

N. R.G. 2959/2014



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di PESCARA
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI CIVILE**

**in composizione monocratica in persona del Giudice dott. Federico Ria ha
pronunciato la seguente**

SENTENZA

**nella controversia civile in primo grado, iscritta al nr. 2959/14 R.A.C.C.,
vertente**

TRA

**[REDACTED] srl elett. dom. in Pescara – via Venezia n. 4 presso lo studio
dell'avv. Duilio Manella, che lo rappresenta e difende giusta mandato in atti**

ATTORE

E



2. in subordine, condannare la banca convenuta al risarcimento dei danni quantificati in misura pari alle somme addebitate e riscosse periodicamente per differenziale tra i due parametri (e quindi in complessivi € 925.277,19) oltre rivalutazione monetaria ed interessi sulla somma di anno in anno rivalutata dai singoli versamenti al saldo;
3. in linea ulteriormente gradata condannare la Banca Nazionale del Lavoro a risarcire la società attrice della perdita subita per commissioni implicite nella misura pari al mark to market che sarà determinata, anche per effetto leva, in corso di causa a seguito di espletanda CTU;
4. Con rivalsa di spese ed onorari del giudizio”.

Con comparsa di costituzione e risposta ritualmente depositata in giudizio si costituiva la [REDACTED], come sopra rappresentata e difesa, contestando in fatto ed in diritto le avverse pretese e rassegnando le seguenti conclusioni:

“Piaccia all’Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza respinta e disattesa, rigettare integralmente per infondatezza e/o per effetto della maturata prescrizione quinquennale e/o decennale di tutte le domande avversarie;

In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie di nullità o risoluzione, disporre la restituzione - dovuta ex lege - dalla [REDACTED] S.r.l. alla [REDACTED] di tutti i flussi attivi, degli upfront e dei differenziali incassati dalla Società in relazione ai contratti di cui è causa, nonché dei differenziali e che risultino dovuti dalla società attrice alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo.



In via ulteriormente subordinata, qualora la Banca venisse a qualsiasi titolo condannata al pagamento di somme in favore della [REDACTED] S.r.l., disporre comunque la compensazione delle stesse con gli importi che risulteranno a qualsiasi titolo dovuti dalla stessa nei confronti della [REDACTED]

Con vittoria di spese, competenze ed onorari”.

All’udienza del 04.11.2014 venivano concessi i termini ex art. 183, co. 6 c.p.c. e, all’esito dello scambio di memorie, il Giudice all’udienza del 13.03.2015 riteneva di accogliere le istanze istruttorie formulate dall’attrice ammettendo la prova per testi e nominando CTU il dott. [REDACTED]. Rinviava la causa all’udienza del 5.06.2015, successivamente spostata al 12.06.2015 per giuramento del CTU e prova testimoniali. In tale udienza, venivano sentiti i testi ed il CTU prestava giuramento.

Espletata la ctu, sulle conclusioni precisate dalle parti ed in atti trascritte, la causa veniva trattenuta in decisione dallo scrivente.

La società attrice ha dedotto in citazione che il giorno 17.5.2002, presso i propri uffici in Pescara - [REDACTED] 119/4, venne convinta dall’allora Direttore della filiale [REDACTED] di Pescara e da altro funzionario a sottoscrivere il contratto swap prodotto in atti sub doc 1, sottopostole già pre-compilato in ogni sua parte (tanto che erano sbagliate sinanche le in-dicazioni della sede legale).

Contratto che le venne presentato come un nuovo strumento estremamente vantaggioso, ormai di comune sottoscrizione da parte delle imprese proprio per



le sue utilità, siccome finalizzato a generare risparmi sui tassi di interesse delle linee di credito in essere della società.

Ha rappresentato che nella circostanza non le venne fornita alcuna spiegazione sulle modalità operative e sulla rischiosità dello strumento.

Fatto è che il contratto swap, alla data di sua scadenza natural del 30.6.2008, ha infine comportato addebiti – e non risparmi – per complessivi € 925.277,19 (addebiti dimostrati con la allegazione degli e/c con registrazione a debito dei flussi negativi generati dal contratto swap).

Ha quindi chiesto dichiararsi la nullità del contratto per i vizi formali e sostanziali indicati in atto (e che di seguito saranno esaminati); e/o il risarcimento dei danni (quantificabili in misura corrispondente agli esborsi sostenuti) per le reiterate inadempienze della Banca alle prescrizioni imposte dalla normativa di settore.

