

ATTO DI TRANSAZIONE

Con la presente scrittura privata da valere ad ogni effetto di legge, redatta in duplice originale e composta da n° 3 pagine ciascuna, tra:

██████████ con sede legale in ██████████ (cod. fisc. – p. iva – iscrizione registro imprese di Milano n. ██████████), in persona dell'Avv. ██████████ (cod. fisc. ██████████) con studio in ██████████ (pec: ██████████) giusta procura speciale con mandato a conciliare in atti relativa alla controversia di cui alla seguente premessa, conferente anche l'espresso potere di transigere la lite, rinunciare agli atti ed accettare rinunce, da una parte;

e

██████████ I. (cod. fisc. / p. iva ██████████) con sede legale in ██████████ ██████████ nella persona del proprio rappresentante legale *pro tempore* Sig. ██████████ nato a ██████████ residente a ██████████ dall'altra parte.

PREMESSO CHE:

- con istanza di mediazione depositata in data 22/11/16 presso l'organismo di conciliazione ██████████ (organismo regolarmente iscritto ai sensi degli artt. 3 e 4 del D.M. 180/2010 al n° 322 del Registro degli Organismi di Mediazione istituito presso il Ministero della Giustizia), con sede a ██████████, il ██████████ identificato come sopra, in qualità di rappresentante legale *pro tempore* di ██████████ e con l'assistenza tecnica di GMB Finance Solutions s.r.l. (cod. fisc. / p. iva 12751211009) con sede legale in Roma viale G. Rossini n° 50, ha invitato ██████████ a partecipare al procedimento di mediazione avanti al suddetto organismo, asserendo che l'istituto di credito avrebbe applicato interessi passivi in misura ultralegale, interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto, spese e costi non concordati al seguente rapporto di conto corrente bancario, intestato alla stessa istante ed acceso presso l'agenzia di ██████████

> c/c n° ██████████ (già ██████████) estinto in data 19/11/13;

- a seguito di fusione per incorporazione con atto del Notaio Dott. ██████████ del 22/12/2011 (rep. n. ██████████ racc. n. ██████████) ██████████ è stata incorporata nella società ██████████ che è subentrata in tutti i rapporti in essere, anche anteriori alla fusione, a far data dal 27/12/2011;

- con atto del Notaio Dott. ██████████ del 13/12/2016 (rep. n. ██████████ racc. n. ██████████) è stata operata la fusione di ██████████ con costituzione di nuova società denominata ██████████. In conseguenza di tale fusione ed in forza del relativo atto, la società ██████████ subentra (...) nelle controversie riferibili alle Società Partecipanti alla Fusione, di qualunque natura e ovunque radicate, nei confronti di qualsiasi soggetto e quale che sia la loro fonte, ed anche se acquisiti o sorti in data posteriore alle

deliberazioni od alla data cui si riferiscono le situazioni assunte a base della fusione, proseguendo pertanto in tutti i relativi rapporti processuali” (cfr. art. 9 “Successione o prosecuzione dei rapporti da parte della Società”, lettera E dell’atto di fusione);

- le parti si sono dichiarate disponibili ad un accordo transattivo, da concludere al di fuori del suddetto procedimento di mediazione, che consenta di risolvere in via definitiva la controversia tra loro insorta, con conseguente reciproca rinuncia, altresì, a tutti gli atti ed a tutte le azioni e istanze instaurate e relative al rapporto oggetto del presente accordo.

Detta reciproca volontà ha condotto le parti a raggiungere autonomamente e senza il contributo di alcun organismo o soggetto terzo il presente accordo transattivo.

Tutto ciò premesso, le suddette parti, come in premessa identificate,

CONVENGONO E STIPULANO QUANTO SEGUE

- 1) le premesse di cui sopra formano parte integrante ed essenziale del presente accordo, costituendone i presupposti e le condizioni.
- 2) [redacted] ad esclusivi fini conciliativi e senza il riconoscimento di responsabilità alcuna si impegna ed obbliga a riconoscere a saldo, stralcio e transazione la somma di € 20.000,00 (ventimila/00) a [redacted] identificata come sopra.
- 3) Il pagamento verrà effettuato, entro e non oltre trenta giorni dalla data del presente atto di transazione, a mezzo bonifico bancario sul conto corrente n° [redacted], IBAN: [redacted] intestato a [redacted] ed acceso presso l’agenzia [redacted].
- 4) Il Sig. [redacted] in qualità di rappresentante legale *pro tempore* di [redacted] dichiara di accettare le suddette condizioni ed operazioni a saldo, stralcio, transazione e tacitazione di ogni e qualsivoglia contestazione, pretesa e rivendicazione presente o futura, anche di natura penale, inerente tutte le operazioni, nessuna esclusa, eseguite e regolate sul conto corrente bancario identificato in premessa, con contestuale espressa rinuncia ad ogni azione, domanda, reclamo ed eccezione inerente il rapporto in questione nonché ad ogni altro rapporto intrattenuto alla data del presente atto tra lo stesso e [redacted] (già [redacted]).
- 5) Si precisa che la presente transazione dovrà intendersi perfezionata con lo scambio delle relative copie a mezzo p.e.c. tra l’Avv. [redacted] (per [redacted] – p.e.c.: [redacted]) e il legale rappresentante *pro tempore* di GMB Finance Solutions s.r.l. (per [redacted] p.e.c.: gmbfinance@pec.it) con l’intesa che l’invio delle rispettive p.e.c., a pena di inefficacia dell’accordo, dovrà essere effettuato nel medesimo giorno.
- 6) La validità del presente accordo è condizionata all’esatto adempimento degli obblighi in esso previsti ed assunti da entrambe le parti.
- 7) In conseguenza di quanto sopra, le parti dichiarano di aver abbandonato in data 07/12/2016, con



rinuncia sin d'ora ai relativi atti ed alle relative istanze, il procedimento di mediazione presso l'organismo [REDACTED] (R.A.M. [REDACTED]).

8) Le parti si obbligano, altresì, alla reciproca massima riservatezza in ordine al contenuto del presente accordo transattivo.

9) Il Sig. [REDACTED] si obbliga inoltre a mantenere segrete e riservate le condizioni del presente accordo, a non divulgare tali informazioni ad altri clienti di [REDACTED] avvocati o rappresentanti della stampa o dei mass-media, obbligandosi infine a fare quanto in suo potere per prevenire la rivelazione o diffusione delle informazioni relative al presente accordo. Pari impegno viene preso da [REDACTED].

10) Le spese legali e tecniche sostenute devono intendersi integralmente compensate tra le parti.

Firenze-Roma, 2 marzo 2017

Sottoscrivono il presente atto di transazione:

- il Sig. [REDACTED], in qualità di rappresentante legale *pro tempore* di [REDACTED]
- l'Avv. [REDACTED] in qualità di procuratore speciale di [REDACTED] nonché di legale della stessa società anche per la rinuncia al vincolo di solidarietà ai sensi della Legge Professionale Forense vigente (L. 31 Dicembre 2012 n° 247).

