



II sezione Civile
Repubblica Italiana
in nome del Popolo Italiano

Il Giudice Unico del Tribunale di Napoli, II sezione Civile, dott.ssa Roberta Guardasole, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nelle cause civili riunite iscritte nel RGN 1342 nell'anno 2014 ed RGN 34304 dell'anno 2014 avente ad oggetto: azione accertamento negativo e ripetizione / domanda riconvenzionale di pagamento / nullità/annullamento/risoluzione contratto Interest Rate Swap

TRA

████████████████████ in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa in forza di procura in calce all'atto di citazione, dagli Avv.ti ██████████ e ██████████ e con questi elettivamente domiciliati in Napoli alla Via Cervantes n.55\27 nel giudizio RGN 1342\2014

ATTRICE

E

████████████████████ in persona del legale rappresentante p. rappresentata e difesa dall'avvocato ██████████ in virtù di procura in calce al ricorso ex art 702 c.p.c. domiciliata presso lo studio dell'avv.to ██████████ in Napoli alla via Pietro Coletta n. 35 nel giudizio RGN 34304\2014;

ATTRICE

E

BANCO DI NAPOLI s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso giusta procura speciale per Notaio ██████████ del 26.09.12 (rep. 3976; racc. 2235) dall'Avv.to ██████████ e con questi elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli alla Via Ponte di Tappia n. 47 nel giudizio RGN 1342\2014

CONVENUTA

ATTRICE IN RICONVENZIONALE

E

BANCO DI NAPOLI s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso giusta procura speciale per Notaio [REDACTED] del 26.09.12 (rep. 3976; racc. 2235) dall'Avv.to [REDACTED] e con questi elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli alla Via Ponte di Tappia n. 47 nel giudizio RGN 34304\2014

CONVENUTA

E

PENELOPE SPV S.R.L., in persona del legale rappresentate p.t. nella qualità di interveniente quale cessionaria del Banco di Napoli s.p.a. in virtù di contratto di cessione in blocco dei crediti del 28/4/2018, pubblicata su Gazzetta Ufficiale n. 52 del 5/5/2018, rappresentata e difesa dall'Avv. [REDACTED] in virtù di procura allegata alla comparsa di intervento, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Napoli alla Via Ponte di Tappia n. 47;

INTERVENTRICE

E

[REDACTED] nato a Napoli il [REDACTED] e [REDACTED] nata a Napoli il [REDACTED] rappresentati e difesi in virtù di mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta dagli avv.ti [REDACTED] e [REDACTED] domiciliati presso lo studio del primo in Napoli alla via Cervantes n. 55\2017;

CHIAMATI IN CAUSA

CONCLUSIONI

All'udienza del 8.11.2024 le parti concludevano come da verbale di udienza e la causa veniva riservata in decisione con i termini ex art 190 c.p.c.

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione regolarmente notificato la [REDACTED] premetteva che la società aveva intrattenuto con il Banco di Napoli S.p.A. (filiale di Casoria) il rapporto di conto corrente ordinario n. [REDACTED] (già [REDACTED] con Banca Intesa) e relativi conti anticipi n. [REDACTED] e n. [REDACTED] (già con Banco Intesa) e n. [REDACTED] e n. [REDACTED] (con Intesa); nonché conto n. [REDACTED] già Banca Intesa) con la filiale di Secondigliano; nonché il conto conterrete ordinario n. [REDACTED] (già San Paolo Imi) con la filiale di Arzano.

Contestava che la convenuta banca sin dall'inizio dello svolgimento dei rapporti bancari e per tutta la durata aveva applicato e conseguentemente addebitato sui predetti conti correnti tassi di interesse debitori in misura ultra-legale, e tassi di interesse creditori inferiori al saggio legale ex art. 1284 c.c. senza che vi fosse tra le parti un valido contratto di conto corrente e di apertura di credito in violazione dell'art 1284 c.c. e dell'art 117 TUB.

In particolare, lamentava la nullità dei predetti contratti per essere stati sottoscritti da essa debitrice ma non dal Banca convenuta.

Inoltre, l'esponente deduceva che la banca convenuta, nel corso del lungo rapporto contrattuale, aveva applicato condizioni illegittime, sia in quanto non espressamente pattuite e sia in quanto contrarie alla legge. In particolare, l'istituto di credito aveva illegittimamente applicato la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista; illegittimamente applicato tassi di interesse ultra legali ed usurari; illegittimamente applicato commissioni di massimo scoperto e spese di varia natura in assenza di valide pattuizioni contrattuali; applicato, senza alcuna valida pattuizione contrattuale, per le operazioni annotate in conto corrente, valute non coincidenti con i giorni di effettiva esecuzione; illegittimamente variato in *peius* le condizioni contrattuali senza il rispetto delle previsioni di cui agli articoli 117,118,119,120 TUB ed in contrasto con l'art 3 della delibera CIRC; in difetto di apposita convenzione girocontato competenze riferite ai conti correnti ove venivano praticati tassi migliori per l'esponente su conti ove, invece, veniva applicato un tasso di interesse peggiore.

Di conseguenza, la società istante, agiva nel presente giudizio al fine di ottenere, in via preliminare l'accertamento della nullità e/o inesistenza dei contratti di conto corrente e di apertura di credito perché privi dei requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla legge a pena di nullità e nel merito previo ricalcolo, l'accertamento del corretto saldo contabile dei rapporti bancari controversi, nonché, il rimborso di tutte le somme percepite dal detto Istituto e non dovute per quanto indicato, oltre al risarcimento dei danni subiti e *subendi*, con vittoria di spese con attribuzione al procuratore per dichiarato anticipo.

Il giudizio veniva rubricato al RGN 1342\2014.

Con comparsa di risposta, depositata in cancelleria in data 6.02.2014, si costituiva il Banco di Napoli S.p.A. il quale, oltre al rigetto di tutte le domande azionate dall'attrice, contestandone altresì l'inammissibilità, trattandosi di rapporti ancora in corso ed eccependo la prescrizione delle rimesse ultradecennali, spiegava, inoltre, domanda riconvenzionale, sia verso la società che verso i fideiussori di cui evocava la chiamata in causa, con la quale chiedeva la condanna dei predetti in solido al pagamento del saldo negativo di euro 126.255,19 quanto al rapporto di conto corrente ordinario principale n. [REDACTED]; alla

somma di € 683.705,17 per effetti insoluti (R.I.BA); alla somma di € 55.664,23 quale differenziale a debito del cliente maturato relativamente ai contratti in derivati interest rate swap stipulati in data 19.12.2006

Con comparsa del 8.01.2015 si costituivano i fideiussori sig.ri [REDACTED] e [REDACTED], i quali in via preliminare deducevano la illegittimità della fideiussione omnibus dagli stessi sottoscritta (in quanto con oggetto indeterminabile ed in violazione dei principi costituzionali di trasparenza delle attività economiche nonché di buona fede e correttezza,) nonché l'infondatezza della eccezione di prescrizione articolata dalla convenuta attrice in riconvenzionale, e nel merito, chiedevano il rigetto delle domande riconvenzionali e l'accoglimento di tutte le domande formulate dalla debitrice principale per i motivi ivi esplicitati e fatti propri nel corpo della comparsa di costituzione con condanna della convenuta al risarcimento dei danni subiti e subendi nei limiti di valore della domanda

Con successivo ricorso ex art 702 bis c.p.c.la [REDACTED] conveniva in giudizio il Banco di Napoli s.p.a. al fine di accertare e dichiarare la nullità dei contratti di intermediazione finanziaria intercorsi tra le parti e del successivo contratto di swap stipulato in data 19.12.2006 per tutte le motivazioni indicate in premessa ed in via subordinata accertare e dichiarare il grave inadempimento contrattuale della Banca consistito nel mancato assolvimento degli obblighi informativi della normativa di settore e per l'effetto risolvere i contratti con condanna della Banca alla restituzione in favore della [REDACTED] della somma di € 279.490,50 pari a differenziali pagati e non dovuti oltre a dichiarare non dovuti tutti gli altri differenziali addebitati.

In particolare, la ricorrente deduceva la nullità del contratto di interest rate swap per mancanza di causa, per violazione dell'art 30 commi 6 e 7 del TUF, nonché per nullità derivata stante il collegamento con il contratto di swap stipulato in data 30.11.2005 parimenti nullo per mancanza di causa, nonché la violazione degli obblighi di informazione attiva (informazione pre trade, di adeguatezza dello strumento finanziario).

Il giudizio veniva rubricato al n. RGN 3430\2014

Si costituiva in giudizio il Banco di Napoli il quale in via preliminare eccepiva la litispendenza e/o continenza con il giudizio introdotto dalla [REDACTED] e rubricato al RGN 1342\2014 e nel merito il rigetto della domanda stante l'infondatezza di quanto dedotto nel ricorso avendo adempiuto tutti gli obblighi informativi normativamente previsti ed avendo il legale rappresentante della ricorrente rilasciato specifica dichiarazione di disporre della competenza e della esperienza richiesta in materia di operazioni mobiliari, in via subordinata in ipotesi di accoglimento della domanda attorea dichiarare la responsabilità

della debitrice o il suo concorso colposo e conseguentemente ridurre in via equitativa l'eventuale *quantum debeatur*.

Con provvedimento del 22 marzo 2016, dopo il deposito delle memorie ex art. 183, 6° comma c.p.c. nel primo giudizio, il precedente magistrato disponeva la riunione dei due giudizi consentendo per il secondo giudizio il deposito delle memorie il cui termine all'epoca non era ancora scaduto.

