



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale Ordinario di Siena
Sezione Unica

SENTENZA

N.

Reg. cron. n.

Reg. rep. n.

OGGETTO

Contratti
bancari(depos
ito bancario,
etc)

Il Tribunale in composizione monocratica, G. U. M. Serrao, nel procedimento
iscritto al n. **1**/15 tra:

_____)
in persona del suo amministratore

(C. _____)

Attrice

CONTRO

_____)
come tale legale rappresentante della
stessa, rappresentata e difesa dall'avv. _____)
come da mandato

Convenuta

All'udienza del 7/6/2017 la causa era trattenuta in decisione sulle conclusioni delle
parti:

per parte attrice come da atto di citazione.

parte convenuta come in comparsa di costituzione e risposta.

Fascicolo rimesso al giudice per la decisione: 28 settembre 2017



ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

Con atto di citazione ritualmente notificato la [REDACTED], conveniva in giudizio [REDACTED] come sopra descritta al fine di ivi sentire accogliere le seguenti conclusioni *“Piaccia al Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, deduzione e ragione: A) Dichiarare nullo per difetto di causa il derivato acceso in data 20.1.2003 e indicato con la sigla performing Standard 7Y di euro 300.000; A mezzo CTU determinare le somme per tale contratto pagate dalla attrice con condanna della banca alla loro restituzione; B) In subordine dichiarare la risoluzione della operazione per violazione degli articoli 23;30 e quanto risulterà del. 11522/1998 Consob per essere il contratto quadro incompleto; e la relativa documentazione obbligatoria mai consegnata. Condanna della banca alla restituzione delle somme pagate quale risarcimento del danno per equivalente. CTU sul punto per la quantificazione Conto corrente. C) Accertato e dichiarato che la banca ha proceduto sul conto a pattuizione ed applicazione di tassi usurari, condizioni non contrattualizzate (per assenza in contratto ex art. 1284 c.c.), spese e commissioni non contrattualizzate, pronunciarsi: 1) sulla gratuità degli stessi, con ogni conseguenza ex art. 1815 c.c. sc; 2) sulla illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e la applicazione dei tassi passivi (perché usurari in contratto ex art. 1815 secondo comma, c.c.) almeno a far data 1.1.2014; 3) sulla illegittimità della applicazione di tassi ultralegali non concordati, in costanza di rapporto; d) sulla illegittimità della applicazione della commissione di massimo scoperto, perché non concordata e dei tassi extrafido, applicati ma non concordati; 4) dello ius variandi (clausola contrattuale ex art. 16) dichiarando nulle ed inefficaci le variazioni, avvenute in costanza di rapporto, e non concordate, 5) a mezzo nominanda CTU, procedere al ricalcolo su base annuale; senza anatocismo alcuno, spese e commissioni dal sorgere del rapporto*



ad oggi e senza interessi ad alcun saggio, al fine di riaffermare il reale saldoconto (dare ed avere tra le parti) con condanna della banca alla restituzione delle somme indebitamente riscosse. In via istruttoria: Nomina di CTU contabile al fine di verificare ed accertare il quantum risarcitorio sul derivato e ricalcolare i saldi ed il rapporto di dare ed avere tra le parti anche per il conto. Vittoria delle spese e compensi per i quali i procuratori si dichiarano antistatari.

Ordine di esibizione se inevasa l'istanza ex art 119 TUB dei contratti di apercredito e corrispondenza relativi ai rapporti per cui è causa, nonché delle successive variazioni intercorse nel rapporto e di tutti gli estratti

Con ogni riserva ex artt 183 e 184 cpc.”

Si è costituita in giudizio la . con comparsa e documentazione, contestando le domande attrici e precisando le conclusioni nel modo che segue:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale di Siena, In via preliminare dichiarare per i motivi indicati in narrativa, la nullità dell'atto di citazione e delle domande in esso svolte ex art 164 co.4 cpc in relazione all'art. 163 n. 3 e 4 cpc, con ogni conseguenziale provvedimento. Nel merito respingere perché infondate in fatto ed in diritto e prescritte, nonché non provate, per i motivi adottati e risultanti in causa, tutte le domande proposte dall'attrice nei confronti della

Con vittoria di spese e competenze e con ogni riserva istruttoria.” Depositate le memorie ex art. 183 cpc, in causa è stata svolta CTU.

