



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI GORIZIA

In persona del Giudice Unico dott.ssa Barbara Caponetti, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 1191 del ruolo generale per gli affari civili dell'anno 2015, vertente tra

ALDO, con l'avv. R.Cianci (parte attrice opponente)

E

BANCA POPOLARE FRIULADRIA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t, a mezzo della ITALFONDIARIO S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., contumace (parte convenuta opposta);

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per parte opponente: “VOGLIA IL TRIBUNALE ILL.MO revocare l’opposto decreto ingiuntivo, – accertando e dichiarando la nullità dei dedotti contratti in *Interest Rate Swape* intercorsi tra *O.Me.F. Srl* e *Banca Popolare Friuladria Spa* rispettivamente del 15/17 settembre e 18/19 giugno 2008 e conseguentemente la nullità dell’obbligazione fideiussoria dell’opponente ovvero accertando e dichiarando la responsabilità della banca nella determinazione degli esiti negativi dei rapporti *de quibus*, per la violazione dello statuto protettivo del cliente di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari ed al *Regolamento* di sua attuazione adottato dalla *Consob* con delibera n.16190 del 29 ottobre 2007; – accertare e dichiarare in ogni caso che nulla è dovuto a nessun titolo da *O.Me.F. Srl* a *Banca Popolare Friuladria Spa* e che conseguentemente nulla è dovuto dall’odierno ricorrente in qualità di fideiussore della prima; – le spese di lite seguano la soccombenza”.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE



Il Tribunale di Gorizia con decreto n. 291 del 2015 ha ingiunto alla O.M.E.F. S.R.L., a Giulietto Fanin e Aldo questi ultimi quali fideiussori, in solido fra loro di pagare in favore della Banca Popolare Friuladria s.p.a. la somma complessiva di euro 228.569,92, oltre interessi e spese della procedura monitoria, di cui euro 195.764,53 per esposizione su conto corrente n. 400593-59 ed euro 32.805,39 per esposizione su conto anticipi n. 236502.

Ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo Aldo, sostenendo che la principale esposizione debitoria per la quale esso opponente è chiamato a rispondere in qualità di fideiussore trae interamente origine da due contratti in Interest Rate Swap stipulati dalla debitrice principale O.M.E.F. srl rispettivamente in data 18/19 giugno 2008 e 15/17 settembre 2008 ed è costituita dai corrispondenti flussi negativi generatisi nel tempo sino al termine di durata contrattuale; precisamente il rapporto Interest Date Swap Callable tipo liability con data iniziale 30 settembre 2008, data di scadenza 30 settembre 2013 e capitale nozionale di euro 300.000,00 e il contratto IRS n. 651/661/2008 – 103234 con data iniziale 18 giugno 2008, data finale 30 giugno 2013 e capitale nozionale euro 800.000,00; ha quindi dedotto che entrambi i rapporti hanno generato l'intera pretesa della banca di euro 195.764,53, di cui euro 187.875,25 per flussi debitori in linea capitale ed il residuo importo di euro 7.889,28 per interessi, commissioni e spese dalla banca applicati sui corrispondenti addebiti periodici in conto corrente; ha inoltre contestato la riferibilità al conto anticipi n. 236502 della richiesta di pagamento dell'importo di euro 32.805,39, in particolare la riconducibilità dell'estratto conto con data iniziale di riferimento del 29.1.2014 alla domanda di erogazione di quattro anni precedente. Parte opponente ha eccepito la nullità di entrambi i contratti in strumenti finanziari derivati ovvero la responsabilità esclusiva della banca nella determinazione dei loro esiti fallimentari; segnatamente ha dedotto la nullità per mancata esplicitazione del modello matematico del mark to market, necessario per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario esistente, con conseguente nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c. .

Parte opposta, nonostante regolare notifica dell'atto di citazione, non si è costituita rimanendo contumace.

L'opposizione è fondata e va accolta per quanto segue.

Con contratto del 19.6.2008 n. 651/661/2008 – 103234 la O.M.E.F. srl e la Banca Popolare Friuladria hanno stipulato un contratto per operazioni in derivati su tassi. Con contratto del 15-17.9.2008 la O.M.E.F. srl e la Banca Popolare Friuladria hanno stipulato un contratto di Interest Rate Swap Callable tipo liability, in base al quale il cliente paga un differenziale negativo nel caso in cui i tassi a breve termine espressi dal mercato risultino inferiori al Tasso Fisso previsto dall'operazione di Callable Interest Rate swap. Le operazioni relative ai contratti di IRS in questione risultano contabilizzate su



conto corrente n. 40059359. Il conteggio dedotto dall'opponente è in effetti supportato dalle risultanze dell'estratto conto e del mastrino di contabilità della O.ME.F. srl (cfr. doc. 4, fasc. parte opponente, da cui si evincono gli addebiti su derivati).

Parte opponente ha eccepito la nullità di tali contratti IRS, stipulati il 19.6.2008 e il 15-17.9.2008, per difetto di esplicitazione della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente.

