



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di ROMA
SEDICESIMA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Cristina Pigozzo ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. 26768 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2018, promossa da:

[REDACTED]
[REDACTED] poi fusa per incorporazione nella [REDACTED] Engineering & Service srl, con contestuale cambio di denominazione) rappresentata e difesa, per mandato apposto su foglio separato da intendersi in calce al presente atto, [REDACTED]
[REDACTED] con domicilio fisico presso il suo [REDACTED]
[REDACTED] e domicilio digitale all'indirizzo pec [REDACTED]
[REDACTED]

PARTE ATTRICE

nei confronti di

[REDACTED], con sede sociale e direzione generale in [REDACTED]
[REDACTED] scritta all' [REDACTED]
[REDACTED] - [REDACTED] - [REDACTED]
cod. 020000 [REDACTED]
[REDACTED] - [REDACTED]
[REDACTED], in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall' [REDACTED]
[REDACTED] in virtù di procura alle liti per atto

notaio [redacted] (doc. 1) ed elettivamente

PARTE CONVENUTA

e

PARTE CONVENUTA CONTUMACE

OGGETTO: *Contratti bancari*

CONCLUSIONI

Le parti concludevano come da foglio di precisazione delle conclusioni ed in particolare

Parte attrice [redacted]

“Contrariis reiectis, previe le declaratorie tutte di ragione e/o di legge, accertati i fatti esposti, accertata la condotta illegittima e illecita nonché contraria a buona fede e correttezza della banca convenuta in danno dell’attrice:

1. In via preliminare di rito, rigettare l’avversa eccezione di incompetenza, accertare e dichiarare la propria competenza a conoscere le domande proposte dalla [redacted] nonché dichiarare l’estinzione del giudizio nei confronti della [redacted]

2. Nel merito riconoscersi e dichiararsi la invalidità, nullità, illegittimità dei contratti di swap intervenuti tra le parti di cui in narrativa e per l’effetto condannarsi la convenuta alla restituzione delle somme addebitate all’attrice sul conto corrente n. [redacted] pari ad euro 287.390,85 alla data del 31.01.2012, ovvero della minore o maggiore somma determinata nel corso del giudizio oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo.

3. In via subordinata riconoscersi e dichiararsi l’annullamento dei contratti di swap intervenuti tra le parti di cui in premessa e, per l’effetto, condannare la convenuta alla restituzione delle somme tutte, addebitate all’attrice sul conto [redacted] già [redacted] pari ad euro 287.390,85 alla data del 31.01.2012, ovvero alla minore o maggiore somma determinata nel corso del giudizio oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo;

4. In via ulteriormente subordinata riconoscere e dichiarare il grave inadempimento della convenuta per tutti i comportamenti posti in essere all'atto della negoziazione e del collocamento dei contratti di swap di cui in narrativa e nel corso dell'esecuzione del contratto e conseguentemente: risolvere i contratti di swap di cui in premessa nonché per l'effetto, condannare la convenuta alla restituzione delle somme tutte addebitate all'attrice conto corrente n. [REDACTED] pari ad euro 287.390,85 alla data del 31.01.2012, ovvero alla minore o maggiore somma determinata nel corso del giudizio oltre agli interessi legale alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti al saldo e, comunque, condannare la convenuta al risarcimento del danno pari alla somma addebitata dalla banca;

5. In ogni caso nel merito, accertato e dichiarato che la convenuta Banca, per l'intera durata del rapporto (comprensivi sia dell'apertura di credito, sia delle operazioni di anticipo) ha applicato in danno della [REDACTED] voci di debito effettivamente non dovute per interessi ultra legali, commissione massimo scoperto, spese ed interessi in misura illegittima, siccome determinati e capitalizzati trimestralmente in violazione del divieto dell'anatocismo, nonché il sistema delle valute fittizie e quant'altro evidenziato nella premessa del presente atto, il tutto in violazione dell'obbligo di trasparenza e dei principi di correttezza e buona fede, accertare e dichiarare la nullità, illiceità e/o invalidità dei contratti, delle clausole e dei tassi applicati dalla banca, per l'effetto, rideterminare il saldo attivo dei conti [REDACTED] nell'importo di euro 649.377,96 alla data del 05.02.2014 che tiene conto anche delle somme illegittimamente addebitate per le operazioni di interest rate swap o nel maggiore o minore importo che risulterà all'esito del presente giudizio, e condannare la banca convenuta alla rettifica del saldo e alla restituzione in favore dell'attrice dell'indebito pari ad euro 895.777,62 ovvero della maggiore o minore somma che emergerà nel corso del giudizio, corrispondente alle somme versate a qualsiasi titolo e non dovute ovvero dovute a titolo di interessi creditorî, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dai rispettivi addebiti, procedendo se del caso, sempre in subordine, alla compensazione anche impropria delle somme indebitamente addebitate con quelle eventualmente ancora dovute, ad ogni titolo, nessuno escluso, alla banca convenuta dalla debitrice;

6. In ogni caso accertare e dichiarare che la condotta dalla Banca convenuta costituisce un illecito civile e condannare la Banca al risarcimento del danno subito dalla società attrice quantificato a titolo patrimoniale nell'importo illegittimamente addebitato dalla

banca a qualsiasi titolo o, comunque, nella maggiore o minor somma determinata nel corso del giudizio o rimessa al prudente apprezzamento del Tribunale o, finanche in via equitativa. Con vittoria di spese, competenze ed onorari, oltre IVA e CAP e spese generali, come per legge.”

Parte convenuta [REDACTED]

“Contrariis rejectis,

-in via preliminare di rito: dichiarare la propria incompetenza ex art. 819 ter c.p.c. a conoscere tutte le domande della [REDACTED] relative al derivato del 18.01.2007 in ragione della clausola compromissoria in arbitri contenuta nel normativo;

- in via preliminare di merito :

a) respingere tutte le pretese avversarie, da intendersi rinunciate perché non inserite fra le attività, anche solo stimate, della proposta concordataria e, in ogni caso, perché l'esposizione residua del conto di cui è chiesto il ricalcolo in ogni caso, perché l'esposizione residua del conto di cui è chiesto il ricalcolo è stata riconosciuta e pagata in moneta concordataria;

b) dichiarare inammissibile la domanda di ripetizione ex art. 2033 c.c. inammissibile la domanda di ripetizione ex art. 2033 c.c. svolta in relazione al [REDACTED] e collegati conti anticipi, non in relazione al [REDACTED] e collegati conti anticipi, non avendo [REDACTED] pagato il saldo debitore finale né dedotto rimesse solutorie avendo la [REDACTED] pagato il saldo debitore finale né dedotto rimesse solutorie nel corso del rapporto; nel corso del rapporto;

c) dichiarare inammissibile la domanda di annullamento, di risoluzione e conseguente ripetizione svolta in relazione al derivato stipulato il 18.01.2007, in quanto già estinto per decorso del termine contrattuale; 18.01.2007, in quanto già estinto per decorso del termine contrattuale;

d) dichiarare prescritta: o l'azione di ripetizione di tutti i pagamenti intervenuti sul Conto n. 3 e relativi conti anticipi nonché sui Conti nn. 1 e 2 e relativi anticipi (nella denegata ipotesi in cui i Conti nn. 1 e 2 e relativi anticipi si ritengano oggetto di domanda), anteriormente al decennio a ritroso dal primo atto interruttivo ex adverso provato, ossia prima del 16.04.2008; o l'azione di annullamento e di risarcimento del danno precontrattuale in relazione al derivato del 18.01.2007, in quanto il termine quinquennale è decorso il 18.01.2012 nonché l'azione di ripetizione di tutti i flussi pagati anteriormente al decennio dalla notifica della citazione e, così, prima del 16.04.2008; o l'azione di

risarcimento contenuta nella conclusione 5, per ogni danno conoscibile prima del 16.04.2008, se di natura contrattuale, o del 16.04.2013, se extracontrattuale;

- in via principale di merito, rigettate le istanze istruttorie avversarie perché inammissibili ed esplorative e disposto se del caso supplemento di CTU per operare le verifiche da n. 1 a n. 5 indicate nelle note di trattazione scritta del 1.09.2022, respingere in quanto infondate in fatto e in diritto tutte le domande formulate dalla [REDACTED] nei confronti di [REDACTED]

s.p.a.;

- in via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda d'invalidità del derivato in causa o di quella risarcitoria, determinare il quantum ripetitorio o risarcitorio detraendo, anche in virtù di compensazione, le somme incassate dalla [REDACTED] forza del contratto de quo, pari a € 80.632,50.