All'esito del collegamento fra lo swap ed il mutuo [REDACTED], l'attrice ha altresì introdotto in giudizio la domanda di nullità dei tassi per usura: domanda questa poi espressamente abbandonata dalla attrice in sede di precisazione conclusioni.

Sulle pretese nullità formali.

Emerge inequivocabilmente dagli atti come il legale rappresentante pro tempore della società attrice, in occasione dell'incontro con i funzionari della Banca avvenuto nel maggio 2002 abbia spontaneamente dichiarato:

- in primo luogo “che la presente operazione è disposta a fini di copertura ai sensi e per gli effetti dell'art. 28, co. 3 del Regolamento Consob n. 11522/98 e successive modifiche”, e



- inoltre di “possedere una specifica conoscenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati ai sensi e per gli effetti dell’art. 31 del Regolamento Consob citato”, come chiaramente risultante dall’art. 16 del contratto quadro di investimento. Tale contratto, mai oggetto di contestazione, è peraltro debitamente sottoscritto in ogni sua parte, per accettazione ed ai sensi e per gli effetti dell’art. 1341 c.c., dalla parte attrice.

A norma del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, la Consob, sentita la Banca d'Italia, disciplina con regolamento gli obblighi degli intermediari finanziari "tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi".

L'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522 del 1998, applicabile *ratione temporis*, individua come operatore qualificato "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Dal rivestire tale qualifica discende l'inapplicabilità di numerose prescrizioni, come dispone l'art. 31, comma 1 citato regolamento, vale a dire la previsione della forma scritta D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 23, la disciplina del conflitto di interessi (art. 27 reg. Consob), gli obblighi di informazione attiva e passiva (art. 28 reg. Consob), le previsioni in tema di operazioni inadeguate (art. 29 reg. Consob).

La legge prevede dunque forme di tutela differenziata, sulla base della vigilanza regolamentare svolta dalla Consob, riconoscendo la necessità di graduare la



tutela giuridica offerta alla clientela degli intermediari finanziari, in particolare nei casi in cui il cliente sia già, di per sè, in grado di riconoscere e valutare le caratteristiche e i rischi specifici dell'operazione.

Giova rimarcare, invero, la differenza di trattamento, nel vigore del reg. n. 11522 del 1998, delle persone giuridiche dalle persone fisiche, quanto alla qualità di operatore qualificato.

Mentre, per le prime, la disposizione richiede una dichiarazione per scritto del cliente (c.d. autoreferenziale), per le persone fisiche l'accento è posto direttamente sul possesso delle effettive qualità, che vanno rese note ("documentino") all'intermediario, non rilevando la mera autodichiarazione (cfr., al riguardo, infatti, il diverso principio di diritto enunciato da Cass. 27 ottobre 2015, n. 21887).

Secondo la Corte di legittimità, nel vigore dell'analogo disposto di cui all'art. 13 del regolamento Consob approvato con Delib. 2 luglio 1991, n. 5387, è sufficiente, ai fini dell'appartenenza del soggetto alla categoria delle persone giuridiche aventi la veste di operatore qualificato, l'espressa dichiarazione scritta richiesta dal regolamento, la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso, e permette al giudice ex art. 116 c.p.c. di ritenere sussistente detta qualità (Cass. 26 maggio 2009, n. 12138). Tale sentenza, dunque, ha ritenuto la dichiarazione dell'investitore sufficiente sia per esonerare l'intermediario dal compiere accertamenti ulteriori al riguardo, sia per ritenere provata in giudizio la qualità, anche come unica e sufficiente fonte di prova. A



fronte della menzionata dichiarazione scritta per le persone giuridiche, la sentenza sopra ricordata ha dunque reputato come la dichiarazione autoreferenziale della investitrice, la quale attesti, nella fase genetica del contratto, di essere un operatore qualificato ai fini della normativa di settore, integri una presunzione semplice di tale qualità.

Orbene, tali principi si intende ora ribadire e precisare, con riguardo al disposto dell'art. 31 reg. Consob n. 11522 del 1998.