Letto, confermato e sottoscritto.

p. [REDACTED]
[REDACTED]

p. [REDACTED]
Avv. [REDACTED]
Avv. [REDACTED]



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE PRIMA CIVILE

Il Giudice, dott. Luca Martinat, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 28131 del R.G. Civ. dell'anno 2015,

promossa da

Etna Energia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Dario Sanfilippo, ed elettivamente domiciliata in Torino, via del Carmine n. 28, presso lo studio dell'avvocato Luigi Gallone in forza di delega a margine dell'atto di citazione.

ATTRICE

contro

Intesa Sanpaolo s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Trenti, presso il cui studio in Torino, via De Sonnaz n. 21, è elettivamente domiciliata in forza di procura in calce alla comparsa di costituzione

CONVENUTA

Avente ad oggetto: **intermediazione finanziaria, swap, nullità del contratto**

CONCLUSIONI PRECISATE DALLE PARTI:

Per parte attrice:

"Precisa le conclusioni come in atto di citazione come integrate nel verbale d'udienza del 6.4.2016, come meglio specificate nella memoria n. 1; specifica che l'importo chiesto in pagamento ammonta ad € 524.600,42 alla data del 30 settembre 2016, al quale andranno aggiunti tutti gli addebiti successivi, oltre interessi e rivalutazione. In subordine insiste per tutte le istanze istruttorie formulate con la memoria n. 2".



Per parte convenuta:

“Voglia l’Ill.mo Tribunale,

ogni contraria istanza, eccezione e difesa disattesa e reietta,

In via principale e nel merito

Respingere perché infondate le domande tutte formulate dalla società Etna Energia s.r.l., mandando assolta Intesa Sanpaolo S.p.A. da ogni avversaria pretesa per le ragioni e le causali di cui in narrativa.

Con vittoria di spese e compensi, oltre rimborso forfettario (15%), IVA e CPA come per legge”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con atto di citazione, ritualmente notificato, Etna Energia s.r.l. ha convenuto in giudizio Intesa Sanpaolo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, *“per sentire dichiarare, in caso di mancata produzione del contratto quadro di cui l’attrice non è mai stata in possesso, la nullità del contratto quadro medesimo per assenza di forma scritta con conseguente nullità dei singoli contratti di Interest Rate Swap oggetto di causa e con conseguente obbligo di restituzione della somma incassata dalla Banca a titolo di poste passive da derivati che veniva quantificata, alla data di notifica della citazione, in €. 398.553,30 o in quell’altra somma maturanda nel corso del giudizio.*

Nel caso di produzione da parte della Banca della copia del contratto quadro, l’attrice chiedeva di dichiarare la nullità di esso e di tutti i contratti di InterestRate Swap per tutti gli altri motivi indicati in citazione, oltre alla condanna alla restituzione delle somme incassate come sopra quantificate.

In subordine, e previo accertamento del grave inadempimento della Banca derivante dalla violazione degli obblighi informativi, chiedeva pronunziare la risoluzione dei contratti con conseguente condanna della Banca al risarcimento dei danni quantificati sempre in misura corrispondente alle somme incassate a seguito della contabilizzazione dei derivati.

Si costituiva Intesa Sanpaolo SpA, la quale produceva copia del contratto quadro consistente nel Contratto di Adesione a Prestazione e Servizi, unita all’Analisi del Profilo Finanziario ed all’Accordo Normativo per l’Operatività in Strumenti Finanziari Derivati OTC (documenti rispettivamente 6 e 7 e 8 della produzione di controparte), e deduceva l’infondatezza della domanda della quale chiedeva il rigetto.

Alla prima udienza del 06/04/2016, letta la comparsa di costituzione della convenuta, ed esaminata la documentazione da questa depositata, la Etna Energia eccepiva la nullità del contratto quadro ma questa volta sulla scorta del documento agli atti e dunque per assenza di forma scritta integrata dalla mancata



sottoscrizione della Banca; ribadiva l'eccezione di nullità per omessa indicazione del diritto di recesso nei contratti dispositivi, contestando che gli stessi fossero stati sottoscritti presso i locali dell'intermediaria, e chiedeva la concessione dei termini ex art. 183 VI comma c.p.c.", come testualmente riportato nella comparsa conclusionale attorea.

La causa, quindi, non ammessa l'istruttoria richiesta dalle parti, giungeva infine a decisione.

2) La presente controversia ha ad oggetto due contratti di Interest Rate Swap stipulati nel 2012 dall'attrice con la convenuta a copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse relativi a due finanziamenti sotto forma di leasing erogati all'attrice da Leasint s.p.a. per la realizzazione di due distinti impianti fotovoltaici, essendo state quindi svolte contestazioni sia in punto validità dei suddetti contratti di swap nonché, a monte, dei contratti quadri, sia in punto correttezza della condotta serbata dalla parte.

Ciò posto, in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di nullità del contratto quadro per mancata sottoscrizione del medesimo da parte della Banca (con conseguente nullità a cascata dei successivi contratti swap).

Con la comparsa costitutiva la Banca ha prodotto in giudizio una serie di documenti (in ispecie i nn. 6 ed 8) riconducibili alla nozione di contratto quadro (in tal modo confutando l'assunto dell'attrice di una loro probabile inesistenza), documenti che tuttavia, secondo la difesa attorea, risulterebbero firmati solamente dal procuratore della stessa Etna Energia.

Al riguardo va in effetti detto che il doc. n. 6 di parte convenuta (denominato "*contratto prestazioni servizi di investimento persone giuridiche/imprese*") riporta esclusivamente la sottoscrizione di Roberto Ferri (procuratore della società attrice), e lo stesso vale per il doc. n. 7 (denominato "*analisi del profilo finanziario*"), nonché per il doc. n. 8 limitatamente alla "*richiesta di adesione – persone giuridiche/imprese all'accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi interessi e valute*", ove in calce a pag. 4 risulta intonso il campo riservato alla sottoscrizione della Banca.

Tali documenti, peraltro, non rappresentano lo specifico contratto quadro rispetto ai contratti di swap oggetto di causa (essendo i primi 2 relativi a più generici servizi di investimento, mentre il terzo consiste nella richiesta – che di per sé costituisce un atto unilaterale – della società attrice di aderire al contratto quadro relativo agli swap).

Tuttavia, la mancata sottoscrizione da parte della Banca non è irrilevante con riferimento al contratto quadro relativo agli swap (definito "*accordo normativo*"), specie in relazione al doc. n. 6.



Infatti, la richiesta di adesione all'accordo normativo in tema di swap (pag. 2 doc. n. 8) espressamente prevedeva che il contratto quadro per i servizi di investimento di cui al doc. n. 6 fosse parte integrante dell'accordo normativo per gli swap, circostanza ribadita dall'art. 23 dello stesso accordo normativo.

