

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Catania

Quarta sezione civile

Il Tribunale, nella persona del giudice unico Dott. Mariano Sciacca ha pronunciato la seguente
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al N. 18563/2015 R.G.

promossa da:

[.....], rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Santangeli e Pierpaolo Parisi, presso lo studio dei quali, sito in Catania, Corso Italia, 171, è elettivamente domiciliata, giusta procura in calce all'atto di citazione.

ATTORE

contro:

[.....], giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta.

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale di p.c. d'udienza del 15.10.2019, che qui si intendono richiamate.

CONCISA ESPOSIZIONE

DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione, regolarmente notificato, la

....., conveniva
in giudizio la al fine di sentire dichiarare la
nullità, in subordine la annullabilità, ovvero la risoluzione ex art 1453 c.c. dei contratti derivati di CAp e
Swap stipulati con la il 20.11.2009, e per l'effetto condannare la convenuta alla delle
somme percepite e pari a € 105.422, 56.

In conclusione, chiedeva " a) Ritenere e dichiarare nulli i contratti derivati per mancata sottoscrizione del contratto c.d. quadro; b) ritenere e dichiarare nulli i contratti derivati per mancanza di sottoscrizione degli stessi da parte della Banca; c) ritenere e dichiarare nulli i contratti derivati per carenza di causa concreta in virtù dell'alea irrazionale, e) ritenere e dichiarare nulli i contratti derivati per violazione degli obblighi informativi; f) In conseguenza, di cui ai punti a), b) c), d), e), condannare l'istituto di credito convenuto alla restituzione delle somme versate oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sui singoli pagamenti effettuati dalla s.r.l.. In subordine, g) annullare i contratti derivati per i vizi del consenso per non avere, cioè, la Banca fornito tutte le informazioni

relative agli investimenti finanziari, e, di conseguenza, condannare l'istituto di credito alla restituzione delle somme investite oltre interessi legali; h) dichiarare risolto il contratto quadro stipulato la Banca e la s.r.l., con conseguente nullità dei contratti di acquisto di strumenti finanziari per mancato rispetto, da parte dell'istituto di credito, degli obblighi informativi imposti dalla disciplina di settore; i) condannare la banca a restituire le somme indebitamente percepite pari a € 105.422,56 oltre interessi legali oltre la rivalutazione monetaria delle somme investite dalla s.r.l.". Si costituiva in giudizio la Banca convenuta, , la quale, eccependo in via preliminare l'incompetenza del Giudice adito, stante la clausola compromissoria contenuta all'art 27 dell'accordo normativo del 12.11.2009, e la maturata prescrizione sia dell'azione di nullità che dell'azione di annullamento esperita dalla attrice, contestava in fatto e diritto le domande della s.r.l. e ne chiedeva il rigetto. Concessi i termini ex art 183 VI comma c.p.c., dopo il deposito delle memorie delle parti, il GOT, con ordinanza del 5 giugno 2018 disponeva CTU tecnico contabile. Depositata la CTU, all'udienza dell' 15.10.2019, precisate le conclusioni, la causa veniva posta in decisione con i termini di legge.

Segnatamente, assume l'odierna attrice che la convenuta , in data 20.11.2009 - a distanza di un anno dalla stipulazione del contratto di leasing, avente ad oggetto un capannone ad uso commerciale , con della durata di 216 mesi per un importo di acquisto pari a € 2.500.000,00 - avrebbe chiesto e ottenuto dalla società attrice la sottoscrizione di due contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, al fine di garantirle la copertura dei rischi derivanti dal contratto di leasing, in forza del quale i canoni di locazione sarebbero stati indicizzati all'importo finanziato sulla base dell'andamento di un tasso di interesse variabile Euribor a 3M.