All'udienza del 7/6/2017 le parti precisavano le conclusioni ed il giudice dopo aver concesso i termini per il deposito delle comparse conclusionali e repliche tratteneva la causa in decisione.

Ricostruiti i fatti di causa , nota la sopravvenuta Cass.11554/17 laddove afferma che: “il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, ai sensi del comma 4 dell'art. 119 del TUB anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si mostri idoneo allo scopo” , trattasi di principio non applicabile nel caso di specie, costituendo la mancanza del c/c e dell'altra documentazione indicata dal ctu, un vuoto probatorio che rende ineseguibile l'ordine di esibizione



ex art 210 cpc richiesto da parte attrice in quanto ha dichiarato in causa comparsa di costituzione nonché in comparsa conclusionale che “ *ha prodotto tutti i documenti necessari e dei quali vi è traccia nei propri archivi informatici tenuti in costanza di legge*” (pag. 8 conclusionale).L’obbligo di tenuta non può , com’è noto, superare il decennio.

Tale circostanza impedisce di verificare ed accertare quanto richiesto dal giudice in relazione al conto corrente nei quesiti posti al CTU , portando a conclusioni meramente ipotetiche , sulla base di dati non certi .

A tal proposito ed a titolo esemplificativo si riportano alcuni passaggi della consulenza: “*l’assenza del contratto iniziale e/o della prova di inizio del rapporto impediscono di verificare il superamento del TEG all’origine*” (pag. 10 , 12), “*non si conosce l’epoca di inizio del rapporto*”(pag.10).

Dunque è evidente che tale carenza sostanziale comporti sul punto il rigetto della domanda.

Con riguardo poi al contratto derivato (swap) è opportuno svolgere qualche breve considerazione in ordine a questi tipi di prodotti stipulati a copertura delle oscillazioni dei tassi d’interesse applicati a distinti rapporti contrattuali (nel caso de quo un mutuo) facenti capo al cliente.

Condividendo la definizione maggiormente in uso, per swap si deve intendere quel contratto mediante il quale due parti si accordano per scambiarsi, in base a regole e formule prestabilite, dei flussi finanziari futuri il cui ammontare è determinato in relazione ad un valore sottostante; al termine, il contratto verrà normalmente eseguito mediante il pagamento del differenziale.

In sostanza il contratto di interest rate swap ricorre allorquando le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare, per tutta la durata del contratto. Va inoltre rammentato che indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di swap è un contratto aleatorio.



Individuata dunque la natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminare l'oggetto e la causa. A tal proposito si richiama e condivide quanto statuito dalla Corte d' Appello di Milano (18 settembre 2013 n. 3459) in tema di derivati: "*nel derivato (...), l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono*" e *nello scambio di rischi finanziari*".

Lo schema contrattuale ha, quindi, il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio tra i contraenti, che sono ab origine portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso.

Sempre la stessa Corte d' Appello ha precisato che "*l'alea deve rappresentare un rischio presente e reale in capo ad entrambi i contraenti, anche se non necessariamente equamente distribuito; parlare di alea bilaterale, quindi, non vuol dire che l'alea debba incidere in maniera uguale sui patrimoni dei contraenti, ma che vi deve essere a monte una componente di rischio apprezzabile in capo ad entrambi, anche se di diversa entità*".

In definitiva, atteso che la causa dell'interest rate swap "*risiede in una scommessa che ambo le parti assumono*", ai fini della validità del contratto è essenziale che l'alea oltre che bilaterale, sia anche "razionale", ovvero fondata su una consapevole assunzione del rischio.

Rischio fondato sulla "probabilità" del verificarsi degli eventi con le relative conseguenze che devono essere definite e conosciute ex ante con certezza dalla Banca che proprio sulla base di esse costruisce il prodotto.

In sostanza, tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa tipica" del negozio. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede, nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità". Da qui l'irrelevanza della dichiarazione di operatore qualificato e delle previsioni ex art. 31 Delibera Consob 11522/98 , alla quale può aversi riguardo solo nelle ipotesi in cui una sia



pur minima possibilità di beneficio possa ipotizzarsi per il contraente e quindi sia configurabile la causa del contratto.