Deriva da quanto precede che la mancata sottoscrizione da parte della Banca del contratto quadro per i servizi di investimento comporta a cascata la mancata sottoscrizione anche dell'accordo normativo per gli swap, dal momento che il primo documento costituiva parte integrante del secondo.

Per questo solo motivo, dunque, l'accordo normativo di cui al doc. n. 8 di parte convenuta non può ritenersi sottoscritto in modo completo (ovvero in ogni sua parte) dalla Banca.

In ogni caso, va detto che anche l'accordo normativo riferibile agli swap oggetto di causa (rappresentato dal testo contenuto alle pagine da 5 e sg. del doc. n. 8 di parte convenuta) deve ritenersi non sottoscritto dalla Banca anche se atomisticamente (ovvero senza il collegamento con il doc. n. 6) considerato.

Tale contratto, in effetti, risulta sottoscritto da Roberto Ferri per parte attrice sia in calce (pag. 19), sia per specifica approvazione ex art. 1341 c.c. di clausole potenzialmente vessatorie (pag. 20).

Soltanto a pag. 20, invece, ovvero nella parte specificatamente riservata all'approvazione delle clausole vessatorie da parte del cliente, compare una firma illeggibile nel campo riservato alla Banca.

Il giudicante, quindi, ritiene tale sottoscrizione (dato per assunto che sia effettivamente riconducibile alla convenuta per quanto sia circostanza contestata da parte attrice) non sufficiente per ritenere sottoscritto l'intero contratto da parte della Banca, soluzione che si impone per il semplice motivo che la sottoscrizione in parola non può che essere riferita alla parte del contratto cui espressamente si riferisce, e nella fattispecie in esame risulta palese che la sottoscrizione della Banca è stata apposta esclusivamente nel campo relativo all'approvazione delle clausole vessatorie.

Del resto, sarebbe scorretto da un punto di vista interpretativo attribuire alla firma del cliente ed a quella della Banca, per quanto apposte nello stesso riquadro, una valenza del tutto diversa (accettazione delle sole clausole vessatorie per il cliente, accettazione dell'intero contratto per la Banca), soluzione imposta (nel caso si attribuisse la suddetta valenza alla firma della convenuta) dalla presenza a pag. 19 di una firma del solo cliente univocamente finalizzata all'accettazione dell'intero testo contrattuale, cui è seguita, a pag. 20, la specifica firma di accettazione delle clausole vessatorie.

In effetti, la sottoscrizione della Banca a pag. 20 (prevista dal modulo prestampato) a ben vedere è sostanzialmente inutile, visto che la clausole vessatorie devono essere accettate solamente dal cliente, ragion per cui a tale firma deve essere in realtà attribuito un valore sostanzialmente certificativo in ordine all'autenticità della firma soprastante apposta dal cliente.



A tale sottoscrizione, pertanto, non può essere attribuita volontà negoziale (Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass. 6 aprile 2009, n. 8234; Cass. 30 marzo 2012, n. 5158; da ultimo Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, secondo cui non soddisfa l'esigenza di forma scritta *ad substantiam* l'attestazione di pagamento sottoscritta dall'*accipiens* e dal *solvens*).

Che la Banca, in effetti, fosse solita prevedere nella propria modulistica contrattuale delle proprie sottoscrizioni prive di valore negoziale (e quindi meramente certificative dell'autenticità della firma del cliente) emerge dallo stesso doc. n. 8, ove a pag. 4 della "richiesta di adesione – persone giuridiche/imprese all'accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi interessi e valute" il campo delle sottoscrizioni prevedeva anche la firma della Banca, per quanto la suddetta richiesta di adesione – sebbene prestampata dalla convenuta – costituisca un atto unilaterale del cliente, come tale non necessitante di alcuna manifestazione negoziale da parte della Banca (e la medesima osservazione deve essere estesa anche alla firma della Banca richiesta a pag. 3 della richiesta di adesione al contratto quadro generico di cui al doc. n. 6 di parte convenuta).

Ritiene, quindi, il giudicante che il contratto quadro di cui al doc. n. 8 non riporti la sottoscrizione da parte della Banca.

L'attrice, a questo punto, sostiene che la produzione in giudizio del contratto quadro non firmato dalla controparte non può avere efficacia sanante *ex tunc* della nullità originaria, e cita a sostegno della propria tesi recente giurisprudenza di legittimità secondo cui *"In tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ad substantiam, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto con effetti ex nunc e non ex tunc, essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano; ne consegue che tale meccanismo non opera ai fini della validità del successivo ordine di acquisto di strumenti finanziari, che richiede a monte (e non ex post) un valido contratto quadro"*: Cass. 24/03/2016 n. 5919.

Conseguentemente *"E' nullo, per difetto di forma ad substantiam, il contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento, sottoscritto dall'investitore, ma non anche dalla banca. La nullità del contratto incide sulla validità dei successivi ordini di acquisto stante anche l'esclusione di ogni forma di convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c. Pertanto, la produzione in giudizio del contratto di negoziazione da parte della banca, non rende validi retroattivamente gli ordini di acquisto e le operazioni di compravendita de quibus, con la conseguente necessità di restituzione della somma impiegata dal cliente e dei titoli alla banca"* Cass. 11/04/2016 n. 7068.



Parte convenuta, al contrario, rileva come l'avvenuta produzione in giudizio da parte sua della copia non sottoscritta del contratto quadro supplisca con effetto *ex tunc* (e quindi con effetti retroagenti) alla mancanza di sottoscrizione da parte sua.

Ciò posto, deve allora valutarsi se la produzione in giudizio da parte della Banca della copia del contratto quadro sottoscritta solamente dal cliente valga a supplire con effetti *ex tunc* alla mancata sottoscrizione originaria da parte sua.

Sul punto il Tribunale osserva in via generale che *"in tema di prove documentali, la produzione in giudizio di una scrittura privata ad opera della parte che non l'abbia sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e pertanto perfeziona sul piano sostanziale o su quello probatorio, il contratto in essa contenuto, purché la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato"* (Cass. civ., Sez. III, 12/06/2006, n. 13548; Cass. civ., Sez. Unite, 02/12/2010, n. 24418).

Nello specifico il giudicante rileva invece che prima delle sentenze di Cassazione citate dall'attrice l'orientamento sopra ricordato era fatto proprio da un cospicuo orientamento giurisprudenziale di merito secondo cui *"la mancanza di forma scritta (cui non può neppure supplire la prova per testi o per presunzioni) non può essere in alcuno modo emendata o sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca convenuta del contratto quadro di negoziazione, posto che l'incontro delle volontà può dirsi perfezionato solo se la parte del processo che ha sottoscritto il contratto al momento della produzione non abbia già manifestato la revoca del proprio consenso, volontà di revoca che deve essere individuata nella domanda con la quale l'investitore deduca appunto la nullità del contratto per mancanza della forma di cui si discute"* (Trib. Torino, 05/02/2010).