Pacifica la natura aleatoria del contratto di *swap*, la quale discende dal fatto che le prestazioni reciproche, individuate nel regolamento, dipendono da un parametro che è per sua natura variabile, caratterizzato cioè da un'alea giuridica, rappresentata da un rischio finanziario. Il rischio finanziario deve essere tecnicamente misurabile, sulla base di criteri e di modelli esplicitati nel contratto. L'accordo tra intermediario ed investitore deve avere ad oggetto, a pena di nullità, il valore finanziario (mark to market) e il differenziale di probabilità, nonché, ovviamente, i criteri ed il modello utilizzati per calcolarli. Il mark-to-market – inteso come il valore probabilistico che *ex ante* si assegna al differenziale a scadenza del derivato, calcolato sulla base di determinati criteri – costituisce un elemento essenziale del contratto, configurandosi come il suo oggetto.

Nei contratti in questione, di data 19.6.2008 e 15-17.9.2008, non risulta esplicitato il criterio di calcolo del MtM, la sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione che presuppone il richiamo al tasso di interesse di richiamo ma necessita altresì di essere sviluppato attraverso un conteggio che mediante formule matematiche consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo del MtM (cfr. docc. 1 e 2, fasc. parte opponente). L'indicazione della modalità di successiva determinazione delle reciproche prestazioni e, quindi, per quanto sin qui argomentato, dell'oggetto del contratto, non è determinata.

Peraltro, in base all'art. 8 del contratto quadro di Interest rate Swap del 18.6.2008 (doc. 2, fasc. parte opponente) – Calcolo degli importi dovuti dalle Parti e modalità di effettuazione dei pagamenti – “Le rilevazioni dei tassi d'interesse e di ogni altro parametro, nonché i calcoli degli importi dovuti da ciascuna delle parti verranno eseguiti dalla Banca.” Inoltre “Gli importi comunicati dalla Banca al Cliente varranno come determinazione definitiva e costituiranno piena prova degli importi dovuti da ciascuna delle Parti”. È dunque riservata alla banca la definizione delle singole prestazioni esecutive dell'IRS e, così, dell'oggetto del contratto, in maniera non determinabile, data la mancanza di criteri tecnico-finanziari chiari.

Per quanto esposto, in difetto di indicazione del modello matematico di calcolo del market to market, va dichiarata la nullità dei contratti IRS stipulati il 19.6.2008 e il 15-17.9.2008 per indeterminabilità



dell'oggetto ex artt. 1346 e 1418 c.c.; l'invalidità dell'obbligazione principale determina l'invalidità anche dell'obbligazione fideiussoria assunta da parte opponente in ragione del suo carattere accessorio. L'opposta a sostegno della richiesta di pagamento dell'importo di euro 32.805,39 ha allegato la domanda di erogazione dell'anticipazione del 16.12.2010, la richiesta di proroga del 14.3.2011 e l'estratto conto anticipi certificato ex art. 50 T.U.B (docc. 4 e 5 allegati al ricorso monitorio). Parte opponente ha contestato l'estratto conto, nonché la riferibilità della richiesta dell'importo di euro 32.805,39, per esposizione su conto anticipi n. 236502, al suddetto conto anticipi, atteso che la data iniziale di riferimento dell'estratto conto è del 29.1.2014 mentre la domanda di erogazione è di quattro anni precedente.

La norma di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 385 del 1993 ha esclusivo ambito di applicazione nel procedimento monitorio, mentre, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, trovano applicazione le consuete regole di ripartizione dell'onere della prova, con la conseguenza che l'opposto, pur assumendo formalmente la posizione di convenuto, riveste la qualità di attore in senso sostanziale, sicché spetta a lui provare nel merito i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Ne consegue che, nel caso in cui l'opposizione all'ingiunzione di pagamento del saldo passivo del conto corrente sia stata fondata su motivi sostanziali, nel giudizio a cognizione piena, spetta alla banca produrre il contratto su cui si fonda il rapporto e documentare l'andamento di quest'ultimo, fornendo così la piena prova della propria pretesa creditoria.

A fronte delle contestazioni dell'opponente, non sono stati prodotti gli estratti conto dall'inizio del rapporto di anticipazione. Pertanto non risulta pienamente provata la pretesa creditoria fatta valere in via monitoria dall'opposta quale esposizione su conto anticipi n. 236502.

Per quanto esposto, l'opposizione a decreto ingiuntivo è fondata e va accolta con conseguente revoca del decreto ingiuntivo nei confronti dell'opponente Aldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza della parte opposta e si liquidano come da dispositivo, con distrazione in favore del difensore che ne ha fatto richiesta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Gorizia, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza eccezione deduzione disattesa o assorbita,

- Accoglie l'opposizione e per l'effetto revoca il decreto ingiuntivo n. 291 del 2015 nei confronti di Aldo;
- Condanna parte opposta a rifondere a parte opponente Aldo le spese di lite che si liquidano in euro 9.880,00 per compenso, euro 455,30 per spese, oltre rimborso forfettario e accessori di legge, con distrazione in favore del difensore.



Così deciso a Gorizia, il giorno 8.1.2019

Il Giudice

Barbara Caponetti

