



essere fra le parti, con conseguente condanna di [REDACTED] s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento di quanto scaduto alla data di pronuncia della sentenza nella misura accertanda in corso di causa, oltre agli interesse convenzionali o, in subordine, agli interessi legali dalla data di ogni singola scadenza sino alla data del saldo; nel merito ed in via riconvenzionale subordinata compensare ex art. 1243 c.c., il maggior credito di [REDACTED] S.p.A. nella misura accertanda in corso di causa, se del caso da liquidare in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., oltre agli interessi legali dalla data di ogni singola scadenza sino alla data di effettivo saldo, con ogni diversa somma che dovesse, in denegata ipotesi, essere riconosciuta dovuta a [REDACTED] s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, dichiarando tenuta e, per l'effetto, condannando quest'ultima, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a corrispondere a [REDACTED] S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, quanto ancora a suo credito, oltre agli interessi convenzionali o, in subordine, agli interessi legali dalla data di ogni singola scadenza sino al saldo, alla data di pronuncia della sentenza; in ogni caso con vittoria di spese e competenze di lite, oltre ad IVA, CPA e rimborso forfettario secondo legge professionale”.

### **FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con citazione notificata in data 21.11.2019 la società [REDACTED] S.r.l. (anche soltanto “[REDACTED]”) ha convenuto in giudizio [REDACTED], deducendo la nullità e in subordine il grave inadempimento di [REDACTED] nella stipulazione del derivato IRS in data 1.6.2011 volto alla copertura del rischio di rialzo dei tassi di interesse. Secondo l'attrice, Intesa [REDACTED] avrebbe violato i doveri di diligenza a proprio carico, consigliando la stipulazione di un contratto con un elevato rischio, contrario al profilo di rischio conservativo manifestato dalla società; il contratto sarebbe inoltre nullo per mancanza di causa in concreto, in quanto difetterebbe un finanziamento o altro indebitamento sottostante e mancherebbero altresì le condizioni previste dalla Comunicazione CONSOB del 26.2.1999 in tema di funzione di copertura; costituirebbe ulteriore motivo di nullità la mancata indicazione in contratto del Mark to Market (MTM) – numerica e non in percentuale sul capitale di riferimento – e della curva dei tassi forward per la determinazione del payoff del contratto; infine, il contratto non recherebbe adeguata menzione dei costi contrattuali, che Intesa Sanpaolo avrebbe dunque occultato, senza provvedere al versamento di un upfront compensativo del MTM negativo. In alternativa alla dedotta nullità, [REDACTED] sarebbe incorsa in inadempimento contrattuale, con conseguente diritto della cliente alla risoluzione del contratto.

In prima udienza, tenutasi in data 26.1.2021 prima per la parentesi della sospensione del lavoro giudiziario disposta durante l'emergenza sanitaria, poi per la sostituzione del giudice, [REDACTED] ha

integrato le proprie difese, dichiarando di impugnare il contratto quadro di investimento, contestando la profilatura MIFID e la sottoscrizione di altri derivati da parte propria e deducendo, come ulteriore motivo di nullità, l'assenza di scenari probabilistici.

Intesa Sanpaolo, costituitasi in data 4.2.2020, ha contestato in fatto e in diritto le deduzioni e domande dell'attrice, chiedendone il rigetto.

Dopo lo scambio di memorie ex art. 183 c.p.c. , la causa è stata istruita mediante C.T.U. contabile ed escussione di un teste di [REDACTED], all'udienza dell'11.10.2022.

Il teste [REDACTED], direttore di filiale di [REDACTED] e gestore del "[REDACTED]" di cui faceva parte la società [REDACTED] ha dichiarato di aver incontrato nel mese di aprile 2011 allo scopo di concludere un contratto derivato a copertura di una locazione finanziaria, del tipo "in costruendo", già stipulata, e di aver poi ricevuto in data 30 maggio 2011 la sottoscrizione di due contratti derivati destinati alla copertura del 75% dell'esposizione della locazione finanziaria. Entrambi questi incontri sono avvenuti presso gli uffici della [REDACTED] e perciò "fuori sede" per gli effetti dell'art. 30 TUF.