Disposta la riunione si costituiva in giudizio ex art 111 c.p.c. Penelope spv s.r.l. quale cessionaria in blocco di crediti di Banco di Napoli ex legge 130/2009 senza che fosse assunto provvedimento di estromissione della cedente Banco di Napoli s.p.a., veniva sollecitato il contraddittorio sulla dedotta escussione da parte del Banco di Napoli della garanzia prestata da MCC di cui alla cartella esattoriale posta alla base del pignoramento di crediti ex art 72 bis dpr 602\73, veniva espletata una prima consulenza tecnica di ufficio su tutti i profili dedotti nel giudizio rgn 1342\2014 ovvero quelli afferenti le illegittimità dei conti correnti e conti anticipi (dott. Maurizio Riccardi) e la violazione degli obblighi informativi per i derivati, cui seguiva quesito integrativo sulla eccezione di prescrizione ritenuta ammissibile. Depositata la perizia e successiva integrazione la causa alla udienza del 17.09.2021 veniva riservata in decisione con i termini di legge ex art 190 c.p.c. e successivamente rimessa sul ruolo dal precedente magistrato onde consentire al CTU una integrazione anche in relazione al computo dei differenziali ed alla escussione della garanzia MCC, oltre a precisare alcuni elementi della consulenza in relazioni ai profili evidenziati negli scritti conclusionali dalle parti.

Depositati i chiarimenti richiesti il giudice nomina nuovo CTU (dott. [REDACTED]) al quale conferiva incarico in relazione ai contratti derivati avente ad oggetto la valorizzazione dei contratti swap al momento delle rispettive date di stipula (mark-to-market) e l'esistenza di commissioni occulte quantificandole, nonché la verifica della previsione nei contratti del metodo di calcolo per la quantificazione del Mark- to market, la rappresentazione degli scenari probabilistici e l'ammontare dei differenziali.

Depositata la predetta ctu la causa veniva più volte rinviata per conclusioni e alla udienza del 8.11.2024 trattenuta in decisione con i termini ex art 190 c.p.c.

In via preliminare si dà atto che a seguito dell'intervento della cessionaria del credito Penelope s.p.v s.r.l. ai sensi dell'art 111 c.p.c. non è stata chiesta né disposta l'estromissione dal giudizio del Banco di Napoli s.p.a. onde ai sensi della precitata norma il giudizio prosegue tra le parti originarie.

In ordine ai requisiti di ammissibilità e procedibilità delle domande spiegate nel presente giudizio, deve essere dichiarata la inammissibilità della domanda formulata dalla attrice

avente ad oggetto la ripetizione delle somme in relazione al conto corrente ordinario n. 0814\25000148 ancora aperto alla data della domanda.

Quanto al conto corrente n. [REDACTED] invece, diversamente da quanto prospettato dalla convenuta, dagli estratti conto allegati emerge la chiusura in data 31.03.2013 (in cui risultano annotate le competenze per chiusura euro 89,95), onde la domanda di ripetizione dell'indebito formulata dall'attrice è in astratto ammissibile.

Al riguardo questo giudice ritiene opportuno premettere che, come effettivamente sostenuto dalla prevalente giurisprudenza, la chiusura del conto corrente costituisca condizione di ammissibilità dell'azione di ripetizione di indebito e di rideterminazione del saldo sperimentata dall'attore, e non anche della (pregiudiziale) azione di nullità proposta dal correntista.

Il correntista non può esercitare l'azione di ripetizione di indebito nei confronti della banca se il conto in relazione al quale ha promosso l'azione è ancora aperto, posto che fino alla chiusura del conto non si può propriamente parlare di pagamenti con carattere solutorio. Ciò non esclude, tuttavia, che fino alla chiusura del conto il cliente possa comunque esperire un'azione di accertamento negativo, che mira ad accertare la nullità delle clausole contrattuali ed il conseguente storno dell'annotazione indebita. (cfr Cass. 16 maggio 2024, n. 13586, Corte appello, Milano, sez. I, 12/12/2022, n. 3911 Tribunale Roma sez. XVI, 14/02/2018, n.3325)

Ed invero, l'annotazione in conto di una posta di interessi (o di c.m.s.) illegittimamente addebitati dalla Banca al correntista comporta un incremento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria in favore della Banca; con la conseguenza che il correntista può agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa (allo scopo eventualmente di recuperare una maggiore disponibilità di credito, nei limiti del fido accordatogli), ma non può agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo.

Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la Banca abbia estratto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

Da ciò ne discende che *"la domanda di ripetizione proposta con il conto aperto è inammissibile e resta tale anche se il conto è stato chiuso in corso di causa, dovendo valutarsi la situazione al momento della*

proposizione della domanda, posto che la chiusura del rapporto è una condizione di ammissibilità e non di procedibilità della domanda" (Tribunale di Catanzaro, 5.4.2016, n. 581).

Per le medesime ragioni è inammissibile la domanda di condanna al pagamento del saldo passivo del medesimo conto formulata in via riconvenzionale dalla banca convenuta.

Priva di rilevanza è, invece la questione, pure affrontata, dalla convenuta nella comparsa conclusionale in ordine alla corretta qualificazione della fideiussione omnibus stipulata dai chiamati in causa in termini di contratto autonomo di garanzia atteso che il fallimento della società [REDACTED] veniva revocato dalla Corte di Appello di Napoli, I° Sez. Civile, con sentenza n. 131/2015, pubblicata il 25 giugno 2015, ed il giudizio è proseguito dalla società *in bonis* come originariamente introdotto, onde la necessità di vagliare tutte le dedotte illegittimità dei contratti come prospettate dall'attrice e dai fideiussori a prescindere dalla qualificazione della garanzia da questi prestata in termini di contratto autonomo di garanzia.

Ad ogni buon conto nel caso di specie vengono in rilievo una prima fideiussione omnibus del 27.06.2002 (allegato 33 memoria ex art 183 comma VI c.p.c. convenuta) intercorsa tra IntesaBci s.p.a. e [REDACTED] e [REDACTED] e successive integrazioni e conferme (25.05.2004, 9.10.2006, 23.04.2012, 5.11.2009) ed una successiva fideiussione specifica del 28.11.2012 .

Quanto alla fideiussione omnibus diversamente da quanto prospettato dalla banca convenuta non viene in rilievo un contratto autonomo di garanzia.

Se è vero che la giurisprudenza predominante ritiene, condivisibilmente, che l'inserimento nel contratto della clausola di pagamento "*a prima richiesta e senza eccezioni*" sia un chiaro indice sintomatico della volontà delle parti di rendere del tutto autonomo il contratto di garanzia dal rapporto principale, nel caso in esame, non vi è alcuna clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni ma la mera previsione di procedere al pagamento " senza indugio" , questa circostanza è certamente rilevante al fine di escludere la configurabilità di un contratto autonomo di garanzia.

La banca, infatti, quale operatore qualificato che ha predisposto il modulo contrattuale, se avesse voluto concludere un contratto autonomo avrebbe dovuto includere nel contratto la clausola di pagamento a prima richiesta e la rinuncia alle eccezioni; tale omissione, dunque, rende chiara la volontà della banca di non rendere del tutto autonome le garanzie dal rapporto principale, a ciò si aggiunga che anche quando ha dovuto prevedere una deroga espressa alla disciplina codicistica della fideiussione, come nella ipotesi di deroga alla

previsione di cui all'art 1957 c.c., la ha fatto proprio sul presupposto che la garanzia stipulata fosse riconducibile a questo schema contrattuale.

Analoghe considerazioni valgono anche in relazione alla fideiussione specifica la quale contiene la previsione della clausola "a semplice richiesta" mentre non vi è alcuna esplicita rinuncia del garante alla proposizione delle eccezioni.

Posta, quindi, la natura non autonoma della garanzia in esame, ne discende che i terzi chiamati in causa siano legittimati a sollevare le medesime eccezioni del debitore principale e, quindi anche quelle relative all'applicazione, da parte della banca, dell'illegittima clausola afferente la CMS, spese, interessi, oltre ovviamente a quelle in materia di usura e illegittima capitalizzazione degli interessi.

Parimenti irrilevante è ogni indagine in ordine alla legittimità delle fideiussioni omnibus per come formulata dai garanti in comparsa di risposta in quanto sebbene in parte motiva tale profilo sia stato adombrato alcuna domanda in tal senso è stata formulata nelle conclusioni della comparsa di costituzione.

Quanto alla dedotta illegittima remissione in termini della attrice in relazione alla domanda riconvenzionale afferente la condanna al pagamento dei differenziali inerenti i contratti di swap la stessa non può essere condivisa atteso che sebbene riuniti i giudizi conservano la propria autonomia e dunque la necessità di concedere i termini ex art 183 comma VI c.p.c. laddove richiesti e ferma la possibilità di proporre in via autonoma domanda tesa all'accertamento della nullità dei contratti che di quei differenziali costituiscono la fonte senza la necessità di dovere formulare necessariamente eccezione riconvenzionale nel giudizio primario.

Sempre in via preliminare va dichiarata la carenza di legittimazione passiva del Banco di Napoli s.p.a. e per essa della cessionaria Penelope spv s.r.l. in relazione al rapporto n. [REDACTED] intercorso con la filiale di Secondigliano in quanto risulta dagli atti (cfr. conferimento del ramo di azienda del 26.06.2007 rep 18069 e racc. 10088 allegato alla prima memoria ex art 183 c.p.c. della convenuta) che i rapporti in capo alla filiale di Secondigliano intercorsi con il Banco di Napoli sono rientrati nel conferimento di ramo di azienda con il quale Banca Intesa ha trasferito a Cariparma n. 173 filiali compresa quella di Secondigliano .