Nello stesso senso, più recentemente, Tribunale Bologna, sez. II, 06/08/2015, n. 2456; Corte appello Bologna, sez. III, 14/05/2015, n. 933; Tribunale Siena, 19/07/2012, n. 261.

Tale orientamento, inoltre, aggiungeva pure (Trib. Padova 23/03/2010, Trib. Mantova 22/03/2007 e Trib. Torino, 05/01/2010) che *"il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento non può essere oggetto di sanatoria o di convalida desumibile dal comportamento delle parti nemmeno qualora il rapporto abbia avuto esecuzione per un lungo periodo temporale"*, non potendo il contratto nullo essere oggetto di sanatoria per comportamento concludente.

Infatti, *"l'esecuzione spontanea del contratto da parte dei contraenti non ne sana la nullità (nella specie, derivante dall'essere il negozio il risultato di un accordo criminoso tra le persone fisiche incaricate di esprimere la volontà degli enti stipulanti); tale nullità, pertanto, nel giudizio in cui sia fatta valere una pretesa fondata sul predetto contratto, deve essere rilevata, anche d'ufficio e contro la volontà delle parti, dal giudice, nel suo potere-dovere di accertare, indipendentemente dall'attività delle parti, l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto*



dell'attore" (Cass. civ., Sez. I, 05/06/2003, n. 8993; nello stesso senso, Cass. civ., Sez. II, 24/12/1994, n. 11156).

L'orientamento opposto e fatto valere in questa sede dalla Banca, tuttavia, era (ed è tuttora) pure diffuso in giurisprudenza: si veda al riguardo Tribunale Catania, 27 gennaio 2015, che ben ne riassume l'iter argomentativo affermando che *"il contratto quadro di negoziazione di strumenti finanziari sottoscritto dal solo cliente e non anche dalla banca predisponente è valido. Ciò in quanto la forma scritta ad substantiam imposta dall'art. 23, t.u.f., per la sua conclusione assolve ad una funzione protettiva dell'investitore e, in particolare, è volta al riequilibrio dell'assetto informativo. Pertanto, poiché tale funzione informativa risulta soddisfatta anche quando il contratto sia sottoscritto dal solo investitore, può ritenersi che la prescrizione formale sia rispettata pur se la banca non abbia apposto la sua sottoscrizione al testo contrattuale"*.

Esemplificativamente, la Corte d'Appello di Venezia, con la sentenza del 15 giugno 2016, n. 1377 citata da parte convenuta, rimarcando la differenza tra la disciplina della nullità codicistica e quella della nullità di protezione prevista dal TUF, rispetto a quest'ultima evidenza: *"Ponendosi nella prospettiva della funzione che alla previsione di forma è stata assegnata dal legislatore l'eccezione del cliente circa la mancanza di sottoscrizione della banca non può che risultare del tutto priva di fondamento, siccome non pertinente all'esigenza che quella prescrizione formale è volta ad assicurare, finendo per trasformare un presidio posto a tutela della informata e consapevole partecipazione dei clienti in un formalistico strumento per conseguire risultati del tutto al di fuori delle previsioni e dalle scopo della norma"*.

Allo stesso modo, anche il Tribunale di Milano, con la sentenza del 6 maggio 2016, n. 5717 in consapevole contrasto con le sentenze di legittimità di segno avverso citate da parte attrice, mette in luce la finalità della previsione di nullità prevista dall'art. 23 TUF: *"evidente è che il fulcro della legislazione speciale è posto sulla redazione per iscritto del regolamento contrattuale, del quale il cliente deve essere in possesso, ai fini della sua agevole, completa e puntuale conoscenza e verifica della correttezza del comportamento dell'altro contraente. Nella fattispecie l'interesse tutelato è quello di protezione del contraente più debole, il quale è infatti l'unico legittimato ad eccepire la nullità, non quello pubblico relativo alla forma scritta dell'atto che non è destinato alla trascrizione in pubblici registri o comunque ad avere effetti rilevanti verso i terzi. In altri termini la finalità perseguita dal legislatore con le nullità di protezione, anche a seguito dell'impulso fornito dalla normativa comunitaria, è quello di evitare, in questo come in altri settori, quale quello dei consumatori, la possibilità di concludere contratti contenenti clausole fortemente squilibrate a danno del soggetto più debole o di consentire un assetto contrattuale che comporti per il contraente debole difficoltà od ostacoli per la comprensione e l'esercizio dei propri diritti. Tale peculiare profilo del vizio in esame non sembra sia stato valorizzato dalla recenti decisioni della Suprema Corte (n. 5919/2016 e 7068/2016), che si sono espresse in*



senso contrario. Nel caso di specie è pacifico che il testo contrattuale sia stato redatto in forma scritta e che il cliente ne fosse in possesso. Nell'ambito del testo contrattuale, infatti, gli attori hanno sottoscritto una esplicita dichiarazione di ricezione. Ciò costituisce una presunzione in tal senso, presunzione che non è stata vinta da alcuna prova contraria (...)".

Così riassunte le rispettive tesi, va ora rilevato che anche una terza sentenza della Cassazione civile (sez. I, 27/04/2016, n. 8395) ha sposato la tesi sostenuta dalla società attrice, sviluppando ampia e diffusa motivazione in adesione alle due massime citate da Etna Energia ed in aperto contrasto con l'opposto orientamento fatto proprio da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564.

La sentenza n. 8395/2016, in particolare ha affermato che "nel caso di specie la produzione in giudizio del contratto da parte della banca, la cui sottoscrizione difetta, avrebbe determinato il perfezionamento del contratto solo dal momento della produzione, la quale, perciò, non può che rimanere senza effetti, per i fini della validità del successivo ordine di acquisto delle obbligazioni argentine, tale da richiedere a monte (e non ex post) un valido contratto quadro. D'altro canto, far discendere la validità dell'ordine di acquisto dal perfezionamento soltanto successivo del "contratto quadro", non è pensabile, stante il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c. Il che esime dal soffermarsi sull'ulteriore questione se la produzione da parte della banca possa determinare il perfezionamento del contratto, sia pure ex nunc, in presenza di una domanda volta ad ottenere la dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto in mancanza di un valido "contratto quadro", avuto riguardo al rilievo che tale domanda è di mero accertamento e, a differenza di quelle costitutive, quali quelle di annullamento o di risoluzione e non presuppone l'avvenuta conclusione del contratto. Per tale ragione, dunque, il "contratto quadro" non può dirsi utilmente perfezionato (si da sorreggere il successivo ordine di acquisto) per effetto della sua produzione in giudizio da parte della banca. Il problema dell'anteriorità del perfezionamento del "contratto quadro" non si porrebbe, invece, se potesse attribuirsi rilievo alla volontà della banca di avvalersi del contratto desumibile dalle contabili, attestati di seguito e dall'esecuzione del contratto medesimo. Ma così non è. In generale, nei contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo (Cass. 7 giugno 2011, n. 12297). E, fin da epoca remota, questa Corte ha affermato che il documento ha valore, per i fini del soddisfacimento del requisito formale, "in quanto sia estrinsecazione diretta della volontà contrattuale" (Cass. 7 giugno 1966, n. 1495). La forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicché occorre che il documento sia stato creato al fine



specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto (Cass. 1 marzo 1967, n. 453; Cass. 22 maggio 1974, n. 1532; Cass. 7 maggio 1976, n. 1594; Cass. 9 marzo 1981, n. 1307; 30 marzo 1981, n. 1808; 18 febbraio 1985, n. 1374; Cass. 15 novembre 1986, n. 6738; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8937)''.