Sui capi 11-12: "ho incontrato la dott.sa [REDACTED], si trattava di un lease back costruendo, la società aveva un unico immobile che doveva essere ristrutturato e adattato alle esigenze del conduttore, si trattava di un'operazione da 40 mln di euro. Il delta tra incasso dell'affitto e la rata di ammortamento del leasing non era elevatissimo e la [REDACTED] voleva proteggersi da una risalita dei tassi. [...] ADR normalmente ci recavamo noi presso gli uffici della [REDACTED] in Roma, zona Ostiense al [REDACTED]. Anche in questa circostanza fummo noi a muoverci".

Sul capo 21: "il 30 maggio 2011, alla presenza della [REDACTED] e del [REDACTED], la [REDACTED] informò il signor [REDACTED] ed il signor [REDACTED] di voler procedere con la sottoscrizione di due differenti contratti per la copertura di una quota pari al 75% del contratto di locazione finanziaria di cui al capo 6) che precede. ADR Ricordo l'incontro. Era presente anche la dott.sa [REDACTED]. Il derivato fu sottoscritto presso gli uffici della [REDACTED]. La dott.sa [REDACTED] è promotore finanziario abilitato all'offerta fuori sede".

In conseguenza di tale deposizione, in conclusionale, la società attrice ha dedotto la violazione dell'art. 30 TUF, poiché dalla deposizione del teste è risultato che il derivato è stato concluso fuori sede e la modulistica contrattuale (doc. 6-9 conv.) non contiene l'indicazione, prevista a pena di nullità, della facoltà di recesso del cliente.

In memoria di replica (pag. 1-11), la convenuta ha eccepito l'inammissibilità della deduzione, perché nuova e in contrasto con la funzione della comparsa conclusionale, consiste nella sola illustrazione delle domande, difese e conclusionali già assunte. Nel merito, la convenuta ha contestato la

pretestuosità e infondatezza dell'eccezione avversaria, per i seguenti motivi: - “la sottoscrizione del Contratto ha costituito l'esito di un'articolata trattativa cominciata almeno due mesi prima [della stipula] e non ha fatto seguito ad un'iniziativa della Banca, ma ad una precisa richiesta della Società; peraltro il fatto di recarsi presso gli uffici del cliente costituiva una prassi in un'ottica di favore per un cliente di riguardo”; - il diritto di recesso e l'onere di indicare tale diritto al cliente, a pena di nullità ai sensi dell'art. 30 commi 6 e 7 TUF, non si applica alla negoziazione di strumenti finanziari per conto proprio, se non per effetto del d.l. 69/2013 e per i soli contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013; - il riconoscimento dello *jus poenitendi* tutela il cliente contro la “sorpresa” indotta “dall'iniziativa dell'intermediario (e magari dalla visita inattesa da parte di quest'ultimo presso l'abitazione o comunque la sede dell'investitore, il quale dunque non abbia avuto modo di ponderare i pro e i contro dell'operazione). Questa essendo la pacifica ratio dell'istituto, è evidente che, quando nel caso concreto manca l'effetto sorpresa, non può trovare alcuno spazio la nullità di cui all'articolo 30 TUF”; - nel caso di specie, mancherebbe l'effetto sorpresa perché il “contratto è stato concluso non da uno sprovveduto risparmiatore, ma da una società di capitali, allo scopo (peraltro concretamente assolto dal Contratto) di copertura dal rischio derivante dal rialzo dei tassi di interesse in relazione ad un'operazione del valore di svariati milioni di Euro” e “è mancata qualsivoglia autonoma iniziativa della Banca, la quale nulla ha fatto se non concludere un accordo la cui necessità era (comprensibilmente) avvertita dalla Società, stante l'elevato ammontare del contratto di finanziamento sottostante a tasso variabile; la sottoscrizione del Contratto è stata preceduta da un'ampia trattativa durata diversi mesi; nei sette giorni successivi alla stipulazione del Contratto (ovvero nel periodo in cui opererebbe la sospensione dell'efficacia del Contratto ed il diritto di recesso del cliente) Vigna non ha comunicato alla Banca alcun ripensamento, curiosamente manifestato a distanza di anni, quando Vigna ha potuto constatare e giovare (in relazione al cospicuo finanziamento in essere) del mancato rialzo dei tassi di interesse”.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Singolarmente, la società attrice ha trascurato, durante tutto il corso del giudizio, il tema della promozione e conclusione del contratto fuori sede, proponendo l'eccezione di nullità soltanto in comparsa conclusionale, ma ciò non è motivo sufficiente per dichiarare tale eccezione inammissibile. Infatti, la nullità del contratto può essere rilevata anche d'ufficio ed eccepita come mera difesa anche in comparsa conclusionale, a condizione che sia fondata su elementi di fatto già acquisiti al processo (Cass. 9.1.2013 n. 350; Cass. 15.9.2020 n. 19161; Cass. 19.10.2022 n. 30885).