Quanto alla questione affrontata nel corso del giudizio (non oggetto di domanda) della estinzione parziale del saldo dei rapporti per cui è causa a seguito della escussione da parte del Banco di Napoli della garanzia prestata da MCC quale Fondo di Garanzia per le imprese, oggetto anche di incarico da parte del precedente magistrato al CTU (non

espletato per mancanza di elementi documentali) deve osservarsi che l'escussione della garanzia anche laddove fosse riconducibile ai rapporti *de quo* (e ciò non risulta dalla documentazione in atti tanto che il consulente non ha ritenuto possibile esperire l'incarico) è avvenuta nel 2017 ovvero successivamente alla proposizione della domanda ed alle preclusioni processuali di cui alla prima memoria ex art 183 comma VI c.p.c. con la conseguenza che della stessa non può tenersi conto in questa sede, in quanto implicante necessariamente una domanda nuova inammissibile.

La questione potrà essere sollevata dall'attrice, ovvero dai i garanti, in sede esecutiva sempre che sussistano concrete ipotesi di duplicazione di pagamenti.

Ancora non costituisce domanda nuova in quanto tale inammissibile in questa sede quella tesa ad accertare con riferimento ai contratti derivati di interest rate swap la mancanza di MtM e di scenari probabilistici.

Trattasi invero di quesiti integrativi richiesti dal precedente magistrato alla luce della intervenuta pronuncia sul punto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 8770 del 12 maggio 2020 la quale, in estrema sintesi, ha affermato che “ *I contratti derivati atipici sono validi, leciti e meritevoli di tutela solo in presenza, fin dalla loro stipula, di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market che degli scenari probabilistici e dei cd. costi occulti* “, trattandosi di elementi che incidono sulla validità\liceità della causa e dell'oggetto del contratto e dunque su elementi essenziali dello stesso la loro mancanza determina una nullità genetica del contratto rilevabile sin anche d'ufficio nel caso in cui sia in contestazione, come nel caso di specie, l'applicazione o l'esecuzione del contratto la cui validità rappresenta un elemento costitutivo della domanda. In tale ipotesi la contestazione della validità dell'atto non costituisce domanda giudiziale, bensì mera difesa, che non condiziona l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli pure eccepiti dalla attrice.

Né vi è stata lesione del contraddittorio sulla questione medio tempore introdotta nel giudizio avendo avuto le parti la possibilità di ampiamente contraddire anche con la nomina di propri consulenti tecnici di parte e nelle ripetute comparse conclusionali e di replica.

Ancora, deve essere condivisa la valutazione compiuta dal precedente magistrato, di escludere dal novero dei quesiti demandati al consulente tecnico l'indagine in ordine al carattere usuraio degli interessi stante la genericità della contestazione come formulata dalla attrice

Ed invero come autorevolmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità “ *al fine dell'allegazione dell'usura, va specificato espressamente il tipo contrattuale di riferimento per il tasso soglia,*

l'interesse contrattuale applicato ed il tasso soglia per lo specifico periodo contrattuale, pena la genericità dell'eccezione, da qualificare mera difesa” Cfr. cassazione Civile sez. Unite n. 19597 del 18.09.2020

Nel caso di specie difetta qualsivoglia allegazione anche nella consulenza tecnica di parte allegata alla citazione avente valore di allegazione difensiva del tasso applicato, del periodo di sfioramento, del tasso soglia.

Passando al merito è infondata e va rigettata l'eccezione di nullità dei contratti di conto corrente ordinario per non essere gli stessi sottoscritti dalla Banca ed invero la giurisprudenza di legittimità e di merito in maniera granitica ha risolto la questione *medio tempore* sorta nel senso di affermare che “ *l'omessa sottoscrizione del contratto bancario da parte dell'istituto di credito non comporta la nullità per difetto di forma scritta ex art. 117 t.u.b., essendo sufficiente che il contratto sia redatto per iscritto, sottoscritto dal cliente e a questi consegnato. Corollario di tale principio è che il consenso della banca può desumersi anche da meri comportamenti concludenti* “ cfr ex multis Cass. 14646 del 2018; Cass. n. 16070 del 2018).

Copia scritta dei contratti è allegata alla produzione della banca convenuta e dalla disamina degli stessi emerge l'avvenuta consegna di una copia all'attrice. In particolare per quanto riguarda il conto corrente ordinario n. 148 a pagina 8 “ *il cliente dichiara di ricevere lettera di accettazione della banca a questa proposta*” apponendovi immediatamente dopo la firma e per quanto riguarda il conto corrente ordinario 8052 a pagina 12 “ *dichiaro di avere ricevuto in data odierna copia del presente contratto* “ apponendovi immediatamente dopo la firma, non è poi in discussione, attesa la molteplicità di operazioni, che la banca abbia prestato il proprio consenso.

Proseguendo nel merito ed in punto di qualificazione giuridica della domanda proposta dall'attrice nel giudizio rgn 1342\2014 la stessa contiene in sé una domanda di accertamento della parziale nullità dei contratti di conto corrente e di conto anticipi (imprescrittibile) ed una conseguenziale di condanna dell'istituto di credito alla ripetizione degli importi addebitati, in applicazione di clausole negoziali illegittime ovvero in difetto di valido accordo tra le parti. Sotto tale secondo profilo, la domanda, configura un'azione ripetizione di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c. che si prescrive in dieci anni.

Rispetto a tali domande la convenuta eccepiva tempestivamente che il diritto della correntista, ad ottenere la ripetizione delle competenze, in ipotesi illegittimamente addebitate, sia assoggettato a prescrizione.

L'eccezione si rileva fondata.

La difesa attorea, in particolare, ha evidenziato l'inaammissibilità dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca per non avere individuato specificamente le rimesse solutorie.

Tale considerazione, tuttavia, non può essere condivisa, se solo si consideri che, per costante insegnamento della Cassazione, l'elemento costitutivo dell'eccezione di prescrizione è costituito dal decorso del tempo, cui si aggiunge l'inerzia del titolare del diritto della cui estinzione si discute; se così è, quindi, ne consegue che la parte che eccepisca la prescrizione di un diritto sarà chiamata a provare solo il decorso del tempo, allegando l'inattività della controparte, mentre sarà rimessa alla qualificazione giuridica del fatto da parte del giudice valutare se nel caso di specie operi una prescrizione ordinaria decennale, piuttosto che un differente termine prescrizionale, nonché stabilire da quando detto termine debba decorrere.

Per effetto di tale applicazione di principi, quindi, ne consegue che la banca che eccepisca la prescrizione della pretesa ripetitoria avanzata dal correntista non sia chiamata a individuare quali rimesse siano solutorie e, quindi, siano tali da far decorrere il termine prescrizionale.

Deve, quindi, ritenersi sufficiente la formulazione dell'eccezione di prescrizione, purché accompagnata dall'allegazione dell'esistenza di pagamenti solutori.

Sul punto, la Suprema Corte ha affermato che *“L'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da una apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie”* (Cass. S.U. n. 15895/2019).

La Banca ha assolto correttamente il proprio onere probatorio in relazione all'eccezione sollevata, avendo eccepito la prescrizione di tutte le rimesse, allegate come solutorie, annotate sui conti correnti dedotti in giudizio anteriormente al decennio, così individuando sia l'oggetto dell'eccezione (ogni singola rimessa annotata), sia il *dies a quo* di decorrenza.

Nell'esame della questione relativa all'eccezione di prescrizione, deve muoversi dal necessario riferimento ai principi espressi dalla S.C. nella nota sentenza n. 24418/2010, dal momento che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 78/12, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, d.l. 29 dicembre 2010 n. 225 (comma aggiunto dalla legge di conversione 26 febbraio 2011 n. 10), il quale stabiliva che *« In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa »*. Orbene, nella sentenza n. 24418/10, le Sezioni Unite della Cassazione affermavano testualmente che: “ ..

non può, pertanto, ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento che l'attore pretende essere indebito, perché prima di quel momento non è configurabile alcun diritto di ripetizione. Né tale conclusione muta nel caso in cui il pagamento debba dirsi indebito in conseguenza della accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione del quale è stato effettuato"; e, ancora: " se dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono registrati".

Pertanto, i principi di diritto enucleabili dalla sentenza innanzi richiamata sono i seguenti: non può esservi ripetizione se non sussiste pagamento; il termine decennale di prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito decorre dalla data dell'annotazione in conto, solo se il versamento affluisce su un conto passivo non affidato ovvero su di un conto affidato il cui saldo debitore supera i limiti dell'affidamento; diversamente, quando si tratti di versamenti ripristinatori della provvista, cioè effettuati entro i limiti del fido oppure in presenza di conto attivo, la prescrizione decorre dalla chiusura del conto.

Ciò precisato, deve nel merito rilevarsi che nell'elaborato peritale in atti, il CTU, nel rideterminare il saldo dei due conti correnti ordinari, elaborava la condivisibile ipotesi in cui escludeva interessi e competenze addebitate antecedentemente al decennio dalla domanda, e, quindi, non più ripetibili poiché pagate mediante rimesse aventi necessariamente natura solutoria, in difetto di prova dell'esistenza di un rapporto di affidamento antecedente al 2004 ovvero alla domanda. Occorre a tal fine precisare che non possono avere rilevanza le tre linee di credito del 4.07.2002, del 11.09.2002, del 2.10.2002 essendo i rispettivi contratti privi dell'indicazione del numero di conto corrente a cui accedono e stante la molteplicità dei rapporti tra le parti.