Nel sistema normativo da esso prefigurato, la dichiarazione formale sottoscritta dal legale rappresentante, in cui si affermi che la società amministrata dispone della competenza e dell'esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitrice l'onere di provare che, invece, elementi in contrario emergevano dalla documentazione già in possesso dell'intermediario medesimo, dei quali questi avrebbe dovuto tenere conto.

Sul piano probatorio in giudizio, del pari, l'esistenza dell'autodichiarazione è sufficiente ad integrare la prova presuntiva semplice della qualità dell'investitore qualificato in capo alla persona giuridica: gravando, pertanto, sulla medesima l'onere di allegare e provare le circostanze specifiche, dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse, in contrario con quanto dichiarato per iscritto dal suo legale rappresentante (Cassazione civile sez. I, 04/04/2018, (ud. 08/02/2018, dep. 04/04/2018), n.8343).



Nulla risulta sul punto convincentemente ed analiticamente dedotto e comprovato a cura dell'istante.

Sulle questioni sostanziali relative al contratto de quo.

Il contratto derivato rientra nella categoria della scommessa legalmente autorizzata, la cui causa meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali.

Nei derivati over the counter (OTC) (come gli interest rate swap)l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente e "condivide" con esso l'alea contenuta nel contratto.

Nei derivati OTC l'oggetto è uno scambio di differenziali a determinare scadenze, ma la sua causa consiste in una scommessa che ambo le parti assumono.

Nella scommessa legalmente autorizzata come quella meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere, e deve essere, razionale per entrambi gli scommettitori e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto; sia esso di mera copertura ovvero speculativo.

Il concetto di alea razionale, quale elemento causale tipico dei contratti derivati aver the counter, implica e necessita che gli scenari probabilistici alla conseguenze del verificarsi degli eventi devono essere definiti e conosciuti ex ante



con certezza e devono essere esplicitati nel contratto il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti ed i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso, in quanto tutti elementi che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale.

Solo così si è in presenza di un alea razionale in presenza solo della quale può sussistere meritevolezza di tutela nel contratto di scommessa.

Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da esse derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa tipica" del negozio, indipendentemente dalla distinzione tra scopo c.d. di copertura o speculativo del contratto atipico. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo della meritevolezza della causa del contratto atipico di cui si discute risiede nella razionalità dell'alea e quindi nella sua misurabilità.

Nel contratto di interest rate swap, consistente nello scambio di differenziali a scadenza, sulla base di parametri fissati contrattualmente, 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, si ribadisce, il tratto di meritevolezza che giustifica l'autorizzazione di questo tipo di scommesse da parte del legislatore.

L'oggetto del contratto di swap si sostanzia nella creazione di alee reciproche e bilaterali: sicché non è ammissibile che la qualità e la quantità delle alee, oggetto del contratto, siano ignote a uno dei contraenti ed estranee all'oggetto dell'accordo, così come è inconcepibile che solo ex post (all'esito del giudizio,



magari in esito ad eventuale CTU) debbano essere ricostruiti dati geneticamente coessenziali ad una scommessa, come la misura delle alee.

Ne deriva la nullità dei contratti di Interest Rate Swap per difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma c.c. e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 secondo comma c.c. laddove il contratto non contenga gli elementi sulla base dei quali misurare l'alea che si assume, in relazione all'alea che anche la controparte assume.

Nel contratto derivato lo strumento attraverso il quale valutare l'alea, all'ulteriore fine di contrarre "scommesse eque" è il mark to market che rappresenta il valore del contratto ad una certa data: esso indica con il suo segno (positivo, negativo o nullo) se la scommessa è o meno equa e, ove non lo sia, fornisce una misura della sua iniquità; il mark to market fornisce, dunque, l'informazione fondamentale tanto da essere il primo numero da guardare per decidere se prendere posizione in un derivato (ovvero se, comperare o vendere); ove il mark to market iniziale in un contratto sia, per caso, negativo per una parte e positivo per l'altra, certamente il contratto è destinato a produrre effetti negativi per la parte che registra a suo sfavore il dato in negativo; per questo, nelle transazioni tra le banche queste entrano in derivati in cui il mark to market è nullo, poiché in questo caso la scommessa è equa; l'informazione sul valore del mark to market al tempo zero , ovvero alla data di stipula del contratto, è quindi essenziale dando essa indicazioni sulla ripartizione dell'alea e finanche sull'assenza dell'alea.

