrapreso una serie di complesse operazioni finanziarie (stipula di un mutuo a tasso variabile per finanziare la costruzione di ville con la cui vendita si doveva ripagare il mutuo pertanto le ville erano oggetto di un *leaseback* il cui pagamento veniva coperto con l'affitto di un ramo dell'azienda garantito da una finanziaria...) a coronamento delle quali aveva necessità di garantirsi dalla variabilità dei tassi d'interesse previsti per i finanziamenti ottenuti, pertanto si era rivolto alla banca, assistito dal fratello avvocato oltretutto, presumibilmente, dai suoi consulenti finanziari, ed aveva stipulato undici (undici) contratti di swap; arrivato al dodicesimo si era reso conto di non aver capito cosa stava facendo.

Orbene il legale rappresentante **SOCIETÀ SPA** forse non aveva la competenza per calcolare l'effettiva potenzialità di rendimento di uno swap ma, di certo, sapeva di cosa si trattasse ed era abbastanza avveduto da consultare, in caso di dubbio, i propri consulenti finanziari.

O, per lo meno, tanto la banca poteva legittimamente presumere non essendovi alcuna circostanza evidentemente contraria a quanto dichiarato nel documento citato.

La banca, poi, ha svolto diligentemente i propri doveri di consulenza. La soluzione offerta dalla banca è, infatti, adeguata alla dichiarata finalità del cliente (diminuire il rischio connesso alla stipulazione di un mutuo ed un *leaseback* a tasso variabile): rispetto a tale finalità lo *swap* costituisce lo strumento tipico comunemente utilizzato. L'attrice, però, contesta l'adeguatezza dello strumento proposto al proprio profilo di investitore.

Orbene è vero che è stata profilata quale "prudente" ma tale aggettivo va pur sempre riferito agli obiettivi di investimento che si proponeva.

L'obiettivo era quello di limitare il rischio della variazione del tasso d'interesse stipulato.

Tale obiettivo non poteva essere raggiunto che con una "scommessa" finanziaria rispetto alla quale uno swap collegato ad un tasso non particolarmente volatile come l'Euribor (l'Euribor è il tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in Euro tra le principali banche europee) rappresenta, appunto, una scelta relativamente prudente.

L'attrice deduce, poi, la violazione dell'obbligo, previsto dal regolamento CONS013 n. 11522198, all. 3, par. 4 Parte 13, di versare alla controparte l'importo corrispondente al valore negativo del contratto qualora esso non sia in pari.

Non si riscontra tale violazione in quanto il contratto n. 66184 indica un "importo fisso iniziale a credito" (cd. up front) di € 261.000 che risulta regolarmente accreditato alla cliente come da e/c prodotto.

L'ultima eccezione è quella secondo cui il contratto n. 66184 è nullo per difetto di causa poiché favorisce la banca assegnando al cliente tassi il cui andamento positivo è, di fatto, impossibile e considerando quale base di calcolo l'intero capitale anziché le sole rate scadenti nel periodo in esame.

Per confutare tale affermazione è sufficiente citare la perizia di parte prodotta dalla stessa attrice.

Il contratto n. 66184 era dichiaratamente volto a coprire il rischio — tasso dei contratti di mutuo e leaseback a tasso variabile stipulati da **SOCIETÀ SPA**.

Come abbiamo visto **SOCIETÀ SPA** aveva stipulato un mutuo al tasso d'interesse nominale annuo rivedibile semestralmente pari all'Euribor a sei mesi su base 365, arrotondato allo 0,05 superiore maggiorato di uno spread di 1,50 pp nonché un contratto di leaseback al tasso del 5,309 % annuo con indicizzazione finanziaria.

Lo swap in esame prevede che il cliente paga un tasso fisso pari al 4,93 % mentre la banca paga un tasso variabile Euribor 3M.

Il cliente, quindi, sostituisce ad un tasso variabile il tasso fisso del 4,93 % e scommette sull'Euribor a tre mesi il quale, all'atto della stipula del contratto, aveva un valore pari al 4,576 %, inferiore a quello pagato dal cliente e compensato dall'up front.

Orbene nella perizia prodotta il consulente afferma che "l'interest rate swap è il contratto derivato più efficiente per la copertura contro un rialzo dei tassi d'interesse"; "se la finalità del contratto era la copertura contro un rialzo dei tassi a fronte di un'esposizione debitoria a tasso variabile, la struttura consente una copertura ottimale".

Di fatto il contratto ha prodotto flussi negativi per il cliente ma se "flussi positivi sono improbabili nel breve periodo, nel lungo non sono da escludere" (il contratto ha durata decennale).

In sostanza il contratto in questione può essersi rivelato, sinora, deludente ma non si riscontra affatto quell'assenza di alea richiesta perché possa parlarsi di nullità della causa.

Del resto, in caso di ulteriore peggioramento della congiuntura economica, il contratto quadro prevede la possibilità di estinzione anticipata senza penalità.

La seconda osservazione non è comprensibile.

Il contratto non utilizza come base nominale l'intero capitale ma un nominale decrescente secondo un piano d'ammortamento analogo a quello dell'indebitamento da garantire.

La domanda di risoluzione, pertanto, va rigettata.

Al rigetto della domanda per le motivazioni esposte consegue l'irrelevanza delle istanze istruttorie dedotte dall'attrice.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come dal dispositivo.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c..

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Napoli, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da nei confronti di **SOCIETA SPA** con atto di citazione notificato il 14.3.11, così provvede:

1. rigetta la domanda;

2. condanna l'attrice al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in € 15.000 per onorario.

Così deciso in Napoli il 24.6.14.

IL GIUDICE  
Dott. Ciro Caccaviello

*\*La sentenza in commento è stata modificata nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di ogni riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla privacy.*