Gli affidamenti concessi in epoca successiva al 2004 (pure presenti agli atti) essendo fuori dall'arco temporale della indagine della prescrizione per essere tutte rimesse infra decennio non pongono un problema in ordine alla individuazione delle rimesse solutorie prescritte.

L'attrice si duole che nell'esame delle rimesse prescritte ed irripetibili il CTU abbia illegittimamente tenuto conto anche di quelle generate dai collegati conti anticipi costituenti rapporti autonomi.

Nel caso di specie l'indagine peritale ha avuto ad oggetto due conti correnti ordinari , per brevità il n. ■■■ ed il n. ■■■, e tre conti anticipi per brevità ■■■ (estinto in data 9.09.2008)

■ (estinto in data 30.11.2008), ■ (31.12.2011), girocontati sul conto corrente ordinario n. ■ e la disamina delle distinte riepilogative della presentazione portafogli effetti.

Ebbene è noto che *“le operazioni sul conto anticipi non hanno rilevanza giuridica ma solo contabile per il fatto che sempre e comunque le relative somme sono state fatte affluire sul conto operativo: infatti, il medesimo conto non può, fisiologicamente, presentare saldi disponibili per il cliente con la conseguenza che anche l'eventuale saldo a favore del correntista calcolato sulle poste ivi indicate (con riferimento cioè agli interessi passivi applicati) costituisce posta creditoria attinente esclusivamente al conto corrente operativo che, proprio in virtù del rapporto di dipendenza giuridica che lo lega al conto, naturalmente influenzerà il trattamento giuridico riservato all'altro”* (cfr. Tribunale Reggio Emilia, sez. II, 16/10/2015, n. 1289), ne discende che correttamente il CTU avendo riscontrato il carattere transitorio e non operativo dei tre conti anticipi collegato al conto corrente n. 148 (circostanza tra l'altro nemmeno contestata dall'attrice) aventi la soluzione funzione di dare evidenza contabile alle anticipazioni sui crediti concesse e riportate nei conti correnti di corrispondenza mediante operazioni di giroconto ha considerato ai fini della prescrizione tutte le poste derivanti da tali conti e confluite sul conto corrente ordinario, dovendo compiere rispetto a tale conto l'indagine complessiva delle rimesse prescritte

Proseguendo nella disamina delle domande deve, in via preliminare, rilevarsi come le parti abbiano assolto all'onere probatorio su di loro gravante.

Nel caso *de quo*, si è in presenza di una controversia in cui si frappongono la domanda di accertamento della nullità parziale del contratto e di ripetizione dell'indebito, proposte dal correntista, e quella riconvenzionale della banca, di condanna del correntista e del garante al pagamento del saldo debitore.

Orbene, in relazione ad una fattispecie del genere, occorre considerare come entrambe le parti siano gravate da distinti oneri probatori.

Di recente, infatti, la S.C. (cfr. Cass. Civ. n. 9201/15) ha ribadito il principio secondo cui *“qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese”* (Cass. 3374/07; Cass. 12963/05; Cass. 7282/97).

Secondo i giudici di legittimità, quindi, nel caso in cui sia il correntista ad agire con l'azione di ripetizione dell'indebito, incombe su di lui l'onere di produrre l'estratto conto zero. In difetto, la rideterminazione del saldo contabile dovrà essere compiuta assumendo, quale dato di partenza, l'ammontare esposto nel primo estratto prodotto in serie continua.

Per converso, laddove sia la banca ad esigere il pagamento giudiziale del saldo debitore, è su di essa che incombe il relativo onere.

Nella specie, l'attrice ha prodotto gli estratti conto dal 2003 al 2008 per il conto anticipi n. [REDACTED]; estratti conto dal 2006 al 2011 per il conto anticipi n. [REDACTED]; estratti conto dal 2002 al 2008 per il conto anticipi n. [REDACTED]; estratti conto dal 2003 al 2013 per il conto corrente ordinario n. [REDACTED] ed estratti conto dal 2002 al 2013 per il conto corrente ordinario n. [REDACTED], e la banca convenuta, attrice in riconvenzionale, copia del contratto di conto corrente [REDACTED] e della successive integrazioni contrattuali; copia della lettera di accettazione affidamenti del 25.10.2006, copia della lettera accettazione affidamenti del 19.11.2006, copia integrazione contrattuale del 5.11.2009 per apertura credito in conto corrente, copia integrazione contrattuale del 5.11.2009 per linea di credito continuativa anticipi su fatture in monte, copia integrazione contrattuale del 5.11.2009 per diminuzione dell'importo della linea di credito per apertura in conto corrente, copia integrazione contrattuale del 20.10.2010 per diminuzione dell'importo della linea di credito continuativa per anticipi su fatture in monte, copia della contratto di conto corrente ordinario n. [REDACTED], copia apertura linea di credito . per euro 100.000,0, copia delle fidejussioni e del contratto quadro di interest rate swap del 19.12.2006 e del 29.11.2005, comunicazione concessione linea di credito isolata per € 75.000 del 4 luglio 2002 ; comunicazione concessione linea di credito isolata per € 100.000 dell'11 settembre 2002 ,comunicazione concessione linea di credito transitoria per € 350.000 per smobilizzo portafoglio e anticipo fatture Italia nonché per € 75.000 perscoperto di conto del 2 ottobre 2002;comunicazione concessione linea di credito continuativa per € 200.000 per smobilizzo portafoglio e anticipo fatture Italia nonché per € 500.000 per rinnovo con aumento della originaria linea di credito da 350.000 portafoglio commerciale ed € 50.000 scoperto di conto [REDACTED] del 27 maggio 2004; originale lettera di accettazione affidamento smobilizzo portafoglio ed altri documenti di incasso del 7/11/2006 per € 200.000 su conto [REDACTED]; fax con firma in originale di accettazione di integrazione contrattuale per concessione apertura di credito in conto corrente € 50.000 con timbro postale del 7/11/2008 su conto [REDACTED]; fax con firma in originale di accettazione di integrazione contrattuale per concessione apertura di linea di credito isolata per smobilizzo commerciale per € 492.000 con piano di rientro e revoca di linea continuativa con timbro postale del 7/11/2008 su conto [REDACTED]; originale concessione linea di credito e documento di sintesi dell'8/5/2006 per anticipi su fatture "in monte" per € 200.000 e per smobilizzo portafoglio commerciale per € 500.000 su conto [REDACTED] con data certa a tergo; originale lettera accettazione affidamenti del 25 ottobre 2006; originale lettera accettazione

affidamenti del 19 dicembre 2006; originale integrazione contrattuale del 5 novembre 2009 per apertura di credito in conto corrente; Originale integrazione contrattuale del 5 novembre 2009 per linea di credito continuativa anticipi su fatture “in monte”; originale integrazione contrattuale del 20 ottobre 2010 per diminuzione dell’importo della linea di credito continuativa per anticipi su fatture “in monte”; originale modifica consensuale contratto concessione linee di credito conto ■■■ a fronte presentazione portafoglio del 20/10/2010 ;Originale apertura linea di credito per €. 100.000,00 prot. 03093/2009/00409; originale lettera accettazione affidamento su derivati del 19/12/2006; originale modifica consensuale di condizioni economiche del 17/5/2012; originale modifica consensuale di condizioni economiche del 12/12/2011; originale modifica consensuale di condizioni economiche del 1/8/2011; originale modifica consensuale di condizioni economiche del 27/4/2009;

Alla luce della documentazione in atti devono essere condivise le conclusioni a cui è giunto il CTU dott. ■■■■■ nella consulenza diretta a determinare il saldo dei rapporti bancari per cui è causa perché frutto di una corretta applicazione dei principi di diritto come specificati nell’ordinanza di conferimento dell’incarico e di una specifica e puntuale disamina della complessa documentazione contrattuale come sopra riportata.

Deve all’uopo evidenziarsi che il giudice del merito che riconosce convincenti, oltre che immune da difetti e lacune, le conclusioni del consulente tecnico non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni che lo inducono a fare propri gli argomenti dell’ausiliare se dalla indicazione della consulenza tecnica possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state rigettate in modo motivato e convincente, dato che in tal caso l’obbligo della motivazione è assolto con l’indicazione della fonte dell’apprezzamento espresso. Di modo che, soltanto nel caso in cui i rilievi all’operato del consulente tecnico avanzati dopo il deposito della relazione (e che, quindi, non hanno ricevuto risposta nella stessa) si presentino specifici, puntuali e suffragati da elementi di prova, il giudice, che ritiene di uniformarsi al parere del consulente tecnico, non può sottrarsi al dovere di esporre le ragioni per le quali ha ritenuto infondati i medesimi rilievi (*Cass., n. 12630 del 1995; Cass., n. 7716 del 2000; Cass., n. 3492 del 2002; Cass., n. 10688 del 2008; Cass., n. 1642 del 1976*).

Ciò premesso devono essere riportate le conclusioni a cui è giunto il consulente evidenziando le premesse logico giuridiche dell’esame documentale:

Con specifico riferimento alla CMS, esclusa dal consulente in relazione a tutti i rapporti oggetto di indagine, i contratti in atti si limitavano ad indicare la misura percentuale della CMS, ma non ne precisavano compiutamente la modalità di calcolo, omettendo di indicare

la base di calcolo, tale carenza rende oggettivamente incerta ex ante la clausola e giustifica quindi la sanzione di nullità parziale dei contratti in esame come applicata dal CTU.