Con vittoria di spese, anche di CTU e CTP e compenso di causa”.

Coincisa esposizione delle ragioni in fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione notificato in data 16 aprile 2018, [REDACTED] conveniva in giudizio [REDACTED] s.p.a. “in qualità di mandatario di [REDACTED]”, deducendo che:

- intratteneva con la [REDACTED] i seguenti rapporti:

- conto corrente ordinario [REDACTED] estinto in data 11/13.02.2009 con un saldo debitore di euro 56.875,43 oltre ad euro 1.063,38 per competenze dell'ultimo trimestre girocontato sul conto corrente ordinario [REDACTED] già [REDACTED] - conto 1;
- conto corrente ordinario [REDACTED] (già [REDACTED]) estinto in data 11/12.02.2009 con saldo creditore di euro 19.821,52 detratte le competenze maturate nell'ultimo trimestre pari ad euro 337,09 girocontato sul conto corrente ordinario [REDACTED] già [REDACTED];
- conto corrente ordinario [REDACTED] che costituisce la prosecuzione dei conti correnti [REDACTED] estinto in data 28.02.2014 a seguito di passaggio a sofferenza dell'esposizione debitoria pari ad euro 246.399,66 – conto 3.

- su tali conti venivano gestite anche operazioni di anticipazione salvo buon fine dietro pagamento di interessi e competenze e pertanto per ciascun conto erano collegati più rapporti di conto anticipi ed in particolare:
 - al conto corrente ordinario [REDACTED] (già [REDACTED]) erano collegati i conti anticipi n. [REDACTED]; n. [REDACTED]; n. [REDACTED]; n. [REDACTED]; n. [REDACTED];
 - al [REDACTED] conto corrente ordinario [REDACTED], erano collegati i conti anticipi: [REDACTED] estinto in data 28.02.2014 a seguito di passaggio a sofferenza dell'esposizione debitoria pari ad euro [REDACTED];
- in data 18.01.2007 aveva stipulato con [REDACTED] oggi [REDACTED], un contratto di Interest Rate Swap;
- i citati rapporti di conto corrente e conto anticipi erano affetti da nullità totale e/o parziale, per violazione degli artt. 1283 e 1284 c.c. in quanto l'istituto di credito aveva capitalizzato trimestralmente gli interessi debitori, addebitando interessi ultra-legali, commissioni di massimo scoperto, spese e commissioni varie, tenendo così una condotta illegittima e scorretta;
- per l'effetto, l'istituto bancario convenuto aveva percepito, a titolo di interessi, competenze illegittime e non pattuite, somme non dovute da parte della [REDACTED];
- il rapporto di interest rate swap del 18.01.2007 regolato contabilmente sul conto corrente [REDACTED] era inesistente, nullo, annullabile e, in ogni caso, illegittimo in quanto la Banca convenuta non aveva rispettato alcuna delle norme previste dal TUF e dai regolamenti Consob in materia di investimenti in strumenti finanziari derivati; comunque era privo di causa o avente causa illecita;
- pertanto, dovevano essere restituiti tutti gli importi indebitamente addebitati alla [REDACTED] srl sul conto corrente n. [REDACTED] compresi quelli relativi all'operazione di investimento in Interest rate swap che, alla data del 03.02.2012, ammontavano ad € 287.390,85;
- in data 18 dicembre 2012 la [REDACTED] causa di difficoltà economiche aveva depositato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art.161 l.f.;

- con provvedimento del 26 giugno 2013 il Tribunale di Brescia aveva dichiarato aperta la procedura e il concordato veniva omologato il 14 maggio 2014;
- nell'elenco dei creditori allegato alla domanda di concordato era inserito anche l'Istituto di credito convenuto che veniva soddisfatto nei limiti della percentuale individuata nel piano;
- in data 25.01.2016, presentava domanda di mediazione presso l'Organismo di Mediazione Forense del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma (prot n 366/2016) con la quale eccepiva la nullità totale e/o parziale dei contratti innanzi indicati per violazione della normativa in tema di contratti bancari ed anatocismo e conseguente diritto alla restituzione dell'indebitto, eccepiva la nullità del contratto e della proposta interest rate swap del 18.01.2007, chiedendo la restituzione delle somme, ma la procedura si concludeva con esito negativo;

A sostegno della propria domanda [redacted] deduceva:

- **la nullità dell'addebito degli interessi ultralegali per carenza di pattuizione scritta**; infatti, a seguito di invio di diffida ex art.119 TUB, [redacted] aveva fornito solo parzialmente la documentazione richiesta ed in particolare:
 - copia scheda firme conto corrente [redacted] 30.11.1986 non recante disciplina delle condizioni applicate al rapporto;
 - copia lettera concessione linea di credito sul conto corrente [redacted] del 28.06.2012;
 - copia lettera concessione linea di credito senza riferimento ad alcun numero di conto datato 10.02.2009 e non recante la disciplina delle condizioni;
 - copia accettazione condizioni generali del 18.05.2004 riferito al conto [redacted] recante la disciplina la misura dei tassi d'interesse, delle cms e delle spese;
 - copia contratto riferito al conto [redacted] del 05.05.2005 recante la misura dei tassi d'interesse, delle cms e delle spese.
 - Estratti conti correnti e conti anticipi;

Di tal ch  le parti solo per i rapporti n. [redacted] e n. [redacted] hanno convenzionalmente disciplinato la misura del tasso d'interesse, delle cms e delle spese, mentre per tutti gli altri rapporti non   pattuita alcuna condizione applicata (o perch  non esistono i relativi contratti, o perch  esistono ma non recano la pattuizione delle condizioni, o perch  non sono sottoscritti dalla [redacted])

- di non aver mai pattuito per iscritto le condizioni applicate dall'istituto bancario agli ulteriori rapporti intercorsi (se non per quelli [redacted] e [redacted] (in violazione dell'art 117TUB);
- **la nullità della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale** degli interessi nonostante non si tratti di uso normativo e in assenza di adeguamento a quanto previsto dalla Delibera CICR del 9 febbraio 2000 con apposita pattuizione scritta non bastando la semplice pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; indebita applicazione dell'anatocismo a seguito della L. n. 147/27.12.2013 che reintroduce il divieto di capitalizzazione periodica;
- **la nullità delle clausole relative alle commissioni di massimo scoperto** per mancanza di causa ove applicata sull'utilizzato, per mancanza di pattuizione scritta e dei requisiti di determinatezza e determinabilità;
- la nullità relativa alle **spese** in quanto non disciplinate dai contratti;
- la nullità delle clausole relative alle **valute** e degli altri interessi addebitati dall'istituto bancario stante la mancata pattuizione scritta;
- **l'usurarietà** degli interessi applicati dall'istituto bancario per effetto della illegittima quantificazione di tutte le voci concorrenti a determinare il TEG cioè il tasso d'interessi globale annuo;
- l'inesistenza, la nullità, l'annullabilità e l'inefficacia delle operazioni di investimento aventi ad oggetto *interest rate swap* intercorse tra le parti a seguito dell'investimento di prodotti derivati effettuato in data 18.01.2007 in sostituzione del precedente del 17.02.2006 per violazione delle norme previste dal TUF circa la forma scritta, gli obblighi informativi relativi all'effettivo rischio per il cliente e di quanto statuito dagli artt. 39 e 40 del regolamento Consob, oltre che per l'illiceità della causa non essendo sottostante una alea bilaterale e razionale; la Banca convenuta che avrebbe dovuto fornire alla società scrivente la consulenza necessaria per effettuare la scelta di investimento rivelatasi deleteria, non ha operato alcuna corretta valutazione di adeguatezza, contravvenendo apertamente a quanto statuito dagli artt. 39 e 40 del Regolamento Consob del 2007. La Banca sin dalla disposizione dell'operazione, proponeva consapevolmente alla [redacted] srl di scommettere su un tasso a debito pari al 3,65% mentre essa stessa ha scommesso su un tasso debitore praticamente pari a zero. La [redacted] alla data del 31.01.2012, a causa dell' *interest rate swap* ha dovuto sostenere una perdita addebitata sul conto corrente n. [redacted] ([redacted] di euro 287.390,85.