In segno contrario, invece, non valgono le due successive sentenza di Cassazione citate da parte convenuta in memoria di replica.

Infatti, Cass., Sez. I, 13 settembre 2016, n. 17943, ha in realtà trattato un'altra questione (in forza delle tematiche concretamente dibattute dalle parti), ovvero se determinati documenti sottoscritti da entrambe le parti per quanto in momenti separati potessero ritenersi proposta ed accettazione contrattuale o prova della stipulazione del contratto, dando risposta affermativa al quesito.

Analogamente, anche Cass., Sez. I, 24 agosto 2016, n. 17290 è stata chiamata a pronunciarsi se determinati documenti sottoscritti separatamente da entrambe le parti potessero essere qualificati rispettivamente come proposta ed accettazione contrattuale (in particolare esaminandosi una lettera di mandato), dando anche in questo caso risposta affermativa al quesito.

Come si vede, dunque, i due arresti appena citati hanno trattato in realtà questioni differenti rispetto a quelle dirimenti nella presente controversia, e come tali non possono essere citati come precedenti di segno contrario.

Ritiene, quindi, lo scrivente di dover aderire all'orientamento ultimo consapevolmente espresso dalla giurisprudenza di legittimità nelle sentenze citate da parte attrice (fondato sull'analisi della rilevanza del momento genetico del contratto quadro piuttosto che sulla *ratio* di tutela sottesa alla norma, ovvero all'art. 23 del Tuf), con la conseguenza che alla nullità del contratto quadro e dell'accordo normativo di cui ai doc. n. 6 e 8 di parte convenuta per mancanza della sottoscrizione della Banca deriva anche a cascata la nullità dei due contratti di swap oggetto di causa, in quanto non sorretti da precedente e valido contratto quadro, non valendo la successiva produzione in giudizio da parte dei contratti quadro da parte della convenuta quale valida manifestazione della volontà con effetto *ex tunc*, anche in considerazione del precedente ritiro del consenso a suo tempo manifestato da Etna Energia come palesemente emergente dalla richiesta di declaratoria di nullità dei contratti suddetti.

3) Peraltro, la domanda attorea è fondata pure sotto un altro – dirimente – aspetto, ovvero la deduzione di nullità dei singoli contratti di swap per mancata previsione della facoltà di recesso statuita dall'art. 30 del Tuf nel caso di contratto stipulato fuori dai locali di pertinenza dell'intermediario.



Tanto premesso, va innanzi tutto premesso che le parti controvertono in punto luogo di perfezionamento dei contratti di swap alla luce delle peculiarità dell'iter formativo degli stessi.

Al riguardo va osservato che con riferimento ad entrambi gli swap un documento definito proposta contrattuale è stato pacificamente sottoscritto dalla Banca e quindi consegnato all'attrice fuori dai locali commerciali (ovvero presso uno studio notarile) in data 19.01.2012 (doc. n. 10 e 11), mentre l'allegata scheda prodotto è stata sottoscritta dal solo cliente nella stessa occasione.

Le suddette proposte, quindi, si concludevano con l'affermazione secondo cui *"la volontà della Banca e del cliente di perfezionare l'operazione con le caratteristiche e secondo i termini qui rappresentati sarà manifestata esclusivamente con la sottoscrizione della Disposizione di stipula"* di cui ai successivi doc. n. 12 e 13 di parte convenuta.

Le predette disposizione di stipula, quindi, sono state altrettanto pacificamente sottoscritte da entrambe le parti nelle stesse condizioni di luogo e tempo di cui alle proposte sopra esaminate, di tal che, in conformità alle previsioni contenute nelle proposte di contratto, gli swap dovrebbero intendersi per stipulati fuori dai locali commerciali al momento della sottoscrizione delle disposizioni di stipula da parte di entrambi i contraenti.

Tuttavia, contraddittoriamente, le citate disposizioni di stipula a loro volta richiamavano la necessità di una conferma da parte della Banca, ed ecco quindi che i doc. n. 14 e 15 di parte convenuta riportano delle lettere formalmente redatte dal cliente (ma in realtà dalla Banca) con cui Etna Energia dà atto di aver ricevuto dalla convenuta la conferma dei contratti di swap alle condizioni precedentemente pattuite.

Tali lettere, infine, sono state scambiate dalle parti in data 01.02.2012 presso una filiale della Banca convenuta, venendo sottoscritte in data 19.01.2012 dalla Banca in Torino ed in data 01.02.2012 dalla società attrice in Dalmine presso una filiale della Banca, ragion per cui la convenuta ritiene che gli swap siano stati stipulati nei propri locali commerciali.

Deve, dunque, a questo punto accertarsi il momento perfezionativo dei contratti di swap alla luce dell'iter concretamente seguito dalle parti.

Ritiene, quindi, il giudicante che entrambi i contratti debbano intendersi per stipulati in data 19.01.2012 fuori dai locali commerciali (ovvero a Bergamo, nello studio notarile), in quanto allo scambio delle missive avvenuto in data 01.02.2012 presso la filiale di Dalmine della convenuta deve attribuirsi efficacia meramente ricognitiva di negozi già stipulati.

Tale interpretazione, infatti, è supportata dal tenore letterale delle proposte contrattuali sopra ricordate (doc. 10 e 11 di parte convenuta) in cui chiaramente veniva indicato nella sottoscrizione delle disposizioni di



stipula il momento perfezionativo degli swap nonché, a contrario, nelle stesse conferme del 01.02.2012 in cui chiaramente è affermato dalla Banca che i contratti sono stati stipulati in data 19.01.2012.

Le disposizioni di stipula, infine, espressamente chiedevano alla Banca di dar corso alla conclusione del contratto in conformità alle precedenti proposte, sicché la firma apposta in calce dalla convenuta altro non è che l'accettazione finale della Banca alla proposta del cliente, con conseguente sorgere del vincolo contrattuale, come pure indirettamente confermato dal fatto che nelle suddette disposizioni di stipula parte attrice espressamente chiariva che il mancato assolvimento da parte sua delle obbligazioni assunte avrebbe costituito inadempimento contrattuale ai sensi degli artt. 14 e 15 dell'accordo normativo, circostanza che presuppone – ovviamente – l'intervenuta formazione dei contratti di swap.