Invero, sul punto giova osservare che, prima delle modifiche normative del 2009 (art. 2 bis DL n. 185/2008 conv. in L. n. 2/2009 e DL n. 78/2009 conv. in L. n. 102/2009) e del 2012 (DL n. 201/2011 conv. in L. n. 214/2011, DL n. 1/2012 conv. in L. n. 27/2012, DL n. 29/2012 conv. in L. n. 62/2012), l'ampia e generica espressione, commissione di massimo scoperto, era stata impiegata per individuare fattispecie anche molto diverse tra di loro. Infatti, essa veniva riferita al pagamento di una somma percentuale calcolata sul fido accordato e non utilizzato (commissione di mancato utilizzo), al pagamento di una somma percentuale sull'ammontare massimo del fido utilizzato (commissione massimo scoperto), alla combinazione di entrambi i modelli. In un contesto nel quale era carente una disciplina legale dell'istituto, parte della giurisprudenza aveva perfino sposato la tesi della nullità radicale della commissione in ragione della mancanza di causa (cfr. Trib. Milano n. 4081/2011, Trib. Parma 23/3/2010, Trib. Torino 21/1/2010, Trib. Teramo 18/1/2010, Trib. Salerno 12/6/2009, Trib. Tortona 19/5/2008, Trib. Monza 7/4/2006 e 12/12/2005, Trib. Lecce 21/11/2005 e 11/2/2005, App. Milano 4/4/2003, Trib. Milano 4/7/2002). Altra parte della giurisprudenza, pur ammettendo la teorica legittimità della clausola, esigeva che la clausola stessa, per essere valida, dovesse risultare determinata o determinabile, ed, a tal fine, richiedeva che nel contratto fossero previsti quanto meno il tasso della commissione, i criteri di calcolo, la periodicità di tale calcolo (Tribunale Monza 22/11/2011, Tribunale Piacenza 12/4/2011 n. 309, Tribunale Novara 16/7/2010 n. 774, Tribunale di Parma 23/3/2010, Tribunale Teramo 18/1/2010 n. 84, Tribunale Busto Arsizio 9/12/2009, Tribunale Biella 23/7/2009, Tribunale Genova 18/10/2006, Tribunale Monza 14/10/2008 n. 2755, Tribunale Cassino 10/6/2008 n. 402, Tribunale Vibo Valentia 28/9/2005, Tribunale Torino 23/7/2003, App. Roma 13/9/2001, App. Lecce 27/6/2000). Del resto, tale ultimo orientamento si rivela conforme alla norma di cui all'art. 1346 c.c., secondo cui ogni obbligazione contrattuale deve essere determinata o quanto meno determinabile, e più nello specifico all'art. 117 comma 4 TUB, che impone la forma scritta ad substantiam per ogni prezzo, condizione od onere praticati nei contratti bancari. In particolare, tale onere di specifica indicazione e determinazione è tanto più essenziale, quanto meno è definito e determinato l'istituto della commissione di massimo scoperto: posto, infatti, che, sino ad un recente passato non vi era alcuna definizione normativa della fattispecie, affermata nella prassi creditizia ed evoluta e modificata nel tempo, si rileva come anche la sua pratica applicazione da parte dello stesso sistema bancario sia difforme e non

univoca. La commissione di massimo scoperto è stata infatti diversamente definita o individuata, limitandosi alle due accezioni principali e più diffuse, come il corrispettivo per la semplice messa a disposizione da parte della banca di una somma, a prescindere dal suo concreto utilizzo (ed in tal senso si parla, a volte, anche di commissione di affidamento), oppure come la remunerazione per il rischio cui la banca è sottoposta nel concedere al correntista affidato l'utilizzo di una determinata somma, a volte oltre il limite dello stesso affidamento. Da tale diversità di natura e giustificazione è derivata anche la sopra accennata diversità di metodologie applicative, dal momento che, in coerenza con il primo profilo della commissione, questa viene calcolata sull'intero ammontare della somma affidata, mentre nella seconda ipotesi il calcolo avviene soltanto sul massimo saldo dare registrato sul conto in un determinato periodo. In sostanza, il termine commissione di massimo scoperto non è affatto riconducibile ad un'unica fattispecie giuridica, sicché l'onere di determinatezza della previsione contrattuale delle commissioni deve essere valutato con particolare rigore, dovendosi esigere, se non una sua definizione contrattuale, per lo meno la specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla (percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito), in assenza dei quali non può nemmeno ravvisarsi un vero e proprio accordo delle parti su tale pattuizione accessoria, non potendosi ritenere che il cliente abbia potuto prestare un consenso consapevole, rendendosi conto dell'effettivo contenuto giuridico della clausola e, soprattutto, del suo 'peso' economico: in mancanza di ciò, l'addebito delle commissioni di massimo scoperto si traduce in una imposizione unilaterale della banca che non trova legittimazione in una valida pattuizione consensuale (cfr. in termini, Trib. Reggio Emilia, 23/4/14, in *Il Caso.it*).

Con riferimento alla diversa questione della capitalizzazione trimestrale degli interessi operata dalla banca in costanza di rapporto, il consulente, premesso che trattasi di tutti rapporti sorti in epoca successiva al 2000, ha in alcuni casi (conto corrente 148) riconosciuto la validità della previsione contrattuale ed in altri escluso tale validità provvedendo ad escludere la capitalizzazione.

Come è noto con riferimento al periodo successivo al 22.4.2000, di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000, contenente la disciplina di attuazione dell'art. 120 TUB come modificato dall'art. 25 del decreto legislativo n. 342/1999, la capitalizzazione infrannuale degli interessi deve ritenersi legittima, ove avvenuta nel rispetto delle condizioni di forma e contenuto prescritte dal legislatore primario e dalla normativa secondaria. In particolare, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 6 della menzionata delibera, l'anatocismo è consentito a condizione che: 1) il contratto indichi non solo il tasso di interessi nominale

annuo ma anche quello effettivo; 2) le clausole di capitalizzazione degli interessi siano approvate specificamente per iscritto dalla correntista; 3) nei rapporti di conto corrente sia stabilita la stessa periodicità nella capitalizzazione degli interessi creditori e debitori.

Pertanto, in forza della menzionata delibera CICR, la capitalizzazione degli interessi, nell'ambito dei rapporti bancari, è legittima a condizione che la periodicità della capitalizzazione sia reciproca e che risulti da espressa pattuizione scritta (cfr., in particolare, art. 2 Delibera CICR citata), pattuizione che, inoltre, deve essere specificamente approvata per iscritto e che deve contenere l'indicazione della misura dei tassi di interesse creditori e debitori nominali ed effettivi (art. 6 Delibera CICR citata).

Applicando tali previsioni al caso di specie, deve osservarsi che i contratti in esame, ad eccezione di quello afferente il c.c. 148, non siano conformi alla disciplina di cui sopra perché essi non evidenziano una espressa pattuizione scritta ai sensi dell'art 2 CIRC e manca la specifica approvazione scritta ai sensi dell'art 6 CIRC, da parte del correntista, della clausola di capitalizzazione, e, dunque, correttamente il CTU, dott. Maurizio Riccardi, ha escluso la capitalizzazione per tutto il periodo di durata del rapporto.

L'indagine non ha comportato la verifica dell'adeguamento alle previsioni introdotte dalla legge di stabilità per il 2014 in quanto i conteggi sono stati effettuati sino al 15.01.2014 data della citazione.

In ordine alle modifiche contrattuali, appaiono corretti i calcoli del CTU di rielaborazione del saldo dei rapporti bancari per cui è causa in assenza della prova della comunicazione al correntista delle variazioni sfavorevoli dei tassi.

In tema di *ius variandi*, infatti, si deve distinguere la formulazione dell'art. 118 TUB prima e dopo l'intervento della Legge 248/2006: la prima formulazione dell'art. 118 TUB recita “*Se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dall'effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate*”.

La norma è integrata, altresì, dall'art. 11 Delibera CICR 4/3/03 secondo cui “*Nei contratti di durata, le variazioni sfavorevoli al cliente, riguardanti tassi di interesse, prezzi e altre condizioni delle operazioni e dei servizi, sono comunicate al cliente con la chiara evidenziazione delle variazioni intervenute. Le variazioni sfavorevoli generalizzate possono essere comunicate alla clientela in modo impersonale, mediante apposite inserzioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, anche ai fini dell'esercizio*

del diritto di recesso previsto dall'articolo 118, comma 3, del testo unico bancario. Le variazioni di cui al comma 2 sono in ogni caso comunicate individualmente al cliente alla prima occasione utile, nell'ambito delle comunicazioni periodiche o di quelle riguardanti operazioni specifiche. Le modifiche di tasso conseguenti a variazioni di parametri contrattualmente previsti e indipendenti dalla volontà delle parti non sono soggette agli obblighi di comunicazione di cui al presente articolo. La Banca d'Italia emana disposizioni relative al contenuto e alle modalità delle comunicazioni”.

Viceversa, il testo sostituito dalla L. 248/06 recita : “*Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1341, secondo comma, del codice civile. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro i sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente”.*

La Legge n. 248/06 aggiunge inoltre, al comma 2 dell'art. 10: “*In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura.*”

Dunque, solo con l’emanazione della normativa introdotta dall’art. 10 della Legge 4/08/2006, n. 248, pubblicata in GU l’11/08/2006, l’art. 118 del T.U.B. è stato sostituito, prevedendo il giustificato motivo, la comunicazione scritta al cliente, il termine di 30 gg. di preavviso e il termine di 60 gg. per la facoltà di recesso senza oneri.

Con riferimento, poi, alla determinazione delle valute dei versamenti e dei prelievi, laddove riscontrata la mancanza della relativa disciplina pattizia, il consulente, nel procedere alla rideterminazione del saldo contabile del rapporto ha considerato la data di esecuzione delle singole operazioni e non quella (cd. data valuta) indicata dalla banca negli estratti conto.