Parte attrice, in data 18.6.2008 stipulava un contratto di leasing finanziario (in atti) con la , avente ad oggetto un capannone destinato all'esercizio della attività di impresa, per un importo di acquisto pari a € 2.500.000,00, obbligandosi a corrispondere mensilmente un canone leasing indicizzato all'importo finanziato sulla base dell'andamento del tasso variabile Euribor a tre mesi, dal valore iniziale fissato convenzionalmente nella misura del 4,70%. A distanza di quasi un anno, richiedeva poi alla di estinguere anticipatamente un primo contratto derivato stipulato a copertura di un precedente contratto di mutuo (estinto anticipatamente al fine di sostituirlo con il contratto di leasing di cui sopra): a tal riguardo proponeva di ammortizzare il costo dell'estinzione anticipata- il cui mark to market come conosciuto dalla era pari a - € 49.512,53 – su una nuova operazione di copertura consistente nel contratto CAP, su un nozionale di € 2.200.108,81, a copertura del contratto di leasing stipulato il 18.6.2008, come da lettera sottoscritta dalla in data 20.11.2009 e versata in atti dalla convenuta.

La stipulazione del detto contratto derivato avveniva in data 26.11.2009, contestualmente alla stipula in pari data di un altro contratto derivato di Interest Rate Swap, il quale - nella ricostruzione prospettata dalla , non contestata dalla s.r.l. -, avrebbe dovuto avere la funzione di coprire il costo del premio dovuto dalla attrice a seguito della stipulazione del derivato CAP.

ECCEZIONE DI ARBITRATO.

Tanto premesso, occorre, pregiudizialmente alla disamina del merito delle domande avanzate dalla attrice, approfondire le eccezioni preliminari sollevate dalla convenuta. La ha eccepito l'incompetenza del Giudice adito in forza della richiamata clausola compromissoria contenuta all'art 27 dell'accordo normativo sottoscritto in data 12.11.2009, con la quale la competenza sulle questioni attinenti la validità, l'interpretazione, e l'esecuzione del contratto quadro e dei contratti in esso disciplinati, tra cui i contratti Cap e IRS stipulati, sarebbe stata devoluta dalle parti al Collegio Arbitrale.

L'eccezione non merita di essere accolta.

Infatti, come a ragione sostenuto dalla attrice, nel caso de quo trova applicazione l'art 6 del Dlgs 179 del 2007 - decreto emesso successivamente all'attuazione della direttiva MIFID e finalizzato a rafforzare la tutela dell'investitore, quale parte contraente debole, in materia di intermediazione finanziaria. In particolare, ai sensi della richiamata norma, *“La clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta”*: il Legislatore, proprio in funzione della rafforzata tutela preposta in favore dell'investitore, ha previsto che quest'ultimo abbia la facoltà di scegliere se far valere le proprie ragioni avanti l'autorità Giudiziaria o optare per la procedura arbitrale, prevedendo la sottoposizione alla decisione su detta alternativa dell'intermediario finanziario. L'unico limite alla possibilità di scelta alternativa a tutela del consumatore è legato alla dimostrazione da parte dell'intermediario, in tal caso, che la clausola sia stata specificatamente oggetto di una trattativa tra le parti (lettura interpretativa questa da preferire a quella che ritiene sufficiente la sola e mera sottoscrizione ai sensi dell'art 1341, 2 comma, c.c., proprio in ragione della *ratio legis* sottesa alla disposizione richiamata).

Nella specie, la banca convenuta non ha dimostrato l'esistenza tra le parti di trattative volte all'inserimento della clausola compromissoria di cui all'art 27 del contratto-quadro, ragion per cui essa non può considerarsi vincolante nei confronti della s.r.l..

ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE.

La convenuta, ha altresì eccepito la maturata prescrizione delle azioni esperite dalla s.r.l.,

In primo luogo, la banca convenuta ha eccepito l'intervenuta prescrizione dell'azione di nullità ex art 23 T.U. F., ai sensi del quale in favore dell'investitore sarebbe prevista una forma particolare di nullità di protezione che gli consentirebbe, in deroga alla nullità assoluta di cui all'art 1421 c.c., di essere il solo legittimato a far valere il difetto di forma scritto sancito per i contratti aventi ad oggetto servizi di investimento; segnatamente tale circostanza determinerebbe l'estensione della disciplina prevista in tema di annullabilità e pertanto l'applicazione del termine prescrizione quinquennale, ex art 1442 c.c. in luogo della imprescrittibilità propria dell'azione di nullità.