- La contrarietà della condotta dell'istituto bancario alle regole di correttezza e buona fede ex art 1175 c.c

Concludeva che, alla luce della parziale documentazione consegnata dalla banca, il saldo ricalcolato del conto corrente n. [REDACTED] alla data del 05.02.2014, correttamente decurtato delle competenze indebite, doveva indicare la somma di euro 649.377,96 a credito della [REDACTED] srl in luogo del saldo pari ad euro 246.399,66 a debito risultante dagli estratti conto al momento del passaggio a sofferenza e al saldo a debito pari ad euro 93.583,54 risultante dagli estratti conto relativi al conto anticipi [REDACTED], il credito complessivo, alla luce di quanto dedotto, della [REDACTED] nei confronti della [REDACTED] era pari ad euro 555.794,43, mentre la [REDACTED] nel periodo compreso tra il 04.10.1993 e il 05.02.2014 aveva subito indebitamente l'addebito dell'importo complessivo di euro 895.777,62.

Si costituiva in giudizio la [REDACTED] la quale chiedeva il rigetto delle domande attoree deducendo in via preliminare:

- l'incompetenza ex art. 819 ter c.p.c. del Tribunale ordinario di Roma in favore del collegio arbitrale in relazione ai contratti swap in virtù della clausola compromissoria di cui all'art 15 del contratto normativo del 25.06.2004;
- doveva rilevarsi l'assenza di ogni domanda di rideterminazione del saldo e di ripetizione dell'indebito relativamente ai Conti 1 e 2 e ai conti anticipi regolati sul conto 2;
- l'importo di 895.77,62 di cui in conclusioni si chiede erroneamente la ripetizione, da un lato già comprende il petitum del derivato, dall'altro non è l'indebito, da individuarsi invece nella minor somma di euro 555.794,43, ottenuta sottraendo i saldi negativi passati a sofferenza del [REDACTED] del conto anticipi sul medesimo regolato
- rappresentava che, in analogia con la preclusione al fenomeno successorio in caso di estinzione di società, le presenti domande dovevano intendersi rinunciate quali mere pretese, non inserite nel bilancio di liquidazione; le pretese ripetitorie relative ai conti estinti e al derivato dovevano intendersi rinunciate, in quanto non inserite nelle attività della proposta concordataria ex art. 161 I l.fall.; sotto altro profilo l'obbligatorietà e la vincolatività dell'accordo che deriva dalla proposta di concordato deliberata positivamente condurrebbe alla rinuncia a ogni contestazione dei crediti da parte del debitore, quantomeno all'esito dell'effettuazione dei pagamenti effettuati in sede di concordato stante l'effetto esdebitatorio

a carico del creditore e la lesione della par condicio che deriverebbe da una restituzione a favore del debitore e non della massa;

- l'inammissibilità delle domande di ripetizione delle somme non avendo controparte dedotto rimesse solutorie né interamente corrisposto il saldo debitore;

- l'inammissibilità delle domande di annullamento, risoluzione e restituzione in relazione al derivato stipulato in data 18.01.2007 in quanto contratto già estinto per il decorso del termine finale in data 18.01.2012 e comunque non per le prestazioni periodiche già eseguite;

- l'intervenuta prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme di denaro ritenute illegittimamente addebitate per decorso:

- del termine quinquennale dell'azione di annullamento dal momento della stipula del derivato (del 18.01.2007) e dell'azione di risarcimento da responsabilità precontrattuale, potendo la parte essere già edotta degli asseriti vizi;
- del termine decennale per la ripetizione dei primi due flussi negativi, indicati nella perizia di parte attrice in data 2.11.2007 e 1.02.2008 per euro 14.380,97 ed euro 7.818,8710;
- del termine decennale per i pagamenti avvenuti sul Conto Corrente n. 3, anteriormente al 16.04.2008 (atto di citazione notificato il 16.04.2018), comunque in relazione a ciascun addebito effettuato in un periodo in cui non sarà ex adverso provata la presenza di un contratto di affidamento sul Conto (evidenziando la presenza negli estratti conti dell'applicazione di tassi extrafido per la quale dovrà ritenersi che le rimesse sono solutorie) e dell'azione di risarcimento del danno.

Nel merito, parte convenuta poi deduceva:

Circa il Conto corrente n. 3 (non potendosi configurare una successione dei precedenti contratti di conto corrente n. 1 e n. 2)

- il mancato assolvimento dell'onere probatorio a carico del correntista che deve provare i pagamenti e l'assenza di causa giustificativa, stante l'assenza degli estratti conto, analitici e scalari, anteriori all'anno 2000, alla cui data il conto presentava già un saldo a debito di L.298.365.716;
- per converso la pattuizione scritta delle condizioni economiche con la regolare sottoscrizione da parte della ██████████ dei contratti del 10.02.2009, del 28.06.2012,

del 18.05.2004, del 05.05.2005 in aderenza a quanto previsto dall'art. 117 TUB; la lettera di concessione del 28.06.2012 (supra 2) contiene in realtà due contratti di affidamento: un primo per €925.000,00 a revoca, "a riduzione dell'importo della linea di credito di Euro 1.575.000,00 ... già concessaci in data 9.02.2009", di cui €75.000,00 utilizzabile per elasticità di cassa, €350.000,00 utilizzabile a fronte della presentazione di portafogli commerciali con mandato all'incasso, €500.000,00 utilizzabile per anticipazioni s.b.f.; nell'allegato al contratto, in cui sono specificate le singole linee, è chiaramente indicato che le linee di credito, oltre che sul Conto Corrente ordinario, possono essere usufruite "sul conto n. [redacted]"; un secondo per €250.000,00 a scadenza il 31.10.2012, il cui importo può essere utilizzato promiscuamente per presentazione di portafogli commerciali o documenti esteri, nonché per anticipi in euro o in divisa a fronte di operazioni di esportazione; anche in questo caso le linee possono essere usufruite sul Conto Corrente ordinario o "sul conto n. [redacted]"; peraltro, la "lettera di concessione della linea di credito" del 10.02.2009, che controparte non riesce a riferire ad alcun contratto, è invece chiaramente la "linea di credito di Euro 1.575.000,00" che è stata ridotta con il contratto del 28.06.2012. Tale affidamento, appunto per €1.575.000,00 a revoca, è utilizzabile per €75.000,00 per elasticità di cassa, per €1.000.000,00 a fronte della presentazione di portafogli commerciali con mandato all'incasso, e per €500.000,00 promiscuamente per anticipazioni s.b.f. e anticipi in euro o in divisa a fronte di operazioni di esportazione e, diversamente da quanto afferma l'attrice, contiene la pattuizione del tasso debitore per le varie linee. Lo stesso affidamento del 10.02.2009, del resto, è una riduzione di un precedente affidamento del 20.09.2005, non prodotto da controparte, ma la cui esistenza può ben considerarsi pacifica, visto che risulta da un documento sottoscritto e prodotto dall'attrice senza alcuna contestazione;

- la legittimità della clausola anatocistica per le capitalizzazioni operate dopo il 1.07.2000 su conti già esistenti (Conto corrente n.3) essendo sufficiente la comunicazione dell'adeguamento della Banca alla delibera CICR 9.02.2000 tramite avviso pubblicato su G.U. n. 150 del 29.06.2000 effettuato da [redacted] il periodo successivo al 1.01.2014, è irrilevante in causa posto il passaggio a sofferenza in data 28.02.2014;
- la legittimità degli interessi debitori sia sul conto corrente n.3 stante l'espressa pattuizione degli stessi nel contratto del 18.05.2004, nel contratto del 10.02.2009, nel

contratto del 18.06.2012 e nel contratto del 22.01.2013; sia sul conto [REDACTED] [REDACTED] (ex [REDACTED] [REDACTED]) stante la pattuizione espressa degli stessi nel contratto del 05.05.2005 nonché nei contratti del 28.06.2012; sia sul conto anticipi n. [REDACTED] per l'espressa pattuizione di detti interessi nel contratto del 18.05.2004;

- la legittima applicazione della commissione di massimo scoperto e l'assenza dei tassi usurari.