Che in tal caso la nullità non costituisca mera difesa o eccezione, perché l'attrice ha chiesto in via principale dichiararsi la nullità del contratto derivato, sia pure per motivi differenti, e quindi la

deduzione di un nuovo motivo di nullità amplia la *causa petendi*, non è motivo sufficiente per ritenere la deduzione inammissibile, poiché, a partire dalle fondamentali sentenze Cass. Sez. un. 12.12.2014 n. 26242-26243, la domanda di nullità è “pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio”, pertanto “il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante” ed è evidente che il potere di rilevazione d'ufficio, anche su sollecitazione dalla parte interessata, non ha altro limite, se non il rispetto del contraddittorio – in specie assicurato per il fatto che la convenuta ha avuto a disposizione per le sue controdeduzioni la memoria di replica e ha anche estesamente replicato in diritto e in fatto all'eccezione di nullità.

Nel caso di specie, gli elementi di prova dell'eccezione di nullità sono stati ritualmente acquisiti al processo come segue:


- il teste [REDACTED] ha dichiarato (vedi sopra) che la promozione del contratto, ad aprile 2011, e la sua conclusione, il 30.5.2011, sono avvenute presso gli uffici della società attrice e quindi “fuori sede” per gli effetti dell'art. 30 TUF;
- la conclusione fuori sede è confermata dal contratto IRS n. 28232313, che reca le generalità (“[REDACTED]”) e la matricola ([REDACTED]) del promotore finanziario abilitato all'offerta fuori sede nello spazio relativo alla sottoscrizione della Banca (doc. 9 conv., pag. 5 del file) e è degno di nota che il teste [REDACTED] ha indicato proprio la sig.ra [REDACTED] come il promotore finanziario abilitato all'offerta fuori sede che ha presenziato agli incontri con [REDACTED];
- né il contratto (doc. 9 conv.) né la modulistica contrattuale (doc. 6-8 conv.) contengono la concessione alla cliente del diritto di recesso ex art. 30 comma 6 TUF, mentre è irrilevante che la disciplina dell'offerta fuori sede sia contenuta nell'art. 4 del contratto quadro (doc. 2 conv.), che, di per sé, non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa (in tal senso Cass. sez. un. 3.6.2013 n. 13905 e successive conformi; da ultimo Cass. 6.12.2022 n. 35787).

La disciplina dell'offerta fuori sede non si applica, ai sensi dell'art. 30 comma 2, lett. a) TUF al caso di “offerta effettuata nei confronti di clienti professionali, come individuati ai sensi dell'art. 6, commi 2-quinquies e 2-sexies” del TUF che, a loro volta, rinviano alla regolamentazione secondaria della Consob per l'individuazione dei criteri di definizione.

Il Reg. Intermediari (n. 16190/2007) allora vigente contiene due classi di “clientela professionale privata”. Sono clienti professionali di diritto (punto I) “i soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri”, 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” e “gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie”.

Sono clienti professionali su richiesta (punto II) coloro che, senza avere i requisiti oggettivi di cui sopra, facciano espressa richiesta e seguano una procedura specifica per farsi accreditare come clienti professionali dall’intermediario.

Evidentemente, la società immobiliare  (vedi visura camerale doc. 11 att.) non è un intermediario finanziario, né un investitore istituzionale. La convenuta s’è difesa ampiamente nel merito nelle note di replica ma, pur negando l’applicabilità dell’art. 30 TUF, non ha specificamente dedotto che l’attrice avrebbe titolo a essere considerata come “cliente professionale”, di diritto in quanto impresa di rilevante dimensione economico-patrimoniale o per propria richiesta. Pertanto, deve concludersi per la non applicabilità dell’esclusione.