L'eccezione è infondata: *“le così dette “nullità relative” sono nullità soggette a un particolare regime quanto alla legittimazione a farle valere, ma a parte ciò, conservano i connotati tipici della nullità”* (C. D'Appello Torino, sentenza 858/2017), e pertanto l'azione di nullità risponderà al regime di imprescrittibilità di cui all'art 1421 c.c..

In secondo luogo, la convenuta ha altresì ritenuto prescritta l'azione di annullamento esperita in subordine dalla attrice, la quale ha rilevato l'annullabilità dei contratti derivati sottoscritti per dolo omissivo.

Invero ai sensi dell'art 1442 c.c., l'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni, e spetta a chi intende far valere l'annullabilità del contratto, in questa sede la s.r.l., dimostrare che sebbene dalla conclusione del contratto il termine sia già maturato, i cinque anni non siano comunque passati dal momento in cui è stato conosciuto il dolo; nel caso de quo, dunque, i contratti di Cap e IRS di cui la s.r.l. ha chiesto in subordine l'annullamento, sono stati stipulati il 26.11.2009, mentre la predetta azione è stata, invero, esperita nel 2015, dopo la maturazione del termine ex art 1442 c.c.. Poiché a seguito della eccezione sollevata dalla convenuta, alcuna difesa è stata svolta dalla attrice sulla diversa decorrenza del termine dal giorno in cui è stato scoperto l'asserito dolo omissivo, l'eccezione di prescrizione dell'azione di annullamento dei contratti Cap e IRS sottoscritti dalla attrice, deve essere accolta.

MERITO.

Non può trovare accoglimento la domanda di nullità ex art 1418 c.c., avanzata dalla s.r.l., del contratto quadro del 12.11.2009 e dei successivi contratti di Cap e IRS sottoscritti dalla stessa in data 26.11.2009, perché nulli ex art 23 del T.U.F.

In particolare, l'odierna attrice ha eccepito la violazione dell'obbligo di forma ad substantiam sancito dal Legislatore per i contratti relativi ai servizi di investimento, essendo i contratti de quo privi della sottoscrizione di

In adesione alle recenti pronunce della Suprema Corte, va osservato che il requisito della forma scritta del contratto-quadro, disposto in ordine ai servizi di investimento ai sensi dell'art 23 del d.lgs. 58/1998, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti (Cass. Civ. Sez.Un. 16.1.2018 n. 898, Sez. Un. 1653/ 2018); tanto vale anche in ordine ai contratti di derivati Cap E IRS che portano la sola sottoscrizione della società cliente, per i quali altresì può ritenersi soddisfatto il requisito di cui all'art 23 del T.U.F., atteso che sul punto è sufficiente ribadire, come sostenuto dalla stessa convenuta, che la più volte ha dato dimostrazione di voler dar seguito all'accordo normativo, che peraltro la stessa convenuta ha versato in atti, e ai predetti contratti, bastando a tal scopo richiamare l'inoltro alla s.r.l. degli estratti conto riepilogativi la sua posizione (doc. n. 4 di parte attrice).

La s.r.l. ha altresì contestato la validità dei contratti di CAP e IRS in quanto affetti da vizi sostanziali che ne determinerebbero la nullità, atteso che, segnatamente, essi sono privi di causa in senso concreto sia perché non funzionali a garantire la copertura dal rischio assunto con il contratto di leasing, e sia in virtù dell'alea irrazionale caratterizzante tali contratti.

Innanzitutto, occorre delineare i tratti essenziali delle due tipologie di contratti in strumenti OTC sottoscritti dalla attrice.