Circa il derivato Swap stipulato in data 18.01.2007

- La [REDACTED] in data 25.06.2004 ha stipulato un contratto normativo relativo ad operazioni di Interest rate swap, sottoscrivendo anche una dichiarazione di operatore qualificato (doc. 3 cit). In pari data l'attrice ha concluso un contratto IRS, con termine finale al 01.07.2009 (doc. 23), da affiancare a un mutuo chirografario "plafond Nord Ovest", e quindi con nozionale di €250.000,00 progressivamente ridotto a ciascuna scadenza (c.d. amortizing). In data 22.03.2005 la [REDACTED] ha concluso un derivato SWAP dal nozionale fisso (c.d. bullet) di €2.000.000,00, con data iniziale 30.06.2006 e scadenza iniziale al 30.06.2007, con regolazione dei flussi trimestrale (doc. 24), il quale ha comportato alle prime due scadenze solo flussi positivi per la cliente ed è stato estinto anticipatamente in data 17.02.2006; in data 18.01.2007 è stato quindi stipulato il derivato in causa (doc. 26), in sostituzione del precedente, con nozionale bullet di €2.000.000,00, alla cui stipula è stato riconosciuto un upfront alla [REDACTED] di importo pari al costo di estinzione del precedente derivato pari a €78.200,00. Da ciò deriva lo scopo speculativo della [REDACTED] stante la rinegoziazione del derivato (del 17.02.2006) - funzione che è necessariamente speculativa in quanto è diretto a ridurre o a differire nel tempo il concreto realizzarsi della perdita provocata dallo swap precedente - e la mancata indicazione della finalità di copertura dello stesso nel contratto, finalità che, invece, era presente nel derivato stipulato il 25.06.2004;

- di aver evidenziato all'attrice, da ritenersi operatore qualificato, la struttura contrattuale e i relativi rischi sin dal "*Documento sui rischi specifici dell'operazione accrual swap*", presente in calce ai contratti a partire da quello del 22.03.2005 ("il cliente può totalizzare una perdita addirittura maggiore del vantaggio finanziario eventualmente realizzato durante la vita dell'operazione");

- la non applicabilità del requisito di forma di cui all'art. 23 TUF ai contratti stipulati con operatori qualificati con la conseguenza della disapplicazione ai sensi dell'art. 31

Reg. Reg Intermediari Consob n. 11522 del 1998, nella disapplicazione delle “disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62”: I riferimenti avversari al regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 sono erronei, essendo chiaramente entrato in vigore dopo la stipulazione del derivato in causa. A fronte della stipulazione per iscritto sia del contratto normativo (doc. 3 cit) che della conferma del singolo contratto derivato (doc. 26 cit), la domanda di nullità ex art. 23 TUF è palesemente infondata.

- l'assenza di un'alea unilaterale e la relativa liceità della causa e dello scopo contrattuale: la ██████████ strutturalmente riceve flussi positivi dal derivato in causa nel caso in cui l'Euribor sia compreso fra il 3,65% e il 4,60%, valori prevedibili ex ante ed a cui l'Euribor è giunto poco dopo la conclusione del contratto, ossia nell'agosto 2008. La funzione di copertura “non incide sulla causa giuridica del contratto, che è lecita anche per i derivati speculativi”;

- l'infondatezza della violazione degli obblighi informativi ex art 21 TUF circa la comunicazione del Mark to Market comunque non imposta da alcuna norma al momento della stipula del contratto swap (il c.d. unbundling). Una tale regola può ritenersi vigente, come stabilito dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2.3.2009 (doc. 35), soltanto per i contratti stipulati con Clienti al Dettaglio in ambito post-MiFid.

- la carenza degli elementi assertivi della domanda di nullità, non derivabili dalla carenza di informazione (da cui potrebbe derivare solo responsabilità risarcitoria) e della domanda di annullamento non essendosi indicato se dolo (per il quale non basterebbe il silenzio) o errore;

- la genericità della richiesta risarcitoria formulata da parte attrice. I flussi negativi sono stati infatti causati dalla nota “caduta” dell'indice Euribor avvenuta nel periodo successivo alla crisi finanziaria, come ritenuto dalla giurisprudenza in casi simili: flussi non possono considerarsi un danno effettivo in quanto non sono stati sostenuti, essendo stati addebitati sul Conto Corrente n. 3, il cui saldo negativo finale non è stato interamente pagato.

- eccezione riconvenzionale: il quantum ripetitorio dovrà essere ridotto con le somme pagate dalla Banca in forza di tale contratto e così con i flussi positivi e l'upfront per totali €80.632,50, pacificamente incassati dalla [REDACTED]

Con ordinanza del 01.10.2019, questo Giudice, ritenendo di dover decidere sull'eccezione di compromesso sollevata dalla banca convenuta unitamente al merito, concedeva alle parti i termini 183, 6 co. c.p.c per il deposito delle memorie istruttorie.

La [REDACTED], alla quale la [REDACTED] srl in data 30.8.2018 aveva notificato rinuncia agli atti del giudizio, depositata agli atti come all.8 parte attrice, non si costituiva in giudizio.

All'udienza del 3.12.2018 la [REDACTED], con riferimento all'avversa eccezione di incompetenza parziale del Giudice adito, ribadiva le proprie eccezioni e difese e faceva nuovamente rilevare all'Ill.mo Giudice che il contratto depositato dalla controparte non inerisce in alcun modo all'operazione in derivati oggetto di giudizio. Il Giudice, dunque, si riservava di decidere in merito all'eccezione di incompetenza e concedeva alle parti termine fino al 15.1.2019 per il deposito di note sul punto.

Veniva dunque esperita la richiesta CTU contabile.

All'udienza del 20.12.2022, le parti precisavano le conclusioni e venivano concessi termini ex art 190 cpc per il deposito delle relative comparse conclusionali e memorie di replica.

OSSERVA IN DIRITTO

✓ *thema decidendum*

Giova premettere, ai fini della delimitazione del thema decidendum, che l'attrice ha instaurato il presente giudizio proponendo domande gradate di invalidità, annullamento o risoluzione, per inadempimento degli obblighi informativi, del contratto di swap del 18.01.2007 nonché domanda volta all'accertamento della nullità, illiceità e invalidità delle clausole e dei tassi applicati e per l'effetto rideterminare il saldo dei conti correnti n. [REDACTED] già [REDACTED] nell'importo di €649.377,96 alla data del 05.02.2014 (che tiene conto delle somme addebitate per le operazioni di swap) e condannare alla restituzione dell'indebito di €895.777,62 o alla diversa somma di giustizia.

Per contro, la Banca convenuta ha eccepito in via preliminare l'incompetenza del giudice ordinario a decidere sul derivato Swap stante la validità della clausola compromissoria, l'inammissibilità delle domande restitutorie relative ai conti correnti in quanto non indicate nelle 'attività' di cui alla proposta concordataria, il pagamento in moneta concordataria delle competenze asseritamente indebite di cui è stata chiesta la determinazione; l'inammissibilità delle domande di annullamento, risoluzione e nullità del contratto di swap in quanto già estinto il termine contrattuale; sollevando altresì eccezione di prescrizione e in subordine, chiedendo la compensazione delle somme incassate da [REDACTED] in forza del contratto pari a €80.632,50.

✓ *Eccezione preliminare: clausola compromissoria*

In via preliminare, parte convenuta eccepisce l'incompetenza del giudice ordinario per spettare la cognizione sulla presente controversia al collegio arbitrale previsto dall'art.15 del contratto del contratto normativo per operazioni di interest rate swap con operatori qualificati del 18.01.2007 (doc 3 della comparsa di costituzione).