Devono a questo punto essere richiamate le conclusioni a cui è giunto il consulente

- A) Quanto al conto corrente ordinario n. ■■■■, sul quale si precisa sono confluite le competenze dei conti anticipi recanti n. ■■■■■■■■, n. ■■■■■■■■, n. ■■■■■■■■ debitamente ricalcolate, rispetto al quale risultano prodotti tutti gli estratti conto dalla data di apertura del conto sino al 15.01.2014 (ad eccezione dell’estratto per i mesi ottobre, novembre, dicembre 2010 ed ottobre, novembre, dicembre, 2012) ed il contratto stesso, il consulente escluse le voci illegittimamente

addebitate al cliente ridetermina un saldo in favore del correntista nella misura di euro + 299.454,73 a fronte di un saldo da conto corrente alla data della domanda di – 123.730,00, che per effetto della prescrizione accertata dal CTU in relazione alle rimesse solutorie ante 2004 si cristallizza nella misura di + euro 268.452,21.

Nello specifico il consulente ha escluso gli oneri di cui alla legge 2\2009 – CDF- per mancanza di specifica pattuizione sino al 5.11.2009 applicandola invece per il periodo successivo in ragione della specifica pattuizione della predetta spesa con tale contratto, ha escluso la CMS attesa la mancanza della predeterminazione della base di calcolo nella pattuizione della stessa, ha escluso le variazioni *in peius* per le quali non sono state riscontrate le condizioni previste dall'art 118 tub.

Ha invece fatto applicazione dei tassi di interesse debitori e creditori come convenuti in contratto, ha fatto applicazione per tutto il periodo della capitalizzazione trimestrale attesa la corretta pattuizione tra le parti, ha fatto applicazione delle spese pattuite (tra le quali quelle di tenuta conto) e valute pattuite.

- B) Quanto al conto corrente ordinario n. [REDACTED] rispetto al quale risultano prodotti tutti gli estratti conto dalla data di apertura del conto sino al 31.03.2013 (ad eccezione dell'estratto per i mesi novembre, dicembre 2010) e le condizioni contrattuali solo a far data dal 30.10.2006, il consulente escluse le voci illegittimamente addebitate al cliente ridetermina un saldo in favore del correntista nella misura di euro + 108.189,73 a fronte di un saldo da conto corrente alla data del 3.03.2013 di – 936,07, che per effetto della prescrizione accertata dal CTU in relazione alle rimesse solutori ante 2004 si cristallizza nella misura di + euro 87.326,25. Nello specifico il consulente ha escluso gli oneri di cui alla legge 2\2009 – CDF- per mancanza di specifica pattuizione, ha escluso la CMS attesa la mancanza della predeterminazione della base di calcolo nella pattuizione della stessa, ha applicato i tassi di interesse legali sino al 29.10.2006 per mancanza di prova scritta del contratto sino a tale data e poi tassi contrattuali previsti nel predetto documento, ha applicato la data contabile sino al 29.10.2006 e poi valute, ha escluso ogni effetto anatocistico anche in epoca successiva alla sottoscrizione del contratto datata 30.10.2006 in quanto la relativa clausola contenuta nella scheda negoziale in discorso non è conforme alla previsione di cui all'art 6 della delibera CIRC del 9.02.2000 difettando l'indicazione del TAE. Tale conclusione è stata oggetto di contestazione da parte della Banca ma la stessa deve ritenersi pienamente conforme ai principi di diritto ed alle norme applicabili come sopra delineati.

- C) Quanto al conto corrente anticipi [REDACTED] avente natura di conto tecnico le cui competenze sono state girocontate sul conto [REDACTED] rispetto al quale risultano prodotti gli estratti conto dal 23.03.2003 (primo estratto in atti con saldo di partenza pari a zero) sino al 9.09.2008 (data ultimo estratto in atti con saldo zero per estinzione) con documentazione completa ad eccezione dell'estratto di Febbraio 2005 e Dicembre 2006, il consulente ha quantificato in euro 154.998,86 le competenze a debito per interessi annotate dalla banca ed € 394,80 per spese tenuta conto addebitate dalla banca.

Tali competenze epurate delle voci illegittime riscontrate sono state riaddebitate sul c.c. [REDACTED] in sede di rideterminazione del saldo dello stesso.

Il calcolo è stato eseguito facendo applicazione dei tassi di interessi legali in mancanza di previsioni contrattuali specifiche, escludendo la capitalizzazione trimestrale per tutto il periodo in difetto di una espressa pattuizione scritta ai sensi dell'art 2 della delibera Circ, approvata per iscritto ai sensi dell'art 6 della medesima delibera, escludendo la CMS attesa la mancata predeterminazione della base di calcolo, esclusione degli oneri di cui alla legge 2\2009 -CDF- per mancanza di specifica pattuizione, esclusione delle spese e data contabile

- D) Quanto al conto corrente anticipi [REDACTED] avente natura di conto tecnico le cui competenze sono state girocontate sul conto [REDACTED] rispetto al quale risultano prodotti gli estratti conto dal 25.09.2002 (primo estratto in atti con saldo di partenza pari a zero) sino al 30.11.2008 (data ultimo estratto in atti con saldo zero per estinzione) con documentazione completa il consulente ha quantificato in euro 6.527,35 le competenze a debito per interessi annotate dalla banca ed € 1018,28 per spese tenuta conto addebitate dalla banca.

Tali competenze epurate delle voci illegittime riscontrate sono state riaddebitate sul c.c. [REDACTED] in sede di rideterminazione del saldo dello stesso.

Il calcolo è stato eseguito facendo applicazione dei tassi di interessi legali in mancanza di previsioni contrattuali specifiche, escludendo la capitalizzazione trimestrale per tutto il periodo in difetto di una espressa pattuizione scritta ai sensi dell'art 2 della delibera Circ, approvata per iscritto ai sensi dell'art 6 della medesima delibera, escludendo la CMS attesa la mancata predeterminazione della base di calcolo, esclusione degli oneri di cui alla legge 2\2009 -CDF- per mancanza di specifica pattuizione, esclusione delle spese e data contabile

- E) Quanto al conto corrente anticipi [REDACTED] avente natura di conto tecnico le cui competenze sono state girocontate sul conto [REDACTED] rispetto al quale risultano prodotti

gli estratti conto dal 31.03.2006 (primo estratto in atti con saldo di partenza pari a zero) sino al 31.12.2011 (data ultimo estratto in atti con saldo zero per estinzione) con documentazione completa il consulente ha quantificato in euro 35735,18 le competenze a debito per interessi addebitate dalla banca ed € 805,44 per spese tenuta conto addebitate dalla banca.

Tali competenze epurate delle voci illegittime riscontrate sono state riaddebitate sul c.c. ■■■ in sede di rideterminazione del saldo dello stesso.

Il calcolo è stato eseguito facendo applicazione dei tassi di interessi legali in mancanza di previsioni contrattuali specifiche, escludendo la capitalizzazione trimestrale per tutto il periodo in difetto di una espressa pattuizione scritta ai sensi dell'art 2 della delibera Circ, approvata per iscritto ai sensi dell'art 6 della medesima delibera, escludendo la CMS attesa la mancata predeterminazione della base di calcolo, esclusione degli oneri di cui alla legge 2\2009 -CDF- per mancanza di specifica pattuizione, esclusione delle spese e data contabile.

Alcun accertamento è stato compiuto in relazione al conto n. ■■■ non risultando gli estratti in atti.

In conclusione all'esito dell'indagine condotta dal consulente il saldo derivante dal conto corrente n. ■■■ al netto della prescrizione come riconosciuta dal ctu ed epurato delle voci illegittime riscontrate va rideterminato in euro 268.452,21 a credito del correntista (con la precisazione che tale saldo è comprensivo anche delle competenze rielaborate dei conti anticipi n. ■■■); il saldo derivante dal conto corrente n. ■■■ al netto della prescrizione come riconosciuta dal ctu ed epurato delle voci illegittime riscontrate va rideterminato in euro 87.326,25 a credito del correntista.

Quanto alla domanda di condanna al pagamento dell'indebitato ex art 2033 c.c.. formulata dall' attrice la stessa, al pari della domanda riconvenzionale di pagamento formulata dal Baco di Napoli , come evidenziato in premessa, è inammissibile in relazione al conto corrente ordinario n. ■■■ ancora aperto alla data della domanda, mentre può trovare accoglimento in relazione al credito come accertato dal ctu in relazione al conto corrente ordinario n. ■■■ (chiuso alla data della domanda) e per l'effetto il Banco di Napoli va condannato al pagamento della somma di euro 87.326,25 in favore della ■■■

Fondata e meritevole di accoglimento è la domanda riconvenzionale formulata da Banco di Napoli in ordine alle n. 23 riba, per euro 683.705,17.

La ricevuta bancaria, detta anche R.I.B.A. è un servizio bancario di incasso che consente alle aziende creditrici di riscuotere le proprie fatture attraverso la rete di sportelli automatici, uno strumento finanziario usato per la gestione aziendale, con cui il creditore dichiara di aver diritto a ricevere dal debitore, tramite esibizione di documenti giustificativi, una somma di denaro versata a mezzo banca a saldo di una determinata fattura e autorizza la banca alla riscossione dell'importo indicato, secondo le istruzioni impartite dal cliente. La banca, a sua volta, mette a disposizione del cliente, se ha stipulato un contratto di anticipo di effetti al salvo buon fine, mediante accredito in conto corrente, ovvero l'utilizzo di fido dedicato, il relativo importo senza attendere la scadenza e la riscossione dal terzo debitore, restando tutelata dal carattere irrevocabile dal mandato all'incasso per il recupero del credito così concesso al proprio cliente.