Come ricostruito in precedenza, la s.r.l. ha richiesto di distribuire il peso economico del precedente contratto in derivati (caratterizzato da MTM – € 49, 512,53) estinto anticipatamente, in una nuova operazione di Cap, con il fine di ottenere una copertura dal rischio di fluttuazione del tasso Euribor 3M concordato nel contratto di leasing del 18.6.2008. In particolare, il CAP è uno strumento finanziario derivato, per mezzo del quale a fronte del pagamento di un premio, che sarà tanto maggiore quanto sarà elevato il tasso-soglia, l'acquirente, nei periodi in cui il tasso Euribor supererà il tasso fisso soglia, detto tasso-strike, riceverà il differenziale tra il tasso Euribor e il predetto tasso-strike, senza ricevere alcunché nei periodi in cui il tasso Euribor risulterà inferiore al tasso-strike. Nel caso in esame, le odierne parti in forza di un contratto di durata pari a sedici anni e otto mesi ed in relazione a un capitale di riferimento iniziale di € 2.200.108,81, decrescente con il trascorrere del tempo, hanno concordato che:

- la s.r.l., al verificarsi di una quotazione del tasso Euribor 3m pari o superiore al 4,50% (cap strike), avrebbe acquisito il diritto di determinare gli interessi a proprio debito sulla scorta di un tasso fisso, beneficiando della differenza tra la quotazione del tasso Euribor ed il tasso fisso;
- mentre la , per contro, nel caso in cui il tasso Euribor fosse stato inferiore al tasso-strike, avrebbe ricevuto dalla società investitrice un tasso di interesse Euribor 3m+ 0,95%, indicizzato sull'importo residuo del leasing.

In pari data, altresì la attrice ha sottoscritto il contratto di derivati OTC, Interest Rate Swap, quali tipologia di contratti in cui le parti si scambiano pagamenti periodici di interessi calcolati su una somma di danaro (capitale nozionale) per un periodo di tempo predefinito: una parte si impegna a pagare ad un dato tasso, l'altra ad un tasso differente, sul presupposto di diverse assunzioni previsionali in ordine all'andamento prospettico dei tassi.

Più analiticamente, atteso una durata (16 anni e 8 mesi), un periodo di riferimento (mensile) e un capitale nozionale (€ 2.200.108,81) con valori pari al contratto Cap, le parti hanno concordato che la

s.r.l. , a proprio debito, avrebbe dovuto interessi a tasso variabile (Eurobor 3m + 0,95%) , mentre, la avrebbe computato gli interessi da liquidare alla stessa sulla base della quotazione del tasso Euribor 3m puntuale.

Come già rilevato, la s.r.l., secondo la tesi della e non contestata dalla attrice, se da un lato ha acquistato CAp per coprirsi dal rischio di un eccessivo rialzo dei tassi leasing, dall'altro avrebbe stipulato il secondo contratto di IRS al fine di garantire alla banca creditrice il premio dovutole a seguito della sottoscrizione del CAp.

Pertanto, in forza di quanto premesso, l'analisi sulla causa concreta dei contratti, in particolare sulla finalità di copertura degli stessi, deve necessariamente essere condotta anche alla luce di tale ricostruzione fattuale. Come emerso dalla espletata ctu, i contratti CAp e IRS devono necessariamente essere considerati alla stregua di un unico strumento derivato, costruito appositamente sulle esigenze della attrice, atteso che *“ ove considerati singolarmente, appaiono carenti del sinallagma contrattuale, ossia produttivi di interessi reciproci, e più in particolare, il contratto Cap avrebbe comportato un rischio esclusivamente in capo alla Banca (ipotesi Euribor > 4,50%),per contro, il contratto IRS, avrebbe generato un costo, di natura e importo predeterminato, esclusivamente per la (0,95% * nozionale*199 mesi) ”* (pag 9 relazione finale).