L'indicazione all'interno del contratto del mark to market e degli scenari probabilistici reali permette di evitare che il contratto derivato sia presentato



come strumento per l'investitore di copertura di un rischio che, in mancanza di tali indicazioni, in realtà non si sa quale sia, quantitativamente e qualitativamente, anche nel paragone/contrappeso con il diverso rischio che assume la Banca; l'ancoraggio della causa del derivato ad uno scenario probabilistico, ad un valore stimato (mark to market) al momento dalla conclusione del contratto consente all'investitore, sulla base di un dato preciso, di esprimere una valutazione razionale e, come tale, meritevole di tutela anche nell'ottica del principale principio di auto responsabilità.

La circostanza che nel contratto il mark to market non sia contemplato e quindi non rientra nel contenuto del contratto stipulato nel concreto, comporta la radicale nullità del contratto Interest Rate Swap: la circostanza esclude, in radice, che la parte abbia concluso la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto laddove, per conto, la Banca del proprio rischio ha perfetta conoscenza, addirittura nella sua precisa misurazione scientifica, avendo predisposto lo strumento (in termini Tribunale Foggia sez. II, 13/02/2019, (ud. 13/02/2019, dep. 13/02/2019), n.468).

Per quanto attiene allora l'individuazione del valore del derivato oggetto di causa, con la valutazione di eventuali costi impliciti o costi occulti da inquadrare attraverso il procedimento di mark to market dell'IRS, si rileva la mancanza di documentazione agli atti, utile per addivenire ad un preciso pricing del derivato. E' stata proprio riscontrata dal perito la mancanza dell'indicazione del mark to market sul contratto al momento della sua conclusione.

E' pur vero poi che solo a seguito della comunicazione CONSOB n. 9019104 del 2 marzo 2009 è stato imposto agli intermediari l'obbligo di fornire, accanto al



prezzo del derivato, l'informativa sulla sua composizione, distinguendo l'incidenza percentuale, sul nozionale e sul tasso annuo, sia del costo di hedging, sia del costo proprio al mark -up commerciale dell'intermediario, e tuttavia, a differenza dalla fattispecie decisa dalla notoria Tribunale di Torino nr. 1127/18, in quella al vaglio dello scrivente, ancora all'esito della disposta ctu, che non può che essersi limitata a verificare le allegazioni tecniche fornite dalle parti, è rimasto completamente oscuro non solo l'importo della legittima commissione (che oltretutto il perito ha escluso risultasse dal contratto), ma l'intero prezzo del derivato, comprensivo cioè di quello (del margine di guadagno puro) e dei costi asseritamente sostenuti dall'Istituto.

L'esito della ctu ha in particolare evidenziato come, stando ai dati evincibili dal contratto, possa in astratto pervenirsi sostanzialmente a risultati opposti, tenendo conto di una duplice prospettiva di calcolo, in ipotesi evidentemente ugualmente e legittimamente praticabili dall'Istituto.

Nella seconda ipotesi di calcolo formulata ci si è avvalsi dell'ausilio della piattaforma software di Bloomberg che, inserendo i dati di input del contratto di IRS ed effettuando gli opportuni settaggi, permette di ottenere il pricing del derivato. Pur non permettendo il software di osservare quali siano le formule ed i passaggi matematici per la determinazione della curva dei tassi forward, tale piattaforma è riconosciuta, per stessa



ammissione del ctu, come attendibile e di elevata qualità dalla comunità finanziaria.

Come peraltro acutamente osservato dalla difesa tecnica della parte attrice , dai risultati indicati nella tabella 5 di pag. 15 dell’elaborato, facente riferimento ad una prima ipotesi di calcolo, il mark to market del contratto alla data del 17.05.2002 sarebbe addirittura positivo per l’azienda e negativo per la banca di un importo pari ad € 1.196,82. Tale risultato equivarrebbe a sostenere una tesi secondo la quale la banca pone in essere una

operazione in palese “perdita”: non solo non guadagna, ma addirittura perde.

Tale conclusione contrasta palesemente con quanto sostenuto dalla stessa [REDACTED] nella propria Comparsa di sostituzione dell’8 ottobre 2014 a firma dell’Avv.

[REDACTED] dove in più parti la banca fa richiamo a sentenze (Consiglio di Stato, pag. 16, Tribunale di Verona, pag. 18, etc.) per giustificare l’inesistenza di un contratto cosiddetto “par” e la piena legittimità dei costi impliciti applicati dalla banca, necessari per remunerare quest’ultima dei rischi di tasso e di controparte assunti attraverso l’operazione derivata (pag. 17 della Comparsa di costituzione).