2. In diritto, la domanda di nullità è fondata. Secondo un orientamento ormai stabile della giur. di legittimità, a partire da Cass. sez. un. 3.6.2013 n. 13905 (a seguire, Cass. 3.4.2014 n. 7776; Cass. 26.1.2016 n. 1368), condivisa dalla Corte d’appello di Torino (tra le sentenze edite vedi App. Torino 29.10.2018 n. 1860 e 30.8.2019 n. 1445) e di questo Tribunale (sentenze Trib. Torino 19.10.2016 n. 4987, 26.9.2017 n. 4507, 22.1.2018 n. 255), "il diritto di recesso accordato all’investitore dal sesto comma dell’art. 30 del D. Lgs. 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" e perciò anche nel caso di negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari – come è il caso dei contratti derivati OTC (over the counter), in cui controparte contrattuale del cliente è lo stesso intermediario finanziario. I passaggi argomentativi di quest’indirizzo giurisprudenziale sono i seguenti ed è appena da avvertire che la convenuta, pur conoscendo (o dovendo conoscere) tale giurisprudenza, non ha offerto spunti per revocare in dubbio tale indirizzo che, pertanto, per la sua autorevole provenienza, può essere mantenuto fermo:

1) il dato testuale dell’art. 30 TUF, “contratti di collocamento di strumenti finanziari o gestione di portafogli individuali”, è scarsamente accurato e non può dare fondamento a un’interpretazione restrittiva, che escluda dal perimetro applicativo dell’offerta fuori sede la negoziazione di strumenti finanziari per conto proprio; 2) la medesima *ratio legis* che obbliga l’intermediario a concedere per

iscritto al cliente un termine di ripensamento, ossia la particolare aggressività dell'offerta fuori sede, perché per valutazione legislativa tipica il cliente non ha chiesto la prestazione dei servizi di investimento e subisce il c.d. effetto sorpresa, è indipendente dalla tipologia di servizio e ricorre *prima facie* anche nel caso di negoziazione in contropartita diretta; 3) l'art. 56 quater del d.l. 69/2013 non ha portata innovativa, poiché l'espressa sottoposizione dei "servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lett. a)" (ossia la negoziazione per conto proprio) alla disciplina dell'offerta fuori sede "per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013" non ha l'effetto di escludere l'applicabilità della medesima disciplina anche ai contratti di negoziazione per conto proprio, conclusi anteriormente all'1.9.2013, come già statuito dalle Sezioni Unite, e non potrebbe nemmeno avere portata di interpretazione autentica, in considerazione del fatto che il conflitto tra le interpretazioni era già stato ricomposto dalla citata sentenza delle Sezioni Unite.

Nella citata sentenza Sez. Un. 13905/13, le Sezioni Unite osservarono che dal mero dato letterale non era ricavabile una risposta soddisfacente, poiché "l'esame del citato art. 30 evidenzia subito come il sostantivo "collocamento" ed il verbo "collocare" sembrano adoperati nel primo comma in un'accezione non perfettamente coincidente con quella suggerita dalla nozione di "servizio di collocamento", cui sopra s'è fatto cenno. Se, infatti, può essere coerente con quella definizione il parlare, nell'ipotesi considerata sub a), di collocamento di strumenti finanziari presso il pubblico, intendendosi con tale espressione l'attività di distribuzione al pubblico degli strumenti finanziari in base all'impegno in questo senso assunto dall'intermediario collocatore nei confronti dell'emittente o dell'offerente per il quale egli presta l'anzidetto servizio, meno agevole è ricondurre nel medesimo alveo il collocamento di servizi ed attività d'investimento di cui fa menzione la lett. b). Il servizio di collocamento in senso proprio, svolto dal collocatore in favore di un emittente o di un offerente, sembra concepibile solo se avente ad oggetto dei prodotti finanziari da altri emessi o offerti in vendita, non se invece ad esser "collocati" siano a loro volta altri servizi d'investimento di vario genere. Con riferimento a questi ultimi il collocamento fuori sede di cui parla il citato art. 30, comma 1, lett. b), sta quindi presumibilmente ad indicare ogni forma di sollecitazione che l'intermediario rivolga a propri clienti affinché questi si avvalgano del servizio d'investimento loro proposto, senza che tra l'offerente ed il collocatore del servizio vi sia un pregresso rapporto riconducibile alla figura giuridica del "servizio di collocamento" definito dalla precedenti già citate disposizioni dell'art. 1, comma 5. Nasce da ciò il dubbio che nell'intero art. 30 l'espressione "collocamento" sia stata adoperata dal legislatore con un significato più ampio e generico, quasi come sinonimo di qualsiasi operazione volta ad immettere sul mercato prodotti finanziari o servizi d'investimento. L'accennata ambiguità terminologica è accresciuta dalle disposizioni dettate dal sesto e settimo comma del medesimo art. 30, che