Infatti, il ctu, chiamato a rispondere sulle finalità speculative o di copertura dei predetti contratti, ha rilevato che *“ essi sono riferibili al contratto-quadro sottoscritto il 12.11.2009; che attesa la posizione debitoria a tasso variabile riscontrata nel contratto di leasing a tenuto conto dello schema negoziale sotteso ai contratti IRS e CAp è da ritenersi che la finalità ascrivibile ai derivati oggetto di causa fosse riconducibile al contenimento del rischio tasso e dunque che avessero finalità di copertura, avendo, peraltro, la banca adottato come nozionale di riferimento il debito residuo relativo al contratto di leasing sottoscritto il 18.6.2008 ”* (pag 20-23, relazione ctu) così rilevando la coincidenza tra il debito residuo del leasing e nozionale dei derivati.

Pertanto, sotto il profilo della finalità perseguita con i contratti derivati di cui in esame, sulla scorta delle conclusioni rassegnate sul punto dal consulente d'ufficio, appare emergere la finalità di copertura dei contratti IRS e CAp sottoscritti dalla attrice.

Nondimeno, parte attrice ha altresì eccepito la invalidità dei contratti di cui in esame per assenza di causa in concreto sotto il profilo dell'alea irrazionale.

Al riguardo, la s.r.l. ha evidenziato:

- che sin dalla stipula del derivato (Cap) il valore dell'Euribor a 3m fosse pari allo 0,71 % e che pertanto il superamento del tasso strike (4,50%) fosse un'ipotesi del tutto irreali, circostanza, peraltro asseritamente conosciuta dalla banca.
- che al momento della sottoscrizione lo stesso contratto presentava un valore negativo e pertanto ciò avrebbe dovuto indurre la a sconsigliare la sottoscrizione del CAp e del IRS;
- che il mark to market dei contratti derivati non fosse stato determinato al momento della sottoscrizione e non fosse determinabile attesa la mancata previsione da parte della dei criteri e metodi matematici dalla stessa utilizzati, in caso di estinzione anticipata, per la sua determinazione.

Orbene, caratteristica dei contratti di cui in esame, tipicamente derivati così detti “ over the counter” è la natura aleatoria. A tal riguardo in motivazione il Tribunale di Milano ha chiarito che *“La componente aleatoria è quindi intrinseca alla natura del derivato, che può ritenersi una “scommessa” legalmente autorizzata a fronte di un interesse meritevole di disciplina, tanto che all'art. 23 TUF si dice (al comma 5) che “agli strumenti finanziari derivati... non si applica l'art. 1933 del codice civile“ (norma secondo cui “non compete azione per pagamento di giuoco o scommessa, anche se ...non proibiti”); il richiamo all'art.1933 c.c., sia pure al fine della sua non operatività, conforta circa la natura aleatoria (in termini di scommessa) ascrivibile a tali contratti, dovendosi ulteriormente precisare come tale componente aleatoria debba ritenersi caratterizzare sia il derivato di copertura,*

sia il derivato speculativo, tipologie entrambe contemplate nell'ordinamento finanziario: all'art. 28 n. 3 Delib. Consob 11522/98, infatti, si parla di "operazioni in strumenti derivati ...disposte per finalità diverse da quelle di copertura"(per le operazioni speculative è previsto l'obbligo dell'intermediario di informare l'investitore se la perdita superi una data soglia). L'eventuale sbilanciamento delle alee, ossia una sproporzione tra il rischio assunto dal cliente rispetto al rischio assunto dalla banca, non incide sulla struttura del contratto, e quindi sulla sua validità, purchè ciascuna delle due parti, scommettendo, si assuma un grado (anche sbilanciato) di rischio; un investitore può anche assumersi un forte rischio al fine di tentare di avere un forte vantaggio e solo in casi limite si potrà arrivare a dire che il contratto non è aleatorio, quando cioè al rischio dell'uno non corrisponda il rischio dell'altro"(Corte App. Milano 18 settembre 2013 3459). Tale indirizzo ha individuato nella razionalità dello scambio di alee l'elemento dirimente per la valutazione di liceità del contratto di IRS, così da rilevarne la nullità nel caso in cui al cliente sia stata preclusa la conoscibilità e la misurabilità del rischio assunto.