In definitiva, i contratti con le proposte sottoscritte dal cliente e con le disposizioni di stipula conformi sottoscritti dalla Banca (oltre che dal cliente) possono dirsi formalmente perfezionati in ogni loro parte, sicché la documentazione successiva altro non è che la mera ricognizione di contratti già in vigore.

Alla luce di quanto precede, conseguentemente, gli swap devono intendersi per perfezionati fuori dai locali commerciali.

Tale accertamento appare quindi di particolare importanza ai fini della decisione relativa alla nullità dei contratti di swap per mancata previsione della facoltà di recesso statuita dall'art. 30 del Tuf in quanto, intervenendo a risolvere un contrasto sorto presso le corti di merito e modificando l'orientamento prevalente di legittimità, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano recentemente adottato un'interpretazione assai estensiva in ordine all'ambito di efficacia della suddetta normativa, statuendo che *"il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del d. lg. n. 58 del 1998 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela (fattispecie relativa all'azione avviata da un investitore che aveva citato in giudizio l'intermediario attraverso cui aveva acquistato delle obbligazioni emesse da una società poi fallita)"*: Cassazione civile, sez. un., 03/06/2013, n. 13905.

In altre parole, con la suddetta sentenza la nozione di *"contratti di collocamento"*, cui l'art. 30 del Tuf si riferisce ed ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inserimento a pena di nullità della clausola di recesso in favore del cliente, non era più da intendersi come circoscritta ai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del *"servizio di collocamento"* menzionato dall'art. 1, comma 5, lett.



c) (ed ora anche lett. c bis), del Tuf (così invece Cass. n. 2065 del 2012 e n. 4564 del 2012), ma anche a qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non professionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi, quali ad esempio quelli di negoziazione o di esecuzione di ordini enunciati all'art. 1, stesso comma 5, lett. a) e b) del Tuf.

Alla luce di tale arresto, per molti aspetti innovativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario in precedenza diffuso, l'art. 30 del Tuf avrebbe potuto in astratto essere applicato anche alla fattispecie in esame (che non rappresenta un servizio di collocamento in senso stretto ma un servizio di investimento diverso, ove la Banca si pone come controparte diretta del cliente nella negoziazione dello strumento finanziario), dovendo darsi a detta disposizione un'interpretazione la più ampia possibile a tutela dell'investitore (che non deve necessariamente essere un consumatore, come infra meglio si dirà).

Tuttavia, il Legislatore era immediatamente intervenuto statuendo con l'art. 56-quater del DL n. 69/2013 come inserito dall'articolo 1, comma 1, della Legge 9 agosto 2013, n. 98, in sede di conversione, che *"all'articolo 30, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dopo il secondo periodo e' inserito il seguente: "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)"*.

Con tale intervento, dunque, secondo taluni interpreti, il Legislatore avrebbe ritenuto di sterilizzare in parte la portata innovativa della sentenza sopra citata con l'introduzione di una norma di interpretazione autentica, sembrando aver statuito – per quel che interessa in questa sede – che per la tipologia di servizi di investimento oggetto di questo procedimento (che non rientra nel concetto di servizio di collocamento in senso stretto) non vi era sino al primo settembre 2013 alcun obbligo di inserire nel contratto la facoltà di recesso nel caso di contratto stipulato fuori dai locali aziendali, atteso che il servizio di investimento nella specie contestato (come meglio emergerà anche da quanto segue) deve essere sussunto nella lettera a) del comma 5 dell'art. 1 (ricezione e trasmissione di ordini), fattispecie per la quale alcun obbligo sarebbe stato in precedenza (ovvero sino al primo settembre 2013) consapevolmente previsto dal Legislatore (a differenza delle altre ipotesi contemplate dall'intervento chiarificatore in esame).

L'idea che la norma fosse di interpretazione autentica, in effetti, fu suggerita dallo stesso legislatore che, seppure nel testo legislativo nulla di univoco disse in merito, nella relazione al progetto di legge si esprime chiaramente in tal senso: http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/D13069c.htm#_Toc363729735.



Sulla questione, quindi, è ulteriormente intervenuta la Corte di Cassazione (Sent. Sez. 3, n. 7776/2014), ribadendo la perdurante validità dell'orientamento giurisprudenziale espresso nel 2013 dalle Sezioni Unite sopra citato, malgrado la novella legislativa.

Con detto arresto, infatti, è stato testualmente statuito con lunga ed approfondita motivazione che *"la suddetta norma, infatti, non ha natura interpretativa.*

Depongono univocamente in tal senso l'interpretazione logica, quella finalistica e quella costituzionalmente orientata.

3.2. Dal punto di vista dell'interpretazione logica, va rilevato come il precetto contenuto nell'art. 56 quater d.l. 69/2013 affermi che il diritto di recesso si applica ai contratti di negoziazione titoli stipulati dopo il 1° 9.2013.

La norma non nega il contrario, e cioè che il diritto di recesso non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

Ci troviamo dunque dinanzi ad una norma che afferma il precetto "A", ma non nega affatto il precetto "non-A". Se il legislatore avesse davvero inteso escludere il diritto di recesso per i contratti stipulati prima di settembre 2013, non avrebbe dovuto stabilire che il diritto "A" si applica ai contratti stipulati dopo: avrebbe dovuto sancire che il diritto "A" non si applica ai contratti stipulati prima.

Sul piano della logica formale ne discende una importante conseguenza.

La regola ermeneutica classica dell'inclusio unius, exclusio alterius, trova applicazione quando la norma scelga tra due soluzioni possibili e tra loro alternative, cioè legate da un nesso di esclusione reciproca. Così, ad esempio, una norma che sancisse l'invalidità dei contratti stipulati dopo una certa data non consente dubbi sul fatto che quei contratti non possano essere efficaci.

Non è questo il nostro caso. Individuato il discrimine temporale del 1° 9.2013, la legge dichiara che ai contratti dopo tale data si applica il diritto di recesso: ma tale affermazione non è legata da un nesso di esclusione reciproca rispetto al suo contrario: e cioè che ai contratti stipulati prima di tale data il diritto di recesso non si applichi.

Nel nostro caso dunque delle quattro soluzioni teoricamente possibili del problema, e cioè: (a) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati prima di settembre, ma non a quelli dopo; (b) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati dopo settembre, ma non a quelli prima; (c) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati sia prima che dopo settembre; (d) il diritto di recesso non si applica né ai contratti stipulati prima di settembre, né a quelli stipulati dopo; la lettera della legge per come è stata concepita consente di escludere con certezza la prima e l'ultima, ma lascia impregiudicate le altre due.



3.3. Sul piano dell'interpretazione finalistica, la controricorrente MPS dà per scontato che il legislatore sia intervenuto col d.l. 69/2013 per ristabilire una situazione di certezza, la quale sarebbe venuta meno in seguito all'intervento delle Sezioni Unite (così la memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 12).

Questa lettura della nuova norma non ha alcuna solida base.