L'eccezione di compromesso sollevata non è fondata in quanto il contratto normativo che contiene la clausola compromissoria non è datato ed è stato inviato e predisposto a [REDACTED] da [REDACTED] e non da [REDACTED] spa cui è imputabile il contratto di swap contestato del 18.01.2007.

La stessa convenuta nelle note autorizzate al fine di valutare la conducenza del citato contratto normativo alle operazioni di investimento sub iudice rappresenta che [REDACTED] con atto notaio [REDACTED] in data 20.10.2008 rep. 47912/13013 (doc. 38), si sia fusa in [REDACTED], il cui ramo corporate è stato nella medesima data conferito alla [REDACTED] d'impresa con atto notaio [REDACTED] rep. 47919/130203. A partire dal 20.10.2008 i rapporti in carico a [REDACTED] sono passati a [REDACTED] d'Impresa come provato dagli stessi estratti conto avversari del Conto Corrente n. 3 (doc. 3 ctp, sub. "L", parte 2), in quanto riportano fino all'ottobre 2008 l'intestazione "[REDACTED] [REDACTED]" e, dal novembre 2008, "[REDACTED]".

Orbene, non può aderirsi alla tesi di [REDACTED] per la quale "quantomeno a partire da tale data, il derivato in causa, con scadenza finale al 31.01.2012, è stato quindi regolato dal contratto normativo prodotto sub doc. 3 cit" posto che un contratto normativo deve essere ovviamente precedente e non successivo alle singole operazioni.

E' documentale che il contratto di swap contestato è quello del 18.01.2017, di cui si deduce il carattere speculativo per essere stato concepito in sostituzione di precedente contratto di swap sempre stipulato con [REDACTED], assorbita da [REDACTED] solo successivamente. Il doc. 3 non è stipulato con [REDACTED] non è evidentemente conferente con l'operazione di swap in contestazione (così pure la lettera di conferma del 25.06.2004 stipulata in relazione a swap contratto da [REDACTED] con [REDACTED] – doc. 23).

Pertanto, l'eccezione deve essere rigettata.

✓ *La pretesa rinuncia derivante dall'esecuzione della proposta concordataria*

Va disattesa ogni assimilazione in punto di estinzione/rinuncia presuntiva di ogni pretesa tra il bilancio di liquidazione di società da cancellarsi e la proposta concordataria che, peraltro, era in continuità.

La tesi per la quale la [REDACTED] srl avrebbe implicitamente rinunciato ad ogni contestazione del credito di parte convenuta, avendo proposto domanda di concordato preventivo asseritamente senza procedere ad alcuna contestazione del credito della banca né chiedere l'accantonamento delle somme fino all'accertamento definitivo del giudizio è suggestiva ma smentita dalla giurisprudenza e dalla ricostruzione sistematica dell'istituto concordatario.

Invero, la Suprema Corte in sede di regolamento di competenza relativo alla ritenuta incompetenza del Tribunale di Roma a decidere in ordine alla contestazione da parte del debitore ammesso al concordato sull'esigibilità di un credito, ha affermato la competenza del Tribunale di Roma in ordine alla decisione sull'esistenza del credito, non rilevando neppure la litispendenza relativamente alla causa pendente avverso il rigetto del GD, confermato in sede di reclamo, di negare l'accantonamento delle somme fino all'accertamento definitivo in sede di cognizione ordinaria. Ha, quindi, riaffermato, nel solco di precedente giurisprudenza, che "la L. fallimentare non prevede alcuna competenza di carattere generale del tribunale di cui all'art. 161 c.p.e., comma 1, (avanti al quale è cioè proposta la domanda di concordato), con riguardo alle azioni volte ad accertare diritti od obblighi dei creditori concordatari: è significativo, in proposito, che le questioni relative all'esistenza, all'ammontare e al rango dei crediti siano suscettibili di accertamento giurisdizionale al di fuori del concordato, al quale è estraneo un

procedimento di verifica dei crediti; infatti, la sentenza di omologazione del concordato preventivo, per le particolari caratteristiche della procedura che ad essa conduce, non esclude la possibilità di far accertare in via ordinaria, nei confronti dell'impresa in concordato, il proprio credito ed il privilegio che lo assiste, dal momento che l'eventuale accertamento sull'entità e sulla natura dei crediti ammessi in seno al giudizio di omologazione ha natura esclusivamente deliberativa, onde consentire il necessario calcolo delle maggioranze (Cass. 25 settembre 2014, n. 20298; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2780; Cass. 14 febbraio 2002, n. 2104). Ne discende che una volta completata, con la sentenza di omologazione, la procedura di concordato preventivo, tutte le questioni che hanno ad oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore, e che attengono all'esecuzione del concordato, danno luogo a controversie che sono sottratte al potere decisionale del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione, da promuoversi, da parte del creditore o di ogni altro interessato, dinanzi al giudice competente (Cass. 14 giugno 2016, n. 12265; Cass. 18 giugno 2008, n. 16598). (...) Il fatto che la L. fall., art. 180, comma 6, assegni al tribunale il compito di disciplinare gli accantonamenti dei crediti contestati non ha alcuna attinenza con l'azione ordinaria diretta ad accertare se il debitore sia effettivamente tenuto ad adempiere: azione che per l'appunto investe questione estranea a quelle riservate agli organi della procedura concorsuale (cfr. Cass. 18 giugno 2008, n. 16598, in motivazione) (Cass. VI, n. 31659/21).

Invero, “Nel procedimento di concordato preventivo manca, infatti, un procedimento di verifica dei crediti di natura giurisdizionale, quale è previsto nel fallimento” e “processi di cognizione che riguardano i beni compresi nella massa ed i debiti dell'imprenditore devono, conseguentemente, svolgersi secondo gli ordinari criteri di competenza e nell'osservanza della disciplina del giudizio ordinario di cognizione (...)La verifica dell'entità e del rango dei crediti ammessi al voto, da effettuare per accertare se le maggioranze prescritte siano state raggiunte - e se, di conseguenza, il giudizio di omologazione è stato validamente instaurato - va svolto esclusivamente a questo scopo. La verifica in ordine all'entità ed alla natura dei crediti ammessi è strumentale al solo fine del calcolo delle maggioranze, quindi, ha natura meramente deliberativa e non preclude l'instaurazione di un successivo ordinario giudizio di cognizione, avente ad oggetto l'accertamento dell'importo e del rango, privilegiato o chirografario, del credito (cfr. Cass. Cassazione civile sez. I, 18/06/2008, (ud. 26/05/2008, dep. 18/06/2008), n.16598).

Pertanto, non solo non vi è alcun accertamento giudiziale né rinuncia implicita alla contestazione del credito indicato dalla proposta concordataria ma non è neppure richiesta la previa contestazione in sede di concordato quale condizione di procedibilità dell'azione di cognizione ordinaria, non potendosi parlare neppure di violazione della par condicio in assenza di una graduazione giudiziale del passivo.

Ne deriva che anche questa eccezione deve essere disattesa.

✓ *In ordine all'operazione di SWAP del 18.01.2007*

Appare, tuttavia, preliminarmente opportuno ricostruire il contenuto e le modalità di funzionamento dei contratti derivati.

Secondo la definizione maggiormente in uso - adottata, peraltro, dalla Consob in alcune sue delibere - lo swap è il 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 base al tipo di parametro o variabile di mercato preso in considerazione per determinare la natura dei flussi di cassa, che genera differenti combinazioni di contratti, si possono distinguere: swap su valute (currency swap), swap su merci (commodity swap); swap sul rischio di credito e swap su tassi di interesse.

La forma più semplice di IRS è quella denominata Plain vanilla (o fixed to floating interest rate swap). Nel plain vanilla le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi.

In realtà, non avviene mai lo scambio delle intere cedole di interessi, ma soltanto del differenziale generato fra interessi a debito ed a credito.