Non si comprende infatti la motivazione per cui il CTU dapprima calcola il mark to market iniziale pervenendo ad un valore negativo per la banca e di importo pari ad € 1.196,82, per poi sostenere, senza alcuna illustrazione ragionevole, che detto valore è nullo.



In replica a tali pertinenti osservazioni, il ctu ha non convincentemente dedotto che Il tasso swap indicato in contratto è pari al 5,09%, quello ottenuto da esso consulente è pari al 5,09338% (5,09327% nella prima relazione), nel caso la Banca avesse adottato una modalità di determinazione del MtM simile o affine a quella proposta dal sottoscritto e, avesse ottenuto un tasso del 5,09%.

Il risultato ottenuto alla data di stipula del contratto, procedendo invece secondo la preferibile ipotesi di calcolo prospettata dal perito, quantifica un costo implicito a carico

della parte attrice pari a Euro 29.383,40 pari allo 0,33% del nozionale.

Come nella precedente ipotesi di calcolo il CTU ha provveduto a determinare il tasso di parità il cui valore è risultato essere pari al 5,009239 %, ovvero il tasso che avrebbe reso i flussi di cassa della gamba fissa uguali ai flussi di cassa della gamba variabile.

Pertanto, secondo tale seconda ipotesi, la convenuta avrebbe applicato, al contratto IRS del 17.05.2002, un tasso swap maggiore dello 0,80761% rispetto al tasso di parità.

Ne deriva, secondo quanto detto, la nullità del contratto di Interest Rate Swap de quo per difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma c.c. e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 secondo comma c.c.. non contenendo il contratto gli elementi sulla



base dei quali misurare con certezza l'alea che si assume, in relazione all'alea che anche la controparte assume.

Come inizialmente enunciato, tutti gli elementi dell'alea, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti, sia favorevoli che non, costituiscono e integrano la causa del contratto derivato. In tal senso, deve ritenersi che tutte le informazioni che attengono alla determinabilità del rischio, ivi inclusa l'asimmetria iniziale tra prestazioni, debbano essere, ex ante, ben definite e conosciute con certezza dal cliente, indipendentemente delle finalità di copertura o speculative del derivato.

In difetto di tali elementi, ed in particolare, in mancanza di espressa indicazione del mark to market, il contratto di interest rate swap 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 (in termini Tribunale di Bologna, 29 novembre 2018, n. 20990 – G.U. Arceri).

Pacifica è allora 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 tuttavia 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 (in termini, da ultimo (Tribunale Gorizia, 10 Gennaio 2019. Est. Barbara Caponetti e Corte d'Appello Milano nr. 4242/18).

Nella fattispecie al vaglio, come detto, non vi era addirittura alcuna certezza dell'esito dei calcoli effettuandi, sulla scorta delle indicazioni recepite in contratto, essendo risultato accertato che in base ad un prima ipotesi di conteggio (oltretutto criticabile nel risultato) non vi sarebbero stati costi occulti aggiuntivi, mentre utilizzando altra formula, il tasso swap sarebbe stato maggiore dello 0,80761% rispetto al tasso di parità e lasciando il contratto di fatto inattuata la scelta sul criterio di calcolo da seguire, e dunque sulla configurabilità di un determinato scenario piuttosto che di un altro.

Infondata è infine l'eccezione di prescrizione, risultando in atti l'avvenuta interruzione del termine decennale proprio della azione di ripetizione (la raccomandata di costituzione in mora della Banca, interruttiva di ogni prescrizione è del 27.12.2012 (v. doc. 29 fasc. [REDACTED])), a decorrere dal 1° addebito che si è avuto a partire dal 31.12.2002.

Dichiarata pertanto la nullità del contratto di swap, va dichiarato il diritto della parte attrice alla restituzione dell'importo di € 925.277,19; addebiti dimostrati con la allegazione – non contestata - e produzione degli e/c con registrazione a debito dei flussi negativi generati dal contratto swap.



Non può da ultimo non rilevare lo scrivente come la difesa di BNL sia invece completamente venuta meno all'onere di (prima di tutto) allegare e (poi) comprovare la misura di un proprio diritto di credito alla restituzione di eventuali differenziali e che risultino dovuti dalla società attrice alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo.