Da ciò deriva che, in difetto di ogni reale e concreta esplicitazione degli elementi suscettibili di incidere sull'alea che assume la parte contrattuale, il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede nella razionalità dell'alea e quindi nella sua misurabilità. Di talché, per i giudici milanesi la circostanza per cui il soggetto abilitato non aveva comunicato alla controparte il c.d. mark to market - ossia la formula matematica di attualizzazione del valore del prodotto derivato, attraverso la quale è possibile determinare il quantum dovuto dal cliente alla controparte qualora il primo decida di recedere anticipatamente dal contratto (v. Cass. 11 maggio 2016, n. 9644; Cass. 8 luglio 2016, n. 14059) - è tale da comportare "la radicale nullità dei contratti di interest rate swap, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la scommessa conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutriveva perfetta conoscenza - addirittura nella sua precisa misurazione scientifica avendo predisposto lo strumento".

Altra pronuncia di merito ha chiarito, con statuizione condivisa pienamente, che: *"Ciò che rileva non è lo squilibrio dell'alea, quanto la consapevolezza del contraente del diverso livello di rischio assunto dalle parti. Il mero squilibrio delle alee assunte, di per sé, non è motivo per ritenere assente la causa in concreto, ben potendo le parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, consapevolmente stipulare un contratto di swap in cui una delle parti si assume un rischio maggiore dell'altra: tale circostanza, tuttavia, deve essere frutto di una libera scelta delle parti e non conseguenza derivante dai parametri inseriti nel contratto soggettivamente ignota al contraente debole"* (in tal senso Trib. Torino del 17.1.2014).

Ai fini della liceità della accordo, l'alea deve essere razionale e, come tale, calcolabile. In altri termini, la causa sussiste se e nella misura in cui l'alea cui lo strumento dà luogo sia il frutto di una valutazione razionale in termini di entità e natura; questo essendo il tratto di meritevolezza che giustifica l'autorizzazione di questo tipo di scommesse da parte del legislatore.

Perciò, ciò che rileva è che gli elementi dell'alea - ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti, sia favorevoli che non, che costituiscono e integrano la causa del contratto derivato e, quindi, tutte le informazioni che attengono alla determinabilità del rischio, ivi inclusa l'asimmetria iniziale tra prestazioni - siano necessariamente, ex ante, ben definiti e conosciuti con certezza dal cliente, indipendentemente dalle distinzioni fra scopo di copertura o speculativo tout court e fermo restando che l'alea non deve essere necessariamente simmetrica sul piano quali - quantitativo. In difetto di tali elementi, il contratto di IRS deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., poiché il riconoscimento legislativo risiede nella razionalità dell'alea e quindi nella sua misurabilità.

Nel caso di specie, si deve ritenere che la società attrice non sia stata in alcun modo resa edotta del rischio che andava assumendo.

pagina 6 di 8

Ragionevolmente la società attrice ha rilevato in comparsa conclusionale che *“l’alea contrattuale (sia del contratto Cap, che IRS) risulta essere totalmente irrazionale, atteso che l’istituto convenuto non ha fornito al cliente alcuna informazione in ordine allo scenario probabilistico e razionale sull’andamento dei tassi.”*.

A tal riguardo, il ctu ha rilevato che: *“ - sulla scorta della documentazione versata in atti, non è emerso né il puntuale importo, né la metodologia di calcolo del valore di mercato (mark to market) degli strumenti derivati oggetto di causa; - il mark to market, limitato al contratto CAP, ha fatto registrare un valore di segno negativo; - il mark to market dei contratti CAP ed IRS, considerati alla stregua di un unico strumento derivato, presenta un segno positivo.”* (relazione finale pag. 20)

Sotto questo profilo, a nulla vale quanto di contro rilevato dalla banca convenuta la quale ha ritenuto determinabile il MTM dei contratti in derivati CAP e IRS sia per mezzo del richiamo all’art 16 dell’accordo normativo del 12.11.2009 (*“..ove non diversamente specificato nel singolo contratto, la Banca calcolerà tale valore di mercato sulla base della media aritmetica dei valori corrispondenti forniti da tre primari operatori del mercato degli strumenti finanziari derivati, anche in base a modelli matematici di uso comune nel mercato medesimo”*) che per mezzo del ricorso ai modelli matematici finanziari vigenti nel mercato.