Per quel che interessa in questa sede, il contratto di swap su tassi di interessi - denominato anche interest rate swap o IRS - si configura allorché 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 (detto capitale "nozionale", che non è oggetto di scambio tra le parti), per tutta la durata del contratto. In altre parole, con tale contratto, le parti si impegnano a versare e a riscuotere a date prestabilite importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed

uno variabile). L'opzione cap (letteralmente "cappello") è una opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione floor (letteralmente "pavimento"), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile, e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. Il contratto di swap può essere stipulato sia al fine di perseguire una finalità di copertura (con l'obiettivo di contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziario), sia al fine di perseguire una finalità puramente speculativa (con l'obiettivo di guadagnare "scommettendo" sull'evoluzione dei tassi). Indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di swap è un contratto aleatorio che si desume anche dal dato normativo offerto dall'art. 23 comma 5 del TUF che statuisce che "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. Lo schema contrattuale ha quindi il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio con i contraenti, che sono ab origine portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso. Al momento della conclusione del contratto, i due tassi dovrebbero avere uguale quotazione e medesima prospettiva futura di evoluzione. In astratto, quindi, il derivato dovrebbe configurarsi come "par" ("I contratti par sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti sono agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti. I contratti non par, invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. In generale, i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti pur di incassare la somma di denaro; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up-front." - Relazione del 18 marzo 2009 del Direttore Generale protempore della Consob Antonio Rosati alla 6a Commissione Finanze e Tesoro del Senato "Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni"; "Un contratto di IRS si dice: par quando il "tasso parametro cliente" e il "tasso parametro banca" sono definiti in maniera

tale che il present value (valore attuale) dei pagamenti a carico del cliente risulti uguale a quello dei pagamenti a carico della banca. In tale ipotesi il contratto di IRS ha un valore attuale dei flussi finanziari nullo per entrambi i contraenti; not par, quando il “tasso parametro cliente” e il “tasso parametro banca” sono definiti in modo tale che il present value dei pagamenti a carico del cliente risulti superiore al valore attuale dei pagamenti a carico della banca. Ciò implica che, sulla base dei dati ed aspettative circa l’andamento dei tassi disponibili alla data di sottoscrizione, il cliente sosterrà complessivamente delle perdite finanziarie correlate all’IRS mentre, corrispondentemente, la banca conseguirà un guadagno finanziario. L’incertezza del futuro prezzamento dei valori a cui i differenziali sono indicizzati e la connessa alea devono rappresentare un rischio presente e reale in capo ai 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 ed il presupposto della sussistenza di un’apprrezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti giustifica il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l’operazione atipica posta in essere. Tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo swap con funzione di copertura, quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con l’avvertenza che nello swap che nasce con dichiarata funzione di copertura la valutazione circa l’eventuale squilibrio dell’alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l’operazione sottostante di finanziamento, l’interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell’intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell’interesse dell’investitore.

Ciò posto, l’Organo di vigilanza dei mercati finanziari, la CONSOB, con la Direttiva 26 febbraio 1999, n. 9901391 ha chiarito che, affinché le operazioni su derivati possano essere considerate di copertura, è necessario che: a) “le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (c.d. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia etc.) dell’oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari, e siano approvate anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno”.

Conseguentemente, come correttamente rilevato dall'ausiliare del giudice, affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di copertura è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; 4) la durata del debito e quella dell'IRS.

Come è noto, l'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 individua come operatore qualificato, tra gli altri, "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante". Dal rivestire tale qualifica discende l'inapplicabilità di numerose prescrizioni, come dispone l'art. 31, comma 1, del citato regolamento, vale a dire la previsione della forma scritta D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 23, la disciplina del conflitto di interessi (art. 27 reg. Consob), gli obblighi di informazione attiva e passiva (art. 28 reg. Consob), le previsioni in tema di operazioni inadeguate (art. 29 reg. Consob). La legge prevede forme di tutela differenziata, sulla base della vigilanza regolamentare svolta dalla Consob, riconoscendo la necessità di graduare la tutela giuridica offerta alla clientela degli intermediari finanziari, in particolare nei casi in cui il cliente sia già, di per sé, in grado di riconoscere e valutare le caratteristiche e i rischi specifici dell'operazione finanziaria proposta dall'intermediario. Il vigore dell'analogo disposto di cui all'art. 13 del regolamento Consob approvato con delibera 2 luglio 1991 n. 5387, è sufficiente, ai fini dell'appartenenza del soggetto alla categoria delle persone giuridiche aventi la veste di operatore qualificato, l'espressa dichiarazione scritta richiesta dal regolamento, la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso e permette al giudice ex art. 116 c.p.c. di ritenere sussistente detta qualità (Cass. 26 maggio 2009, n. 12138).

Tuttavia, come si è visto, la dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta da [redacted] a favore di [redacted] di cui al documento n. 3, è priva di data e non si può riferire al contratto IRS del 18.01.2007: peraltro, manca un accordo quadro relativo ai contratti stipulati da [redacted] con [redacted].

Peraltro, non tale dato non si ritiene sufficiente a ritenere la nullità del contratto di IRS per difetto di forma scritta, in quanto il singolo contratto stipulato il 18.01.2007 sembra

contenere il regolamento indispensabile per il rapporto: sono specificati i tassi parametro particolari, le rispettive scadenze ed il nozionale; il meccanismo delle liquidazioni periodiche, che sarebbero state regolate sul conto corrente ordinario; veniva evidenziato che il cliente poteva totalizzare una perdita addirittura maggiore del vantaggio finanziario eventualmente realizzato durante la vita dell'operazione. Cassazione civile sez. I, 15/07/2021, (ud. 26/03/2021, dep. 15/07/2021), n.20249). Inoltre, non è contestato tra le parti che la ██████████ avesse già stipulato altri contratti swap.

Invero, deve invece essere deliberata la sussistenza della causa in concreto del contratto e della meritevolezza dello stesso sotto il profilo dell'alea razionale bilaterale.

Parte convenuta sostiene che il contratto avesse finalità speculativa e non di copertura in quanto lo stesso sostituiva, con scadenza quinquennale, un precedente contratto swap di durata triennale che aveva condotto ad una perdita di oltre €79.000 e l'up front era proprio costituito da una somma pari alla perdita maturata che veniva, con ciò, posticipata.

Tuttavia, nel contratto de quo si indica che "l'accrual swap non consente una perfetta copertura dal rischio di oscillazione dei tassi", facendo, quindi, riferimento ad una funzione di copertura e, del resto, risulta ben poco speculativo un investimento che muova dalla necessità di posticipare il pagamento di una perdita.

Invero, si deve ritenere che il contratto de quo non prevedesse un'alea proporzionata e razionale per la ██████████ in assenza di una chiara informazione sul valore attuale del contratto: invero si legge "Data la peculiarità di questi strumenti, qualora di intenda estinguere anticipatamente il contratto prima della scadenza concordata, l'operazione sarà valorizzata a mark to market ovvero in funzione dei livelli di mercato del momento".

Da una parte, quindi, in presenza di un up front non riconosciuto perché utilizzato a copertura di una precedente esposizione pari a €79.000, si è in presenza già in tesi di un swap non par; dall'altra, non viene data alcuna informazione in ordine né agli scenari previsionali né alle modalità di calcolo del tasso variabile in capo alla banca.

Come spiegato nella consulenza di parte, il tasso variabile è previsto quale prodotto dell'Euribor per una frazione costituita al numeratore dal numero dei giorni lavorativi e al denominatore dal numero dei giorni in cui il tasso euribor risulta compreso tra 3,50 e 4,60%. Di talché in tutti i periodi in cui non vi siano giorni in cui il tasso Euribor è pari a tale range, il tasso della banca è pari a zero e lo spread in capo alla società è pari all'intero tasso fisso (come è avvenuto costantemente a decorrere dal 31.07.2008).

Invero, la banca ha ottenuto grazie al contratto di swap circa €287.000 mentre la correntista solo €2.432 cui deve essere aggiunto l'up front di €78.000 utilizzato per la copertura di precedente perdita da altra operazione di swap.