Il presupposto che legittima l'intervento del legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica è la situazione di incertezza che il legislatore intende eliminare. Nel nostro ordinamento questa situazione di incertezza non solo non esisteva, ma anzi era stata esclusa proprio dall'intervento delle Sezioni Unite, cui l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario attribuisce il compito di rimuoverle, le incertezze, e non di crearle. Né, ovviamente, potrebbe spacciarsi per "incertezza del diritto" l'eventuale malumore ingenerato da una decisione della Corte di cassazione confliggente con (pur legittimi) interessi od aspettative privati. Dunque l'art. 56quater d.l. 69/2013 non può ritenersi una norma interpretativa perché dell'interpretazione autentica mancava il primo e principale presupposto, ovvero la possibilità di letture contrastanti.

Possibilità venuta meno proprio in seguito all'intervento delle Sezioni Unite più volte ricordato, alla luce del combinato disposto degli artt. 65 ord. giud. e 374 c.p.c.

.... L'art. 56 quater d.l. 69/2013, in secondo luogo, non può essere considerato una norma di interpretazione autentica in base all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Se, infatti, la norma in esame si interpretasse nel senso propugnato dalla controricorrente, essa entrerebbe in conflitto con molteplici precetti di rango costituzionale.

In primo luogo, l'interpretazione qui contestata si porrebbe in conflitto con l'art. 47, comma 1, Cost., nella parte in cui introdurrebbe un regime di favore per gli istituti di credito i quali abbiano stipulato contratti di negoziazione titoli fuori sede prima del 1° 9. 2013.

La suddetta distinzione inoltre, essendo rimasto immutato il resto della norma, sarebbe difficilmente compatibile col principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost., posto che non esiste alcuna circostanza idonea a giustificare una più solida tutela per i risparmiatori che abbiano stipulato i loro contratti dopo una certa data, rispetto a quelli che l'abbiano fatto prima.

In terzo luogo, l'interpretazione caldeggiata dalla MPS potrebbe porre la norma in contrasto con gli artt. 101 e 104 cost., nella parte in cui finirebbe per vanificare con effetto retroattivo il dictum delle Sezioni Unite già più volte ricordato".

Alla luce dell'exkursus giurisprudenziale che precede, di conseguenza, alla fattispecie in esame risulta astrattamente applicabile l'orientamento interpretativo di cui alle Sez. un., 03/06/2013, n. 13905, le quali inoltre, ebbero pure a precisare che "si intende, poi, che la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere



uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa", principio applicabile nella fattispecie in esame ove nei singoli contratti di swap alcuna previsione di recesso è stata contemplata.

Tale orientamento è quindi stato di recente ancora ribadito, in quanto la Cassazione ha riaffermato che *"del resto, proprio questa è l'impostazione corretta, come hanno chiarito ormai le Sezioni unite (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905)", precisando altresì come "la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del cd. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di collocamento, sia pur latamente intesa", e chiarendo definitivamente la necessità di "applicazione dello ius poenitendi agli specifici atti negoziali"* (Cass. civ. Sez. I, Sent., 29/01/2016, n. 1751).

Né può ritenersi l'attrice essere un cliente professionale, nel qual caso la normativa sul recesso non sarebbe applicabile (secondo l'art. 30, comma 2, lett. a del Tuf, in effetti "non costituisce offerta fuori sede: a) l'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali, come individuati ai sensi dell'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies").

Al riguardo va infatti premesso che la norma in esame non tutela il mero consumatore inteso quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta (come sembrerebbe ritenere la difesa della Banca), ma anche i piccoli imprenditori e financo le società di piccole e medie dimensioni (come infra si dirà), sicché la questione merita un esame più approfondito.

Il citato art. 6, comma 2 quinquies del Tuf (il comma 2 sexies non rileva in questa sede essendo applicabile ai soggetti pubblici) prevede dunque che *"la Consob, sentita la Banca d'Italia, individua con regolamento i clienti professionali privati nonché i criteri di identificazione dei soggetti privati che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta"*.

La Consob, quindi, con il Regolamento n. 16190 (ed in particolare nell'allegato 3) ha disposto che determinati soggetti devono essere automaticamente considerato clienti professionali.

Infatti, il suddetto allegato ha stabilito, per quanto interessa in questa sede; che *"un cliente professionale è un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume."*

I. Clienti professionali di diritto

Si intendono clienti professionali per tutti i servizi e gli strumenti di investimento:



i soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri quali:

- a) banche;*
- b) imprese di investimento;*
- c) altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati;*
- d) imprese di assicurazione;*
- e) organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi;*
- f) fondi pensione e società di gestione di tali fondi;*
- g) i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci;*
- h) soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia (locals);*
- i) altri investitori istituzionali;*
- l) agenti di cambio;*

(2) le imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali:

- totale di bilancio: 20 000 000 EUR,

- fatturato netto: 40 000 000 EUR,

- fondi propri: 2 000 000 EUR”.

Ebbene, nel caso di specie la Banca (che ne era onerata) non ha in alcun modo provato (o anche solo allegato) che Etna Energia avesse le caratteristiche dimensionali per poter essere considerata un cliente professionale (essendo in merito del tutto irrilevanti le dimensioni della socia Ferro s.r.l., dal momento che la normativa è chiarissima nel prevedere il possesso dei requisiti in capo ad ogni società del gruppo atomisticamente considerata).

L'attrice, quindi, neppure chiaramente possiede gli altri requisiti indicati (essere banca, agente di cambio ...), senza dimenticare in ogni caso il fatto che “quando il cliente è un'impresa come definita in precedenza, l'intermediario deve informarla, prima di qualunque prestazione di servizi, che, sulla base delle informazioni di cui dispone, essa viene considerata di diritto un cliente professionale e verrà trattata come tale a meno che l'intermediario e il cliente convengano diversamente”, oneri in ogni caso non assolti dalla Banca.

L'attrice, quindi, neppure può essere considerata un cliente professionale su richiesta (secondo l'allegato 3, infatti, “gli intermediari possono trattare i clienti diversi da quelli inclusi alla sezione I, che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure menzionati di seguito”) per il



semplice motivo che non ha mai effettuato una tale richiesta, nelle forme prescritte dall'allegato (secondo cui "Procedura: I clienti definiti in precedenza possono rinunciare alle protezioni previste dalle norme di comportamento solo una volta espletata la procedura seguente:

- i clienti devono comunicare per iscritto all'intermediario che desiderano essere trattati come clienti professionali, a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento o tipo di operazione o di prodotto;
- l'intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, di quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere;
- i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni.

Prima di decidere di accettare richieste di rinuncia a protezione, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per accertarsi che il cliente che chiede di essere considerato cliente professionale soddisfi i requisiti indicati nella sezione II al punto 1".