Innanzitutto si osserva che alcuna utilità nel senso della determinabilità del MTM può essere riconosciuta all’art. 16 del richiamato accordo normativo, atteso che esso in alcun modo consente all’investitore di comprendere agilmente e concretamente i criteri adottati dalla banca per la valutazione del MTM in caso di estinzione anticipata.

Trattasi infatti di una formula eccessivamente generica, peraltro, nemmeno supportata da qualche altro riferimento riscontrabile all’interno dei singoli contratti di CAP e IRS sottoscritti dalla _____, ove non c’è traccia dell’indicazione del loro valore iniziale o di formule necessarie a calcolarlo.

Altresì a nulla vale quanto sostenuto dalla banca e dal ctu circa la determinabilità del Mark to market dei derivati in esame al momento della loro sottoscrizione per mezzo dei modelli utilizzati nel mercato finanziario.

Non a caso il ctu è giunto a tale conclusione facendo ricorso al Modello quantitativo cd. di John Hull, che non par dubbio essere utilizzabile soltanto da soggetti qualificati, quali la banca convenuta ma non l’investitore.

Dunque, deve concludersi che la _____ si è esposta ad una gravosa operazione in strumenti derivati Cap e Irs senza avere compiuta consapevolezza dell’elevato rischio assunto; rischio che non ha potuto in concreto misurare preventivamente attraverso la possibilità di una agevole ricostruzione del valore del MTM dei singoli contratti in OTC.

Ciò, appare evidente, determina, in ragione di quanto rilevato in precedenza, il venir meno dell’alea tipica di tali contratti e quindi la invalidità degli stessi. A tal riguardo, *“Ciò che rileva non è lo squilibrio dell’alea, quanto la consapevolezza del contraente del diverso livello di rischio assunto dalle parti. Il mero squilibrio delle alee assunte, di per sé, non è motivo per ritenere assente la causa in concreto, ben potendo le parti nell’esercizio della loro autonomia contrattuale, consapevolmente stipulare un contratto di swap in cui una delle parti si assume un rischio maggiore dell’altra: tale circostanza, tuttavia, deve essere frutto di una libera scelta delle parti e non conseguenza derivante dai parametri inseriti nel contratto soggettivamente ignota al contraente debole”* (in tal senso Trib. Torino del 17.1.2014).

Pertanto, è fondata la domanda di nullità per carenza di causa concreta dei contratti in derivati Cap e Irs sottoscritti dalla _____ s.r.l. _____ in data 26.11.2009.

La dichiarazione di nullità dei contratti per cui è causa, determina la natura indebita delle relative attribuzioni patrimoniali corrisposte in adempimento dall’attore in favore della banca che va quindi condannata alla restituzione delle somme indebitamente percepite nella misura di € 105.422,56, (come da estratti conto versati in atti), oltre interessi legali dalla data dei singoli pagamenti sino all’effettivo soddisfo.

Non dovuta la rivlautazione monetaria, in difetto di allegazione e prova specifica in punto di maggior danno patito.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa o assorbita,

1. Dichiara la nullità dei contratti in derivati Swap denominato “Tasso Fisso “ e (IRS) e CAP stipulati dalla s.r.l. in data 26.11.2009 con la Banca

S.p.A.

2. Dichiara la natura indebita dei pagamenti eseguiti dall’attrice e conseguentemente condanna la S.p.A. alla ripetizione delle dette somme quantificate in € 105.422,56 oltre interessi legali dalla data dei singoli pagamenti sino all’effettivo soddisfo.

3. Condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in € 12.000, 00 per compenso professionale, oltre IVA, CPA e rimborso forfetario.

Così deciso in data 05/02/2020 dal TRIBUNALE ORDINARIO di Catania.

Il Presidente di Sezione

Dott. Mariano Sciacca