Peraltro, la mancata funzione di copertura si desume anche dal mancato collegamento del nozionale di €2 milioni con l'entità e la tempistica dell'esposizione debitoria, non essendo stata adeguatamente provata da parte convenuta che il nozionale facesse riferimento non alla esposizione nei confronti della banca ma ad una esposizione debitoria complessiva nei confronti dell'intero sistema bancario (macroedging).

Orbene, nel solco della pronuncia a S.U. del 2020, la Suprema Corte è tornata sulla sua questione squisitamente giuridica, avente ad oggetto la validità dei predetti contratti per difetto di causa o indeterminatezza dell'oggetto, in relazione alla mancata indicazione dei criteri per la determinazione del valore del mark to market, affermando 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. 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 mancanza di un'adeguata caratterizzazione causale, l'affare è connotato da una irrisolutezza di fondo, che renderà nullo il relativo contratto, in quanto non contraddistinto da un profilo causale chiaro e definito. Per quanto la meritevolezza di tutela del contratto vada apprezzata ex ante, e non già ex post, non potendosi far dipendere la liceità del contratto di swap dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore, né utilizzare il giudizio di meritevolezza a fini di riequilibrio equitativo del contratto (cfr. Cass., Sez. I, 6/09/2021, n. 24014; 13/07/2018, n. 18724), la Suprema Corte ritiene necessario un approfondito esame delle condizioni concordate tra le parti, in modo tale da verificare e della necessità, posta in risalto dalle Sezioni Unite, che gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market (e, quindi, gli scenari probabilistici) siano resi preventivamente conoscibili da parte dell'investitore,

ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, in assenza del quale la causa del contratto resta sostanzialmente indeterminabile e, quindi, nullo.

Nel caso concreto, come si è detto, l'indeterminatezza dell'alea si desume sia dalla mancanza di una chiara finalizzazione del contratto sia dall'assenza di elementi dai quali desumere che le parti abbiano avuto comune cognizione degli scenari probabilistici e degli stessi effetti delle modalità di calcolo del tasso di interesse a carico della banca, non essendo invero esplicitato neanche il mark to market.

Deve, in conclusione, essere accertata la nullità del contratto di swap stipulato in data 18.01.2007.

✓ *Ripartizione dell'onere della prova e saldo zero*

Appare opportuno evidenziare alcuni fondamentali principi sulla ripartizione dell'onere della prova in fattispecie quali quella per cui è causa.

Ed invero, nei giudizi promossi dal "cliente" –correntista o mutuatario- per far valere la nullità di clausole contrattuali o l'illegittimità degli addebiti in conto corrente, in vista della ripetizione di somme richieste dalla Banca in applicazione delle clausole nulle o, comunque, in forza di prassi illegittime, grava senz'altro sulla parte attrice innanzitutto l'onere di allegare in maniera specifica i fatti posti alla base della domanda e, in secondo luogo, l'onere di fornire la relativa prova.

Infatti, in ossequio alle regole generali in tema di onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in caso di ripetizione di indebito incombe all'attore fornire la prova non solo dell'avvenuto pagamento ma anche della mancanza di causa debendi ovvero del successivo venir meno di questa (cfr. ex multis Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7501 del 14/05/2012, Rv. 622359 – 01, secondo cui "*Chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell' "accipiens" l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta*").

Sicché, **il correntista** che intenda far valere il carattere indebito di talune poste passive – assumendo che le stesse siano il portato dell'applicazione di interessi usurari o di clausole imposte unilateralmente dalla Banca a seguito di illegittimo esercizio di ius variandi, ovvero dell'addebito di spese, commissioni o altre "voci" non dovute- **ha lo specifico**

onere di produrre non solo il contratto costituente il titolo del rapporto dedotto in lite, ma anche gli estratti conto periodici dalla data di avvio del rapporto.

Ne consegue che, nel caso di specie, la parte attrice è, innanzitutto, gravata dell'onere di provare il contenuto delle clausole contrattuali asseritamente "nulle", nonché l'avvenuto pagamento di somme indebite.

Peraltro, in una recente pronuncia la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare che *“Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi.* (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto non provato l'intero andamento di un rapporto ultraventennale, avendone il correntista, gravato del corrispondente onere per aver agito ex art. 2033 c.c., prodotto, tardivamente, solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli relativi all'ultimo decennio depositati dalla banca, non risultando nemmeno incontroverso il saldo ad una determinata data)”, (Cass. Sez. I - , Sentenza n. 20693 del 13/10/2016, Rv. 641850 - 02).

Ad ogni buon conto, non può non rammentarsi che, proprio con riferimento ai rapporti bancari, il legislatore accorda al “cliente” un utile strumento per ottenere dalla banca la documentazione relativa ai rapporti intrattenuti ed alle operazioni poste in essere.

Invero, già nell'art. 8 della legge n. 154 del 17 febbraio 1992 (Norme sulla Trasparenza bancaria), al comma quarto, era espressamente previsto il diritto del cliente di ottenere dalla banca copia della documentazione di ogni singola operazione posta in essere in relazione a determinati contratti bancari, quali quello di deposito e di conto corrente. In particolare, la disposizione citata così recitava: *“Il cliente ha diritto di ottenere, entro un congruo termine, e comunque non oltre sessanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere a partire dal quinto anno precedente nell'ambito di rapporti di deposito o conto corrente, con facoltà per gli enti e i soggetti di cui all'art. 2 di ottenere il rimborso delle spese”.*

Una maggiore tutela è stata, poi, contemplata dall'art. 119, ultimo comma, del D.Lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) che, nel testo vigente, prevede in particolare quanto segue: *“Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno il diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”*.

Con la disposizione da ultimo citata – nel testo modificato dall'art. 24 del D.Lgs. 4 agosto 1999 n. 342- il diritto, già riconosciuto espressamente dalla Legge sulla Trasparenza Bancaria, è stato notevolmente ampliato, a) con la previsione della facoltà di richiedere la documentazione inerente a qualsiasi contratto perfezionato; b) con l'ulteriore previsione per cui il “cliente” o i suoi aventi causa hanno il diritto di chiedere la documentazione delle operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni e non più soltanto di quelle degli ultimi cinque anni. A fronte di ciò, è stato ampliato e fissato in novanta giorni – e non più in sessanta – il termine entro il quale la banca deve evadere la richiesta di consegna della documentazione.

In un contesto di tal tipo, il “cliente-attore”, avendo uno specifico strumento per procurarsi la documentazione relativa alle operazioni poste in essere nell'ambito dei rapporti intrattenuti con la banca, in tanto può avvalersi del rimedio di cui all'art. 210 c.p.c., in quanto deduca e dimostri di essersi tempestivamente attivato per ottenere, ex art. 119 TUB, la consegna della documentazione bancaria necessaria per gli accertamenti richiesti e di non aver ottenuto fattivo riscontro.

Ciò detto, considerato che nel corso del giudizio, sono stati depositati:

- gli estratti conto e riassunti scalari dal 07.03.2002 (apertura) al 12.02.2009 (estinzione) relativi al conto corrente n. [REDACTED] ([REDACTED]) ([REDACTED]);
- estratti conto e riassunti scalari dal 30.05.2003 (apertura) al 12.02.2009 (estinzione) relativi al conto anticipi [REDACTED] ([REDACTED]);
- estratti conto e riassunti scalari dal 30.06.2002 al 30.06.2003 relativi al conto anticipi n. [REDACTED] [REDACTED];
- estratti conto e riassunti scalari dal 06.06.2002 (apertura) al 19.12.2003 (chiusura) relativi al conto anticipi n. [REDACTED] ([REDACTED]);

-estratti conto e riassunti scalari dal 16.01.2004 (apertura) al 28.02.2009 (estinzione) relativi al conto anticipi n. [REDACTED] 7 ([REDACTED]) (già [REDACTED]) (ad eccezione degli estratti conto III trim. 2008 e riassunti scalari IV trim. 2008);

-estratti conto e riassunti scalari dal 28.06.2002 (apertura) al 30.09.2008 relativi al conto anticipi n. [REDACTED] 3 ([REDACTED]);

-estratti conto e riassunti scalari dal 14.03.2002 (apertura) al 31.12.2008 relativi al conto anticipi n. [REDACTED] 2 (già [REDACTED]) (ad eccezione degli estratti conto);