Tale carenza di allegazione tecnica, che si è protratta sino alle ultime conclusionali, ha impedito anche l'adozione di qualunque approfondimento contabile in sede di consulenza.

In punto di conseguenze connesse a tale carenza di allegazione, ritiene tuttavia lo scrivente di dover rimeditare quanto già in precedenza statuito in analogia fattispecie nella decisione nr. 962/19, richiamata da entrambe le parti.

L'eccezione di compensazione, contenente evidentemente la domanda di accertamento della parte di un proprio diritto di credito alla restituzione di eventuali differenziali e che risultino dovuti dalla società attrice alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo, è nulla, quindi, deve essere dichiarata inammissibile.

Il profilo oggettivo della domanda si articola nel petitum, la cosa oggetto della domanda e nella causa petendi, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa.

L'art. 163 co. 3 n. 3 e 4, nel prescrivere la necessità di definire con l'atto di citazione gli elementi oggettivi della domanda svolge la funzione di consentire al



giudice di individuare il thema decidendum e al convenuto di svolgere le proprie difese.

La sanzione della nullità prevista dall'art. 164 co. 4 è posta a presidio, dunque, del potere di cognizione del giudice, al fine di consentirgli di avere piena conoscenza dei fatti controversi, e del diritto di difesa del convenuto, per garantirgli la consapevolezza dei fatti sui quali è fondata la pretesa della controparte.

Ne deriva che la nullità opera solo quando, come nella fattispecie al vaglio, nell'atto di citazione i fatti posti a fondamento della domanda sono rappresentati in modo tale da pregiudicare il potere di cognizione del giudice e il diritto di difesa del convenuto.

Sul piano del significato precettivo dell'art. 164 co. 4 c.p.c. si deve verificare, per delinearne l'ambito di applicazione, se ai sensi dell'art. 163 co. 3 n. 4 gli elementi di fatto costituenti la ragione della domanda debbano risultare esclusivamente dall'atto di citazione ovvero possano risultare, con una clausola di rinvio, anche dalla documentazione prodotta in giudizio dall'attore tramite, dunque, quelle che in letteratura sono definite “allegazioni silenziose”.

Deve premettersi, sotto il profilo teorico, che l'allegazione è una dichiarazione normativa, rappresenta, cioè, la manifestazione di volontà della parte di inserire il fatto nel thema probandum e di ottenere, tramite la pronuncia del giudice, la produzione di un determinato effetto giuridico (cfr. SS.UU. 2013 10531 nella parte in cui utilizza l'espressione di “allegazione specifica del fatto” e dunque di una deduzione “giuridicamente” valorizzata).



È stato precisato in dottrina che l'allegazione come dichiarazione normativa muove dal presupposto che la condicio per l'esercizio del potere del giudice sia data da un'affermazione, proveniente dalla parte interessata, non ipotetica ed assumente l'esistenza o inesistenza del fatto che sottintende, espressamente o implicitamente, la sua valorizzazione in vista di un determinato effetto giuridico. Logico corollario è che, in presenza di un'allegazione della parte, proprio perché si tratta di una dichiarazione diretta a valorizzare un determinato fatto per la produzione di un dato effetto giuridico, il giudice ha, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., il potere di pronunciarsi riconoscendo eventualmente, con la sentenza, l'effetto giuridico indicato dalla parte stessa.

È evidente, sotto il profilo teorico, la distinzione tra l'allegazione implicita della parte e il potere del giudice di rilevare d'ufficio le eccezioni.

Nel primo caso, la parte allega il fatto con una dichiarazione normativa espressa o implicita, come nel caso in cui essa si evinca dalla lettura coordinata dell'atto processuale e dei documenti prodotti, invece, nel secondo caso o si tratta di un fatto introdotto dalle parti e rispetto al quale difetta la dichiarazione normativa e, quindi, la manifestazione di volontà di introdurre il fatto nel thema probandum per la realizzazione di un determinato effetto, ovvero esso risulta acquisito nel processo tramite altre fonti legittime (es. fonti di prova), in questi casi, il fatto risultante dagli atti del processo è individuato dal giudice il quale, nei limiti stabiliti dalla legge, ha il potere di pronunciare una sentenza riconoscendo l'effetto che la stessa legge ricollega a quel determinato fatto.