Ricostruita la disciplina nel dettaglio nel caso di specie la condizione della, bilateralità dell'alea che deve essere razionale è nella specie del tutto mancante come confermato dalla ctu. A pag. 19 si legge : “ *se si pongono a confronto solo le condizioni contrattuali del derivato (colonna B), parte attrice al momento della stipula del contratto, NON HA CONVENIENZA INIZIALE ma ha poco margine di variazione in aumento tassi per ribaltare la situazione a proprio favore (debito 3,06% – credito 2,75% = differenza 0,31%). ii) Se si ritiene di dover confrontare il tasso fisso a debito di cui al contratto DERIVATO (3,06% - COLONNA B) con il tasso variabile che comunque parte attrice si impegna a pagare con la stipula del mutuo MUTUO (5,0105% - COLONNA F), vi è apparente CONVENIENZA ma non sono quesiti i parametri da cui parte attrice può trarre vantaggio . Infatti parte attrice si è impegnata: In forza del contratto di mutuo, a pagare comunque il tasso variabile del 5,0105%; In forza del contratto derivato, a conguagliare la differenza positiva o negativa rispetto al parametro EURIBOR che però è COMPONENTE PARZIALE ANCHE DEL TASSO DEL MUTUO che, inoltre è gravato di spread fissi di 0,5% (colonne D e E) e dell'1,5% (colonne D e F).*

Il consulente inoltre evidenzia un aspetto fondamentale. Si legge infatti che: “*esaminando complessivamente solo i 2 contratti citati, e tenendo in considerazione solo i tassi di interesse (e non anche i capitali su cui questi sono calcolati: € 310.000,00 decrescente il mutuo; € 300.000,00 costante il derivato), affinché parte attrice possa ricevere un vantaggio è necessario che il tasso variabile (EURIBOR) giunga circa a 7,35% o lo superi , e contemporaneamente, il rendimento dei titoli pubblici, resti inalterato”.* (pag, 19 relazione).

L'avveramento di tali condizioni appare di quasi impossibile realizzazione. E' inverosimile che i rendimenti pubblici rimangano costanti quando variano i tassi. Infatti al variare dei tassi variano anche i rendimenti. A tal proposito a pag. 20 della consulenza si legge: “*La probabilità che all'innalzamento dell'EURIBOR non corrisponda un aumento del rendimento dei titoli pubblici è bassissima poiché*



l'investimento su questi ultimi non sarebbe concorrenziale con altre forme di investimento E' opportuno quindi considerare che, con il passare del tempo, l'importo dell'indebitamento di parte attrice decresce (infatti, con il pagamento di ogni rata, il capitale mutuato iniziale è progressivamente restituito) e, conseguentemente, il valore assoluto degli interessi decresce. Quindi, tendenzialmente, con il passare del tempo, il pareggio fra interessi del mutuo e vantaggio del contratto derivato, considerando anche i capitali su cui i tassi di mutuo e derivato sono calcolati, ascende sin dal primo anno di validità dello swap al 7,85% per poi decrescere come vedremo in seguito"

In sostanza il contraente in nessun caso potrebbe vincere la " scommessa".

È evidente che lo swap sottoscritto tra le odierne parti in causa difettando l'alea razionale (come sopra descritta), che è quella che rende valido il contratto derivato .

deve dichiararsi nullo.

La Banca dovrà pertanto restituire l'importo di € 8.202,77 , importo individuato dal ctu quale svantaggio derivante a parte attrice dall'esecuzione del contratto derivato , oltre interessi legali dalla domanda al saldo

Quanto alle spese processuali, liquidate come in dispositivo , in considerazione della soccombenza dell'attrice su una delle domande proposte , può disporsene compensazione parziale , al 50% , rimanendo la rimanente parte a carico della convenuta , e da distrarsi in favore dei difensori dichiaratisi antistatari .

Quanto alle spese di ctu , già liquidate in corso di causa, sono poste a carico delle parti , in applicazione del medesimo criterio sopra espresso, nella misura del 50% ciascuna.

PQM

Il tribunale definitivamente pronunciando:

- 1) Rigetla la domanda formulata sub C) dell'atto di citazione ;



- 2) In accoglimento della domanda sub A) condannata alla restituzione delle somme pari ad euro 8.202, 77 in favore dell'attrice.
- 3) Dichiarata assorbita la domanda sub B)
- 4) Dichiarata compensate per metà le spese processuali che liquidate in €545,00 per spese ed € 4.835,00 per compenso pone per la rimanente metà a carico della convenuta .
- 5) Pone a carico di entrambe le parti, nella misura del 50% , le spese di cui come liquidate in corso di causa

Così deciso in Siena 15/11/17

Il giudice
(Marianna Serrao)