Come evidenziato dal consulente dalla disamina delle distinte riepilogative della presentazione portafoglio effetti, del dettaglio conteggi scarico effetti impagati, si riscontrano effetti impagati per un totale di euro 683.705,17. Tale importo è composto da singole scritture transitate sul conto corrente ordinario ■■■ ma con addebito ed accredito di pari importo, il cui risultato neutro non influisce sul saldo finale del conto ■■■ in quanto a fronte di un addebito con la dicitura *"effetti impagati"* vi è in pari data un accredito di pari importo con la dicitura *"Storno scritture effetti impagati in attesa di recupero dalla banca"*. Ragione per cui la banca nel periodo maggio ottobre 2013 ha annotato gli importi degli effetti impagati su apposito distinto registro scarico effetti

Deve, inoltre, rilevarsi che tale credito non risulta in alcun modo contestato dalla parte convenuta, la quale non ha mai negato di aver ricevuto le anticipazioni di crediti come specificate in comparsa di costituzione e risposta dalla convenuta.

Sul punto, come affermato da una giurisprudenza ormai granitica (ex multis Corte Cass. n. 26924 del 24/10/2018) nonché, dall'art. 115 c.p.c., vige, infatti, un onere di contestazione specifica a carico della parte che voglia contraddire i fatti introdotti dall'altra dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio.

Tale credito, diversamente da quanto operato dal consulente, non può essere portato in compensazione rispetto al credito vantato dalla attrice all'esito del ricalcolo rielaborato dal CTU atteso che la relativa eccezione non è stata formulata dalla parte dopo la proposizione della domanda riconvenzionale e non venendo in rilievo una ipotesi di compensazione impropria, che ricorre quando le contrapposte ragioni di credito delle parti scaturiscono dal medesimo rapporto obbligatorio, anche complesso, o da rapporti accessori: dando luogo ad un mero accertamento contabile di "dare e avere" con elisione automatica dei

rispettivi crediti, fino alla reciproca concorrenza, cui il giudice può procedere senza che sia necessaria l'eccezione di parte. Nel caso di specie la Banca non ha mai considerato le passività derivanti dal mancato pagamento delle RIBA nel saldo del conto corrente n. [REDACTED] sul quale ha regolato il rapporto, ma vi è stata sempre una annotazione separata in un apposito registro scarico effetti.

Alla luce di ciò da un lato è possibile affermare che nella rielaborazione del saldo del conto corrente n. [REDACTED] non si è tenuto conto delle voci afferenti tali effetti e dall'altro tale credito come accertato non può essere compensato con il credito in favore della attrice derivante dal ricalcolo di tale conto corrente.

Conseguentemente in accoglimento della domanda riconvenzionale del Banco di Napoli la [REDACTED] va condannata a pagare alla prima la somma di euro 683.705,17 oltre interessi convenzionali in solido con i fideiussori [REDACTED] e [REDACTED]

Deve essere, poi, rigettata la domanda di condanna della convenuta Banco di Napoli s.p.a. al risarcimento del danno subito, non avendo parte attrice non solo provato ma neppure allegato il danno patito.

E' fondata e va accolta la domanda formulata dalla attrice nel giudizio riunito 34304\2014 volta ad accertare la nullità del contratto interaste rate swap del e del 19.12.2006 e nei limiti accertati dal consulente va accolta la domanda di condanna alla restituzione dei differenziali negativi corrisposti dalla stessa in esecuzione del predetto ultimo contratto maggiorata nella misura degli interessi legali dalla domanda al soddisfo.

Conseguentemente va rigettata la domanda riconvenzionale formulata dal Banco di Napoli nel giudizio rg 1342\2014 tesa ad ottenere la condanna della [REDACTED] al pagamento dei differenziali positivi ancora dovuti e non corrisposti in esecuzione del medesimo contratto del 2006.

Sotto il profilo fattuale occorre premettere che la [REDACTED] in data 29 novembre 2005 con atto notaio [REDACTED] di Napoli rep n. 210205 e racc. n. 12963 stipulava con la Banca Intesa Mediocredito un contratto di mutuo di euro 2.500.000.000,00 da rimborsare in quote crescenti con periodicità semestrale con inizio dal 30 giugno 2006 sino al 30 giugno 2017 a tasso variabile Euribor 6M con indicazione stabilita che il saggio degli interessi corrispettivi doveva essere : *sino al 30 dicembre 2005 tasso del 4,15% (pari all'Euribor 6M) rilevato il secondo giorno lavorativo target antecedente alla stipula del contratto moltiplicato per il coefficiente 365/360, aumentato di 1,50 punti e previo arrotondamento matematico al terzo decimale, arrotondato allo 0,05 superiore; in ogni semestre successivo Euribor 6M, rilevato il secondo giorno lavorativo target antecedente la scadenza del semestre precedente, moltiplicato per il coefficiente 365/360,*

aumentato di 1,50 punti e previo arrotondamento matematico al terzo decimale, arrotondato allo 0,05 superiore. Lo spread aumenterà di 0,25 punti qualora il bilancio dell'impresa evidenzii indici economici/finanziari (consistenza patrimoniale inferiore ad euro 940.000,00) difforni rispetto ai valori concordati con la banca. Isc 4,25 . In data 30 novembre 2005 sottoscrivevano un contratto di Interest Rate Swap con piano di ammortamento analogo per importi e scadenze a quello del mutuo sotteso. Tale contratto veniva anticipatamente risolto in data 19.12.2006 in quanto evidenziava già dopo un anno un mark- to market negativo e veniva sostituito con un altro nuovo Swap.

In data 15/12/2006 La [REDACTED], sottoscriveva con la Banca Intesa quindi il nuovo contratto di Interest Rate Swap , le condizioni del nuovo contratto prevedevano: Capitale nozionale di riferimento € 2.326.384,00; Data iniziale 31/12/2006, data finale 30/06/2017, Tasso Debitore parametro Banca : Banca Intesa spa, Tasso a carico della [REDACTED]: 5.43%, Tasso a carico della Banca: Euribor 6M scadenze periodiche

Lo strumento finanziario derivato denominato Interest Rate swap (IRS) rappresenta un contratto in cui due controparti si scambiano pagamenti periodi di interessi, calcolata su una somma di danaro, detta nozionale di riferimento , (notional principal amount) per un periodo di tempo pari alla durata del contratto, e cioè fino alla scadenza , (maturity date o termination date) del contratto stesso . Il nome "interest rate swap " deriva dal fatto che detti pagamenti effettuati sono simili ai pagamenti di interessi su un debito.

Nel caso specifico era stato: sottoscritto con l'intento ab origine di consentire alle controparti di scambiare per un periodo di tempo predefinito il rendimento/costo relativo ad un'attività/passività. In un contratto derivato stipulato contestualmente ad un mutuo con lo stesso nozionale, stesse modalità, si sortisce l'effetto di scambiare il tasso variabile contrattuale del mutuo con un tasso fisso predeterminato. In tal modo la sottoscrizione del contratto derivato rende possibile la copertura da un rischio di variabilità del tasso di interesse su un contratto di mutuo sottoscritto senza bisogno di modificarlo, resta inteso che lo strumento derivato va associato in modo simmetrico alle condizioni di rimborso e al piano di ammortamento. Detto utilizzo nasce dalla necessità di preservare la posizione assunta da variazioni che potrebbero generarsi da una variabilità di tasso trasformando così il debito a tasso variabile in un finanziamento a tasso fisso pareggiando gli interessi variabili su debito e versando solo interessi a tasso fisso. Il vantaggio che ne può derivare è la possibilità di indebitarsi ad un tasso preferito anche se il finanziamento è ottenuto ad un tasso diverso. Invero vi possono essere imprese che preferiscono indebitarsi a tasso variabile e che con la combinazione di un prodotto derivato ricevere credito ad un tasso desiderato ma con un costo inferiore a quello di mercato. Il concetto di profilo

costo/rischio è posto alla base del processo di trasformazione del costo del debito per quanto riguarda la relazione che esiste tra costo del debito e rischio di variazione dei tassi laddove il rischio viene inteso come variabilità degli oneri finanziari pagati dalla società anziché come variabilità di valore di mercato del debito, e per l'appunto lo strumento derivato consente una gestione del rischio intermedia.

Dall'esame della documentazione il consulente trae la conseguenza che il contratto swap avesse funzione di copertura\ di protezione e non speculativa, avendo lo scopo di trasformare i propri oneri finanziari connessi al contratto di mutuo da variabili a fissi. Nel caso di specie il derivato swap del 2005 viene sottoscritto a 5 anni proprio per proteggere il cliente da un "rischio variazione interessi" atteso che il contratto di mutuo proprio per sua configurazione di calcolo, nei primi anni genera solo il rimborso della quota interessi . Invero il mutuo a tasso variabile abbinato ad un swap a tasso fisso, permette di corrispondere una rata fissa eliminando il rischio di una variabilità dello stesso .

Esaminando il secondo derivato sottoscritto (perchè quello da esaminare per la funzione di copertura del mutuo stipulato dopo erogazione dello stesso) cioè quello del 15-12-2006 si denota che a fronte di un Euribor 6M di 3,83% sommato ad uno spread del 1,5% si ottiene un tasso del 5,33% , risultato del tutto analogo a quello del tasso del mutuo , ragion per cui alla partenza si denota una certa situazione di equilibrio e simmetria . L'andamento dell'Euribor sino al 2008 è cresciuto al 5,30% che sommato allo spread del 1,50 % ha determinato un tasso del 6,80%.