L'allegazione implicita compiuta dalla società attrice tramite il rinvio con l'atto di citazione alla mera documentazione depositata in giudizio è inammissibile



atteso che, in base al principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., le allegazioni implicite, quindi, le dichiarazioni che rappresentano gli elementi fondamentali dell'azione e, in particolare, la causa petendi, devono essere portate a conoscenza, unitamente all'atto di citazione, al convenuto per consentire allo stesso di esercitare immediatamente, nel termine libero di cui all'art. 163 bis c.p.c., il proprio diritto di difesa, che comprende anche la facoltà di non costituirsi in giudizio e di rimanere inerte, avendo piena e completa cognizione dei fatti che la controparte pone a sostegno della pretesa fatta valere dinanzi al tribunale (nello stesso senso SS.UU. 8077/12: “Ma occorre anche tener conto che quest'ultimo elemento (ndr. la causa petendi) deve essere vagliato in coerenza con la ragione ispiratrice della norma, che impone all'attore di specificare sin dall'atto introduttivo, a pena di nullità, l'oggetto della sua domanda: ragione che risiede nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese (prima ancora che di offrire al giudice l'immediata contezza del thema decidendum), con la conseguenza che non può prescindersi, nel valutare il grado d'incertezza della domanda, dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte: se tale, cioè, da consentire, comunque, un'agevole individuazione di quanto l'attore richiede e delle ragioni per cui lo fa, o se, viceversa, tale da rendere effettivamente difficile, in difetto di maggiori specificazioni, l'approntamento di una precisa linea di difesa”).

In definitiva la domanda è nulla ed è inammissibile l'allegazione implicita con rinvio alla documentazione allegata.



Questo giudice esclude, infine, l'applicabilità dell'art. 164 co. 5 c.p.c. che prevede la sanatoria dell'atto di citazione nullo se “manca” l'esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda e risulta, contestualmente, incerto il petitum.

La ratio dell'art. 164 co. 5 c.p.c. è di garantire che il processo si definisca con l'adozione da parte del giudice di una decisione sul merito della domanda con la conseguente attribuzione o negazione del bene della vita preteso dall'attore.

Il tribunale ritiene che dalla lettura sistematica degli artt. 50, 164 co. 5, 182 c.p.c. si possa enucleare il generale principio che informa l'intero sistema processuale civile secondo il quale il giudizio deve naturalmente concludersi con la pronuncia da parte dell'organo giurisdizionale di una sentenza che accerti la fondatezza del diritto fatto valere dall'attore.

L'art. 50 c.p.c. prevede, nel caso in cui il giudice dichiari la propria incompetenza non la definizione in rito del processo con l'onere dell'attore di promuovere un nuovo giudizio ma la possibilità, entro il termine perentorio fissato dalla sentenza (ordinanza, dopo la riforma attuata con l'art. 45 co. 6 lett. a) L. 69/09) d'incompetenza, di riassumere lo stesso processo dinanzi al giudice dichiarato competente.

L'art. 182 c.p.c. prevede che, in presenza di un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, il giudice assegna alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spettava la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni.

La lettura coordinata degli artt. 50, 164 co. 5, 182 c.p.c. rivela la volontà del legislatore di attribuire al processo la funzione di accertare l'esistenza dei diritti sottoposti alla cognizione del giudice, pertanto, nel caso in cui si pongono



questioni di natura processuale, si riconoscono all'organo giurisdizionale poteri d'intervento funzionalmente diretti all'adozione di una pronuncia di merito.

La naturale direzione del giudizio verso l'adozione di decisioni di merito, caratterizzando la funzione del giusto processo (art. 111 Cost.) che deve essere inteso, anche, come procedimento attraverso il quale il giudice deve accertare la fondatezza delle pretese delle parti, deve essere coordinato, tramite un giudizio assiologico e applicando il criterio ermeneutico del “minor sacrificio” dei valori in contrapposizione, con il principio di imparzialità del giudice, che esclude e limita ai soli casi previsti dalla legge l'adozione di provvedimenti diretti a sanare vizi degli atti processuali riconducibili a errori colposi della parte, e con il complesso di norme dirette a garantire lo svolgimento ordinato e celere del giudizio poste a presidio anche dell'esigenza di non esporre il convenuto, per un periodo di tempo eccessivo, alle altrui pretese giudiziali.