L'attrice, dunque, non può essere considerata un cliente professionale, dovendo al contrario essere qualificata come un cliente al dettaglio (e lo stesso vale per il procuratore che agì per essa in considerazione delle sue qualifiche professionali), con conseguente obbligo della previsione del diritto di recesso, la cui esclusione non può infatti dipendere dall'esistenza di trattative più o meno approfondite fra le parti (tale questione, infatti, attiene al corretto adempimento delle obbligazioni gravanti sulla Banca, circostanza che tuttavia rileva solo dopo l'accertamento della validità del contratto) o di una delibera autorizzativa dal parte dell'assemblea della convenuta.

L'attrice, dunque, era titolare di tutte le tutele che spettano ad un investitore al dettaglio, fra cui la necessità della previsione del diritto di recesso qualora il contratto fosse stato stipulato fuori dai locali commerciali, come avvenuto nella fattispecie in esame.

Che poi la collocazione\stipulazione di uno swap rientri nel concetto di strumento finanziario al fine della previsione del diritto di recesso ex art. 30 Tuf risulta testualmente dallo stesso Tuf, allorquando nell'epigrafe definisce (art. 1, comma 2) gli strumenti finanziari anche i "contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti".

Ne deriva, pertanto, che la sottoscrizione di uno swap (per di più in contropartita diretta da parte della Banca, anche se la circostanza non è dirimente) costituisce la negoziazione di uno strumento finanziario ai



sensi del Tuf, con conseguente applicazione dell'art. 30 Tuf in tema di recesso (e peraltro il predetto art. 30, comma 9 dispone in via di chiusura che *"il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari"*).

Alla luce, dunque, di quanto precede, ritiene il Tribunale documentata l'insussistenza dell'informazione relativa al diritto di recesso, il che implica la nullità (che può essere eccepita solo dal cliente, oltre ad essere rilevabile d'ufficio) dei due contratti di swap oggetto di causa per violazione delle norme contenute nell'art. 30 Tuf, con assorbimento quindi delle altre domande formulate da parte attrice.

4) Alla nullità dei contratti di swap, quindi, conseguono le restituzioni di legge secondo le norme dettate per la ripetizione dell'indebitito.

Sulla somma oggetto di restituzione, pertanto, in applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebitito (secondo cui *"nell'ipotesi di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebitito oggettivo, con la conseguenza che qualora l'accipiens sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno in cui l'ha ricevuta"*: (Cassazione civile, sez. I, 08/04/2009, n. 8564), parte convenuta deve essere condannata al pagamento degli interessi di mora al saggio legale.

Circa quindi la decorrenza dei predetti interessi, va evidenziato che *"in tema di indebitito oggettivo, la buona fede dell'"accipiens" al momento del pagamento è presunta per principio generale, sicché grava sul "solvens" che faccia richiesta di ripetizione dell'indebitito, al fine del riconoscimento degli interessi con decorrenza dal giorno del pagamento stesso e non dalla data della domanda, l'onere di dimostrare la malafede dell'"accipiens" all'atto della ricezione della somma non dovuta"* (Cassazione civile, sez. lav., 08/05/2013, n. 10815).

Nella fattispecie in esame, dunque, ritiene il giudicante che parte attrice nulla abbia provato o anche solo allegato in ordine alla malafede della controparte, malafede non desumibile in effetti ad avviso del giudicante dalla mera redazione di un contratto nullo, circostanza eventualmente rilevante per ritenere in colpa grave la banca, ma che è irrilevante ai fini della decorrenza degli interessi atteso che *"in materia di indebitito oggettivo, ai fini della decorrenza degli interessi ai sensi dell'art. 2033 c.c. e della rilevanza dell'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c., rileva una nozione di buona fede in senso soggettivo, coincidente con l'ignoranza dell'effettiva situazione giuridica in conseguenza di un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non essendo applicabile la disposizione dettata dall'art. 1147, comma 2, in riferimento alla buona fede nel possesso. Pertanto, anche il dubbio particolarmente qualificato circa l'effettiva fondatezza delle proprie pretese è compatibile con la buona fede ai fini in esame"* (Cassazione civile, sez. lav., 25/05/2007, n. 12211).



Peraltro, con considerazione assorbente va detto che la stessa incertezza in giurisprudenza che ha preceduto sia la pronuncia delle Sezioni Unite nel 2013 in punto recesso sia il recente sviluppo giurisprudenziale in punto nullità del contratto quadro per mancata sottoscrizione della Banca rende inconfigurabile la malafede da parte della Banca.

Circa, quindi, il *quantum* va detto che parte attrice ha aggiornato all'udienza di precisazione delle conclusioni le somme corrisposte a favore della Banca in esecuzione dei contratti di swap dichiarati nulli da questa sentenza nella somma di € 524.600,42, valore attualizzato alla data del 30 settembre 2016.

Non avendo, quindi, parte convenuta contestato l'aggiornamento dei pagamenti effettuati da Etna Energia in corso di causa come dichiarati e documentati dall'attrice (che sin dall'atto di citazione si era riservata di aggiornare i dati contabili in corso di causa man mano che maturavano gli addebiti), la Banca deve essere condannata al pagamento della predetta somma, oltre che degli interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti successivi alla domanda.

Va da sé, peraltro, che successivamente a questa sentenza alcun pagamento può essere ritenuto dovuto, sicché qualora comunque effettuato esso sarà soggetto alla ripetizione ex art. 2033 c.c.

5) Le spese di lite, così come liquidate in dispositivo in conformità ai parametri medi (valore indeterminabile fascia alta attesa l'indeterminatezza del valore del contratto di swap cui accede la domanda principale di nullità e la complessità delle questioni giuridiche trattate) seguono la complessiva soccombenza della convenuta ex art. 91 c.p.c., dovendo peraltro essere compensate nella misura di 1/3 ex art. 92 c.p.c. in considerazione delle incertezze giurisprudenziali sopra richiamate, venendo, infine, liquidate in conformità ai parametri medi (salvi gli effetti della compensazione parziale).

P.Q.M.

Il Tribunale,

in composizione monocratica,

definitivamente pronunciando,

ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione disattese,

nel contraddittorio delle parti,

Dichiara la nullità per mancanza di sottoscrizione della convenuta dei contratti quadro oggetto di causa (doc. n. 6 e 8 parte convenuta).

Dichiara la nullità dei due contratti di swap oggetto di causa per i motivi di cui in parte motiva.



Condanna Intesa Sanpaolo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare a favore di Etna Energia s.r.l. la somma di € 524.600,42, valore attualizzato al 30 settembre 2016, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti successivi alla domanda.

Compensa le spese di lite nella misura di 1/3 e **Condanna** Intesa Sanpaolo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere a Etna Energia s.r.l. i restanti 2/3, spese che si liquidano per detta frazione in € 8.953,33 a titolo di compenso ed in € 838,95 per anticipazioni non imponibili, oltre rimborso forfetario ex art. 2 DM n. 55/2014, IVA se non detraibile e CPA come per legge e successive occorrenze.

Così deciso in Torino il 21.02.2017.

Il Giudice

Luca Martinat