contemplano il già ricordato jus poenitendi in favore dell'investitore e la nullità dei contratti di collocamento fuori sede che non prevedano il recesso. Anche a tal riguardo non può non rilevarsi come la menzione dei "contratti di collocamento" sia, se non imprecisa, quanto meno non del tutto univoca. Il servizio di collocamento, come si è appena ricordato, è infatti scomponibile in due fasi diverse, che entrambe danno vita a rapporti contrattuali: il primo che s'instaura tra l'emittente o l'offerente degli strumenti finanziari da collocare, da un lato, e l'intermediario collocatore dall'altro; il secondo che si realizza in un momento successivo ed intercorre tra l'intermediario collocatore ed i singoli investitori disposti ad aderire all'offerta. (...) Resta però da chiedersi se la portata delle disposizioni in tema di recesso e di eventuale nullità sia circoscritta ai soli contratti stipulati fuori sede a mezzo di promotori da intermediari impegnati nella prestazione di veri e propri servizi di collocamento, quali sopra definiti (oltre che nel servizio di gestione di portafogli), oppure se anche qui, come già s'è visto a proposito della definizione dell'offerta fuori sede contenuta nel primo comma, la parola "collocamento" sia da intendere in un'accezione più ampia ed in qualche misura atecnica, cioè come sinonimo di qualsiasi operazione implicante la vendita all'investitore di strumenti finanziari, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi (negoiazione, esecuzione, ricezione o trasmissione di ordini), se effettuata dall'intermediario al di fuori della propria sede. 2.4. Una risposta soddisfacente non sembra ricavabile dal mero dato letterale. Se è vero, infatti, che l'espressione "contratti di collocamento", figurante nel sesto comma del citato art. 30, può indurre intuitivamente a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi a contratti la cui stipulazione sia legata alla prestazione del servizio di collocamento (e non ad altri, salvo la gestione di portafogli), è altresì vero che, come si è già dianzi osservato, nel medesimo articolo - o quanto meno nel suo primo comma - la parola "collocamento" ha anche sicuramente un'accezione che va al di là della prestazione di quello specifico servizio. Il solo criterio d'interpretazione letterale non si rivela perciò decisivo" (§ 2.3 e 2.4.).

Esclusa la rilevanza di argomenti di taglio storico, le Sezioni Unite hanno portato alla luce la ratio legis della disciplina dell'offerta fuori sede, "per intendere meglio il senso della norma e poterne definire, di conseguenza, la portata applicativa. Sulla ragion d'essere dello jus poenitendi di cui si discute le opinioni degli interpreti e degli studiosi sono sufficientemente univoche: è la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalle sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui. È logico cioè presumere che, in simili casi, l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da



promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata. Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato. Se questa, come pare difficilmente contestabile, è l'esigenza di tutela in vista della quale il legislatore ha introdotto la disciplina del recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari stipulati fuori sede dall'intermediario, è arduo negare che la medesima esigenza si ponga non soltanto per le operazioni compiute nell'ambito della prestazione di un servizio di collocamento in senso proprio, nell'accezione già prima richiamata, ma anche per qualsiasi altra ipotesi in cui l'intermediario venda fuori sede strumenti finanziari ad investitori al dettaglio, sia pure nell'espletamento di un servizio d'investimento diverso. La differenza tra le due descritte situazioni, in questa ottica, appare davvero poco significativa, specie ove si consideri che nel servizio di collocamento "con assunzione a fermo" l'intermediario piazza sul mercato prodotti finanziari rispetto ai quali la sua posizione ed il suo interesse alla vendita sono del tutto analoghi a quelli di una vendita in proprio. Il che avvalorava l'opinione secondo cui la parola "collocamento", nel testo dell'articolo in esame, è da intendere in senso ampio, come sinonimo di atto negoziale mediante il quale lo strumento finanziario vien fatto acquisire al cliente e quindi inserito nel suo patrimonio (o, come nel linguaggio del mercato finanziario si usa dire, nel suo portafoglio), a prescindere dalla tipologia del servizio d'investimento che abbia dato luogo a tale operazione" (§ 4).