Pertanto, il necessario coordinamento assiologico dei principi e delle norme in esame, impone una lettura restrittiva dell'art. 164 co.5 c.p.c. e ritenere sanabili, tramite un provvedimento del giudice diretto a consentire alla parte di emendare un proprio errore con la rinnovazione o integrazione dell'atto di citazione, solo le nullità che, come previste dal testo letterale della disposizione, riguardino alternativamente la causa petendi o il petitum.

Invece, nel caso in cui, come quello in esame, l'omissione e l'assoluta incertezza riguardino tutti i profili oggettivi della domanda , il principio di imparzialità del giudice e il canone della ragionevole durata del processo (posto a presidio dell'esigenza pubblicistica di garantire il celere svolgimento del giudizio e di quella privatistica di evitare che il convenuto sia esposto per un tempo eccessivo



alle altrui pretese giudiziali) impongono di ritenere che nessun termine debba essere concesso dal tribunale per la sanatoria del vizio di nullità come quello in esame che riguarda la mancanza e assoluta incertezza contemporanea della causa petendi e del petitum (Tribunale Napoli Nord, 11 gennaio 2017).

D'altra parte sotto tale profilo non può essere negato che mentre da un lato la declaratoria di nullità della domanda non impedisce l' idoneità dell'atto introduttivo ad interrompere e sospendere la prescrizione (Cass.sez.lav. nr. 22238/07) e non osta alla riproposizione della domanda (Cass. nr. 4539/90), che pertanto la parte ricorrente può sin da subito reintrodurre "sanata" da vizi rilevati in questa sede, con la concessione del termine ex art. 164 cit., ma mantenendo ferme le preclusioni e le decadenze probatorie già verificatesi, il ricorrente resta di fatto esposto al rischio di una decisione di rigetto nel merito per carenze probatorie, come tale maggiormente pregiudizievole rispetto alla declaratoria di nullità dell'atto per carenze strutturali.

Quanto invece alla rinunciata domanda di accertamento della pretesa usurarietà degli interessi, vertendosi in ipotesi di rinuncia alla domanda e non agli atti, come tale rinunciabile anche dal procuratore e che non necessita di accettazione, si dispone la cessazione della materia del contendere.

Con riferimento alla individuazione della parte virtualmente soccombente ci si riporta ai principi espressi sul punto nella decisione nr. 962/19 di questo Ufficio, richiamata da entrambe le parti.

Il parziale accoglimento della domanda in punto di quantum induce a ritenere parzialmente compensate le spese di lite.



La nozione di soccombenza reciproca, che consente la compensazione parziale o totale tra le parti delle spese processuali (art. 92, comma 2, c.p.c.), sottende - anche in relazione al principio di causalità - una pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate e che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti ovvero anche l'accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri ovvero quando la parzialità dell'accoglimento sia meramente quantitativa e riguardi una domanda articolata in un unico capo (Cassazione civile, sez. III, 21/10/2009, n. 22381, nr. 3438/16 e SS.UU. nr. 16990/17 nonché Corte UE nr. 554/17).

Analogamente, le spese di ctu restano a carico di entrambe le parti come da parte dispositiva.

P.Q.M.

in parziale accoglimento della domanda, accertata la nullità del contratto di Interest Rate Swap intercorso tra le parti, condanna parte convenuta al pagamento in favore di parte attrice della somma di € 925.277,19, oltre interessi dalla domanda al soddisfo, per le causali di cui alla parte motiva, ed esclusa la rivalutazione, vertendosi in ipotesi di debito di valuta;

dichiara cessata la materia del contendere in relazione alla domanda relativa alla pretesa usurarietà degli interessi;

dichiara la nullità della domanda/eccezione di compensazione con il diritto di credito alla restituzione di differenziali e che risultino dovuti dalla società attrice



**alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in
subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo;**

**dichiara compensate per 1/3 le spese di lite e condanna per il residuo parte
convenuta al pagamento in favore di parte attrice di € 1.490,00 per esborsi ed €
██████████ per compensi professionali, oltre spese generali al 15%, iva e cassa
come per legge, qui liquidati per l'intero;**

**pone le spese di ctu definitivamente a carico di entrambe le parti, nella misura
del 70% su parte convenuta.**

Pescara, 21.1.2020

IL GIUDICE

Federico Ria