Per tale motivo appare che l'operazione in derivati almeno nei primi anni sia stata posta in essere per funzioni di copertura.

Entrambi i contratti esaminati non fanno menzione del MtM iniziale, ed in entrambi i casi il consulente ha stimato alla data della stipula un MTM negativo

Ciò premesso manca-come rileva il CTU dott. [REDACTED] (il dott. [REDACTED] fa proprie le conclusioni del primo consulente) - ogni riferimento in entrambi i contratti sia delle metodologie di calcolo del MTM al momento della conclusione del contratto sia degli scenari probabilistici.

Ebbene, in via del tutto dirimente e assorbente rispetto agli altri profili di doglianza mossi dalla società attrice al contratto oggetto di giudizio, ne va dichiarata la nullità per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 c.c. ovvero per omessa indicazione del metodo di calcolo del mark to market, come rilevato dal CTU nella relazione peritale

Pur consapevole di pronunce giurisprudenziali di contrario avviso non può non rilevarsi come la giurisprudenza maggioritaria (Cassazione civile sez. I, 07/11/2022, n.32705; Cassazione civile sez. I, 10/08/2022, n.24654). successiva alla nota pronuncia a Sezioni

unite della Cassazione del 2020 n. 8770 del 12.05.2020 si collochi nel medesimo solco tracciato dal supremo organo di nomofilachia, dal quale non si ritiene di discostarsi in questa sede.

Ebbene le Sezioni Unite di questa Corte hanno ritenuto irrilevante, ai fini dell'individuazione della causa, la finalità di speculazione o copertura in concreto perseguita dalle parti, affermando che la funzione del contratto non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e può appartenere o meno alle parti, dal momento che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo e costituisce espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata (cfr. Cass., Sez. Un., 12/05/2020, n. 8770).

Nella specie, tuttavia, la Corte territoriale, pur individuando la causa dei contratti in una "scommessa accettata dalle parti" ed evidenziandone la funzione di hedging, ha fatto espressamente riferimento allo "scambio di rischi connessi", derivanti dalla vicendevole entità degli importi destinati a maturare a carico di ciascuna delle parti, ed ha quindi riconosciuto la natura aleatoria dei contratti, ai fini della quale, pur reputando irrilevante la riconoscibilità di un minor grado di rischio in favore della Banca, in ragione degli strumenti d'indagine e di previsione di cui essa dispone, ha ritenuto necessario che l'alea sussista ab origine, escludendo quindi la possibilità che l'intermediario si sottragga alle conseguenze negative dell'affare attraverso la predisposizione di pattuizioni idonee a far ricadere interamente il rischio sull'investitore.

Risulta in tal modo riconosciuto il ruolo che nell'ambito del profilo causale di tali contratti svolge l'elemento del rischio, la cui essenzialità, posta anche in relazione con la natura professionale dei soggetti coinvolti, ha indotto la Corte ad affermare che, ai fini della valutazione in ordine alla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti, e quindi alla liceità del contratto, occorre verificare se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi.

A tal fine, esse hanno posto tuttavia in risalto la necessità di tenere conto degli elementi essenziali del contratto, costituiti dalla data di stipulazione, da quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché dal capitale di riferimento (c.d. nozionale) e dai diversi tassi d'interesse ad esso applicabili, affermando che l'accordo delle parti non può limitarsi al mark to market, cioè al costo, pari al valore effettivo del derivato

ad una certa data, al quale la parte può anticipatamente chiudere l'operazione o un terzo estraneo può essere disposto a subentrarvi, ma deve investire anche gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo, a tal fine, i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi d'interesse nel tempo.

In definitiva, *“L'indicazione del mark to market, compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, costituisce elemento essenziale del contratto di IRS. La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera — al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d. “scenari probabilistici” — l'impossibilità di individuare concretamente l'alea oggetto dell'IRS, così che il corrispondente contratto deve essere sanzionato con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto”*(Cassazione civile sez. I, 29/07/2021, n.21830).

Ne deriva, pertanto, che connotato da tale vizio entrambi i contratti oggetto di giudizio sono sanzionabili con la nullità

Nullità che - è bene precisare -non è quella, virtuale (art. 1418 c.c., comma 1), di cui si sono occupate le Sezioni Unite (Cass. Sez. U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) per escludere che essa abbia a prospettarsi in caso di inosservanza degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, ma una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.), inerente ad elementi essenziali del contratto.

Dalla nullità dei contratti deriva la restituzione degli esborsi versati in virtù degli stessi, più precisamente di quelli versati in virtù del contratto di interest rate swap del 19.12.2006 nella misura accertata dal consulente pari ad euro 262.538,50 (accertamento compiuto attraverso l'esame degli estratti del conto corrente in atti)rispetto al maggior importo richiesto da parte attrice.

Nulla è dovuto rispetto al contratto di swap del 30.11.2005 che per stessa ammissione dei consulenti della ████████, non ha dato luogo a differenziali negativi (si veda pag.10 della perizia in atti).

Tutti gli altri motivi di doglianza pur diffusamente esaminati dalle parti in atti, devono ritenersi assorbiti e non valutabili stante il principio della ragione più liquida.

Sulla somma così determinata vanno calcolato gli interessi al tasso legale dalla domanda, ex art. 2033 c.c., in assenza della prova della malafede della banca.

Le spese di lite, in relazione al giudizio rgn 1342\2014 attesa la reciproca soccombenza tra le parti, devono essere interamente compensate anche nei confronti dei fideiussori e della intervenuta che non hanno articolato difese proprie.

Le spese di lite, in relazione al giudizio rgn 34304\2014 seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo facendo applicazione dei compensi medi previsti dal D.M 127\2022 in relazione al giudizio dinanzi al tribunale ricompresi nello scaglio tra euro ed euro 52.000,00 ed euro 260.000,00 ed attribuzione all'avvocato [REDACTED] per dichiarato anticipo.

PQM

Il Tribunale di Napoli, II sezione Civile, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa promossa come in narrativa, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- 1) Dichiarare il difetto di legittimazione passiva del Banco di Napoli in relazione al al rapporto n. [REDACTED]
- 2) in accoglimento per quanto di ragione della domanda formulata dalla attrice dichiara non dovuti dalla [REDACTED] relativamente al rapporto di conto corrente ordinario n. [REDACTED] gli importi ad esso addebitati da Banco di Napoli S.p.A. a titolo di commissione di massimo scoperto e CDF ante 2009; in relazione al conto anticipi n. [REDACTED] gli importi ad esso addebitati da Banco di Napoli s.p.a. per CMS, anatocismo, interessi contrattuali, spese ed oneri CDF non pattuite; in relazione al conto anticipi n. [REDACTED] gli importi ad esso addebitati da Banco di Napoli s.p.a. per CMS, anatocismo, interessi contrattuali, spese ed oneri CDF non pattuite ; in relazione al conto anticipi n. [REDACTED] gli importi ad esso addebitati da Banco di Napoli s.p.a. per CMS, anatocismo, interessi contrattuali, spese ed oneri CDF non pattuite e per l'effetto ridetermina il saldo del rapporto di conto corrente n. [REDACTED] in complessivi euro 268.452,21 al netto della prescrizione a credito del correntista;
- 3) In accoglimento per quanto di ragione della domanda formulata dalla attrice dichiara non dovuti dalla [REDACTED] relativamente al rapporto di conto corrente ordinario n. [REDACTED] gli importi ad esso addebitati da Banco di Napoli s.p.a. a titolo di CMS, anatocismo ed interessi contrattuali sino al 29.10.2006 ed oneri CDF e per l'effetto ridetermina il saldo del conto corrente n. [REDACTED] al netto della prescrizione in euro 87.326,25;
- 4) Dichiarare inammissibile la domanda di ripetizione dell'indebitato ex art 2033 c.c. formulata dalla attrice in relazione al conto corrente ordinario n. [REDACTED]
- 5) Accoglie la domanda di ripetizione dell'indebitato ex art 2033 c.c. formulata dalla attrice in relazione al conto corrente n. n. [REDACTED] e per l'effetto condanna il

Banco di Napoli s.p.a. al pagamento della somma di euro 87.326,25 in favore della [REDACTED]

- 6) In accoglimento parziale della domanda riconvenzionale di pagamento avanzata dal Banco di Napoli s.p.a. condanna [REDACTED] e quali garanti [REDACTED] e [REDACTED] in solido al pagamento in suo favore della somma di euro 683.705,17 per le RIBA oltre interessi contrattuali dalla domanda al saldo;
- 7) Rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- 8) Accerta la nullità del contratto dual up swap n. [REDACTED] del 2.12.2005
- 9) Accerta la nullità del contratto interest rate swap n. [REDACTED] del 19.12.2006 e per l'effetto condanna il Banco di Napoli s.p.a. alla restituzione in favore della [REDACTED] della somma di euro 262.538,50 oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo.
- 10) Compensa interamente le spese in relazione al giudizio rgn 1342\2014
- 11) Condanna il Banco di Napoli s.p.a. al pagamento delle spese di lite in favore della [REDACTED] in relazione al giudizio rgn 34304\2014 liquidate in euro [REDACTED] per spese vive ed euro [REDACTED] per compensi professionali oltre rimborso forfettario al 15%, iva e cpa come per legge con attribuzione all'avvocato [REDACTED] per dichiarato anticipo.
- 12) Pone le spese di CTU come liquidate da separati decreti in atti per 1/2 in capo al Banco di Napoli s.p.a. e per la restante 1/2 in capo in solido a [REDACTED]
[REDACTED]

Napoli 29.04.2025

Il GU

Dott.ssa Roberta Guardasole