Dopo la sentenza delle Sezioni Unite, l'art. 56 quater d.l. 21.6.2013 n. 69, conv. legge 9.8.2013 n. 98 ha introdotto al comma 6 dell'art. 30 il seguente periodo: "ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lett. 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'art. 1, comma 5, lett. a)".

Tuttavia, secondo il primo precedente di legittimità (Cass. 3.4.2014 n. 7776), seguito dalla giur. sopra citata in modo uniforme, l'art. 56 quater non ha carattere innovativo, perché la norma "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. (...). 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". In secondo luogo, l'art. 56 quater non può proporsi come legge di

interpretazione autentica, e restrittiva, del lemma “contratti di collocamento di strumenti finanziari o gestione di portafogli individuali”, perché tale attribuzione di significato non è a sua volta sostenuta dall’esame dei lavori preparatori, né dall’esistenza di un’obiettiva situazione di incertezza – al contrario risolta dall’intervento delle Sezioni Unite – e infine non è quella preferibile in un’ottica costituzionalmente orientata, visto il potenziale conflitto con l’art. 47 comma 1 Cost..

Come scrive la Corte d’appello di Torino nella sentenza n. 1445/2019 (su *Jus Explorer*) “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, il D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater 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. (vedi sentenza n. 7776/2014 citata). Né tale natura interpretativa può desumersi dai lavori preparatori, atteso che, come ricorda la Suprema Corte, in nessun atto dell’iter di approvazione della norma in esame si rinviene un solo intervento del relatore o di altri che spieghi lo scopo della novella, dovendosi in ogni caso ritenere che "l’intenzione del legislatore" di cui è menzione nell’art. 12 preleggi va intesa - per risalente tradizione - come volontà oggettiva della norma (c.d. *voluntas legis*), e non certo come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (c.d. *voluntas legislatoris*).

Infine, come considerato dalla citata sentenza n. 7776/2014, la contraria interpretazione entrerebbe in conflitto con l’art. 47 Cost., comma 1, 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; 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 e, infine, 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”.

La convenuta non ha offerto argomenti sufficientemente persuasivi per revocare in dubbio tale orientamento giurisprudenziale, peraltro stabilmente seguito anche da questo Tribunale e dalla Corte d’appello. Non vale, a tale fine, la citazione di pochi recenti precedenti di merito (App. Milano 28.7.2020 n. 2003; Trib. Bergamo 20.10.2021 n. 1816) che hanno diversamente interpretato l’art. 56 quater d.l. 69/2013, cioè come disposizione innovativa che ha esteso la disciplina dell’offerta fuori sede

al servizio di negoziazione per conto proprio, ma soltanto a decorrere dal 1° settembre 2013, poiché tali pronunce a loro volta non hanno offerto argomenti per revocare in dubbio l'orientamento di legittimità. La convenuta deduce che "l'effetto sorpresa" dell'offerta fuori sede è concretamente mancato, perché il perfezionamento del contratto derivato è avvenuto a fine maggio/inizio giugno 2011, a seguito di un esame congiunto iniziato nel mese di aprile, ma la questione appare mal posta, poiché la "sorpresa", che rende doverosa la concessione espressa e scritta al cliente di un termine di ripensamento, è bensì la *ratio legis* dell'art. 30 co. 6 TUF, ma non un elemento della disposizione; in termini equivalenti, è una presunzione che non ammette prova contraria.

Avverte infatti App. Torino n. 1445/2019, non si deve "confondere il profilo di validità della stipulazione fuori sede senza avvertimento della facoltà di recesso con il profilo informativo, assumendo che l'adempimento dell'obbligo informativo superi e sani la nullità del contratto ai sensi dell'art. 30 commi 6- 7 TUF; il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione, infatti, prescinde dal sondaggio circa il livello di informazione offerto al cliente prima della sottoscrizione, appuntando l'attenzione alle modalità di collocamento che, per ciò solo, rendono operativo l'art. 30, comma 6, TUF".

Ancora la Corte d'appello di Torino evidenzia che "tale esigenza di tutela per gli acquisti fuori sede non è estranea al collocamento dello swap, che è un contratto derivato con il quale due soggetti si impegnano a scambiare periodicamente delle somme di denaro calcolate applicando al medesimo capitale (detto nozionale) due diversi parametri riferiti a due diverse variabili di mercato; è un contratto non negoziato sui mercati regolamentati, stipulato di volta in volta mediante accordi bilaterali tra le parti interessate (mercato over the counter - OTC); in relazione allo stesso, pertanto, l'intermediario negozia in conto proprio essendo diretta controparte del cliente.

Dunque, la portata, il contenuto, il funzionamento, la finalità e il meccanismo del contratto dipendono dal contenuto concreto e specifico delle singole clausole e degli specifici parametri che vengono proposti dall'intermediario.

Ne consegue che lo swap è sicuramente un prodotto complesso in relazione al quale non è soltanto la decisione di stipularlo a dover essere meditata, ma soprattutto è la prestazione di un consenso sui parametri proposti dall'intermediario a esigere riflessione. Con ciò si vuole evidenziare che i caratteri particolari del derivato in oggetto (struttura e parametri configurati dall'intermediario su misura del singolo cliente e quindi assenza di standardizzazione) non escludono affatto la condizione di impreparazione e l'effetto sorpresa della offerta fuori sede, che fa scattare la presunzione che la sottoscrizione del prodotto finanziario sia avvenuta per iniziativa dell'intermediario e non del cliente che, prendendosi tutto il tempo necessario per valutare e ponderare la convenienza della soluzione

proposta e del contenuto dello swap predisposto dalla Banca, si fosse solo dopo recato presso gli uffici dell'intermediario”.

3. L'accoglimento della domanda di nullità, sotto il profilo dell'offerta fuori sede, assorbe ogni altro profilo dedotto, sia per quanto attiene alla nullità, sia per quanto attiene alla risoluzione per inadempimento contrattuale.

Per quanto attiene alla misura dell'obbligazione restitutoria, il C.T.U. ha determinato I flussi di pagamento in € 2.285.540,00 (perizia pag. 59). Il punto è comprovato dagli estratti di conto corrente recanti gli addebiti dei differenziali del derivato (doc. 9 att.) e non è stato specificamente contestato. Oltre al capitale competono interessi al tasso ex art. 1284 comma 4 c.c. dalla domanda (19.11.2019) al saldo, in assenza di una previa costituzione in mora della Banca convenuta, mentre non compete, nonostante il contrario avviso dell'attrice (conclusionale pag. 45) la rivalutazione monetaria, trattandosi di un debito tipicamente di valuta. Per l'applicazione del saggio di interessi ex art. 1284 co. 4 c.c. nel caso di obbligazioni restitutorie derivanti da nullità contrattuale vedi Cass. 3.1.2023 n. 61.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in linea con la nota spese, compresa la maggiorazione richiesta. Le spese di C.T.U., rese necessarie dalle domande introdotte dall'attore in citazione e nelle successive memorie ex art. 183 c.p.c., ma nei fatti superflue alla luce della diversa impostazione che la decisione ha assunto, devono porsi a carico di attrice e convenuta per metà ciascuna.

### **PQM**

Il Giudice, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria domanda istanza eccezione:

dichiara la nullità del contratto derivato IRS n.28232313 del 01.06.2011 e conseguentemente condanna  a restituire a  S.r.l. la somma di € 2.285.540,00 oltre interessi legali dalla domanda al saldo;

condanna la convenuta a rimborsare all'attrice le spese di lite, che liquida in € 1.686,00 per esborsi, € 64.000,00 per onorari, oltre rimborso spese generali 15%, CPA come per legge e IVA se indetraibile; pone le spese di C.T.U. già liquidate definitivamente a carico delle parti in ragione di metà ciascuna.

Torino, 28 marzo 2023

Il Giudice  
(dott. Enrico Astuni)