-estratti conto e riassunti scalari dal 30.05.2003 (apertura) al 30.06.2008 relativi al conto anticipi n. [REDACTED] 2 ([REDACTED]) (già [REDACTED]);

- estratti conto e riassunti scalari dal 10.11.2004 (apertura) al 08.03.2006 (chiusura) relativi al conto anticipi n. [REDACTED] 5 ([REDACTED]);

-estratti conto e riassunti scalari dal 30.11.2000 al 28.02.2014 (chiusura) relativi al conto corrente n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED], già [REDACTED]);

-estratti conto e riassunti scalari dal 05.05.2005 (apertura) al 28.02.2014 (chiusura) relativi al conto anticipi n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]);

- estratti conto e riassunti scalari dal 21.05.2004 (apertura) al 30.06.2005 relativi al conto anticipi n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]);

-estratti conto e riassunti scalari dal 04.10.1993 al 13.02.2009 (chiusura) relativi al conto corrente n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]) - (doc 3 atto di citazione);

sono stati richiesti anche prima del presente giudizio da parte attrice estratti conto, rendiconti a scalare a copertura dell'intero periodo in corso di causa e copia dei contratti che, tuttavia, non risultano in atti, né tantomeno sono stati forniti in maniera completa dall'istituto bancario al correntista malgrado la missive inviate dalla [REDACTED] all'istituto bancario del 09.06.2014 con la quali veniva richiesta la documentazione bancaria ex art 119 TUB;

mancano, inoltre:

- gli estratti conto dalla data di apertura alla data di chiusura del 18.12.2003, nonché dei riassunti scalari e dei riepiloghi delle competenze al 30.09.2003 ed 18.12.2003, per il conto corrente anticipi n° [REDACTED];

- gli estratti conto completi dei riassunti scalari e dei riepiloghi delle competenze dal 01.10.2008 al 10.02.2009, per il conto corrente anticipi n° [REDACTED];
- gli estratti di conto corrente dal 14.03.2002 al 31.12.2008, degli estratti conto completi dei riassunti scalari e dei riepiloghi delle competenze dal 01.01.2009 al 11.02.2009 (data chiusura conto), per il conto corrente anticipi n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]);
- gli estratti di conto corrente dal 30.05.2002 al 30.06.2008, per il conto corrente anticipi n° [REDACTED];
- il riassunto scalare ed il riepilogo delle competenze al 30.06.1999 relativo al conto corrente ordinario [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]);
- il riassunto scalare ed il riepilogo delle competenze del 4° trimestre 2004 per il conto corrente ordinario n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED], già c.c. n° [REDACTED]);
- l'estratto conto completo dei riassunti scalari e del riepilogo delle competenze dal 30.06.2005 alla data di chiusura del conto del 09.09.2005 per il conto anticipo fatture n° [REDACTED]

è stata poi depositata la documentazione contrattuale:

- copia scheda firme conto corrente n. [REDACTED] del 30.11.1986; copia lettera concessione linea di credito sul conto corrente n. [REDACTED] del 28.06.2012;
- copia lettera concessione linea di credito datato 10.02.2009;
- copia accettazione condizioni generali del 18.05.2004 riferito al conto n. [REDACTED];
- copia contratto riferito al conto n. [REDACTED] del 05.05.2005 (doc 6 atto di citazione)
- conferma operazione di interest rate swap del 18.01.2007 (doc 7 atto di citazione)

È stata inoltre depositata da parte convenuta:

- ristipulazione conto n. ([REDACTED] del 22.01.2013 (doc 13 comparsa di costituzione);
- i documenti di sintesi del 28.06.2012 (doc 14 comparsa di costituzione);
- contratto Conto n. [REDACTED] del 7.03.2002 (doc 15 comparsa di costituzione).

Mancano i contratti relativi al :

- conto corrente anticipi n° [REDACTED];
- conto corrente anticipi n° [REDACTED];

- conto corrente anticipi n° [REDACTED];
- conto corrente anticipi n° [REDACTED]7 (già c.c. n° [REDACTED]);
- conto corrente anticipi n° [REDACTED]3;
- conto corrente anticipi n° [REDACTED]2 (già c.c. n° [REDACTED]);
- conto corrente anticipi n° [REDACTED];
- conto corrente anticipi n° [REDACTED]5
- conto corrente ordinario n° [REDACTED]1 (già c.c. n° [REDACTED]).
già c.c. n° [REDACTED] sino alla data del 10.02.2009

E' stata disposta una ctu contabile che è potuta partire nel ricalcolo dal saldo 0 alla data di chiusura dei rapporti quanto al conto corrente n. c.c. n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) (doc. 4); c.c. n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) (saldo negativo dei €39.366,88); c.c. n. n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) (saldo negativo di €154.093,03).

I saldi negativi negli ultimi due conti correnti sono stati mantenuti stante la richiesta della completa documentazione bancaria non integralmente esitata da [REDACTED] spa.

✓ *contratto di conto corrente e mancata pattuizione delle condizioni economiche*

L'art. 117, commi 1 e 3, TUB - e, prima della sua entrata in vigore, la L. n. 154/1992 - stabilisce che i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato al cliente e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

Il successivo art. 127 precisa che le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 23 TUF, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria, anche se manca il riferimento al rilievo d'ufficio del giudice.

Orbene, l'art. 117 TUB (dopo aver stabilito -ai commi 1 e 3- che i contratti sono redatti per iscritto e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo), al comma 4 prevede che "i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora".

Poi, il successivo comma 7 stabilisce che "in caso di inosservanza del comma 4 ... si applicano a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le

operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari”.

Sicché, nella ipotesi di cui al comma 3 dell’art. 117 TUB (inosservanza della forma scritta per il contratto con conseguente nullità totale del rapporto) non è previsto alcun tasso sostitutivo, che invece può trovare applicazione solo nella ipotesi di inosservanza del comma 4, come espressamente previsto. Del resto, il comma 7 dell’art. 117 TUB prevede una ipotesi di automatica sostituzione di clausola nulla a seguito della mancata indicazione del tasso di interesse: automatica sostituzione che presuppone, comunque, che un contratto, redatto per iscritto, vi sia.

Pertanto, nella diversa ipotesi di nullità totale del rapporto, derivante dalla mancata osservanza della forma prescritta, viene privata in radice di effetti l’intera operazione di autonomia privata impostata dai contraenti; ciò determina, come conseguenza, esclusivamente effetti restitutori con riguardo a tutte le prestazioni eseguite da entrambe le parti, ai sensi dell’art. 2033 c.c.

È evidente, quindi, che la forma scritta può dirsi carente quando manchi totalmente un documento contrattuale di apertura del rapporto, ovvero quando esso –pur presente- non sia sottoscritto da nessuna delle parti contraenti.

Nel caso in esame, i rapporti contrattuali ██████████ S.R.L. risultano essere i seguenti:

- conto corrente ordinario n° ██████████ 51 (già c.c. n° ██████████): acceso dalla società ██████████. il conto corrente è stato aperto in data 07.03.2002 ed è stato chiuso in data 12.02.2009;
- conto corrente anticipi n° ██████████ 2 acceso dalla società ██████████ S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 30.05.2003 ed è stato chiuso in data 12.02.2009
- conto corrente anticipi n° ██████████ acceso dalla società ██████████: non è stato depositato l’estratto conto di apertura, il primo movimento è del 30.06.2002 il conto è stato chiuso in data 18.12.2003;
- conto corrente anticipi n° ██████████ acceso dalla società ██████████ S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 06.06.2002 ed è stato chiuso in data 19.12.2003;

- conto corrente anticipi n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 16.01.2004 ed è stato chiuso in data 12.02.2009;
- conto corrente anticipi n° [REDACTED] acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 28.06.2002 ed è stato chiuso in data 10.02.2009;
- conto corrente anticipi n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 14.03.2002 ed è stato chiuso in data 10.02.2009;
- conto corrente anticipi n° [REDACTED] acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 30.05.2002, ultimo estratto conto depositato al 30.06.2008 con saldo a zero;
- conto corrente anticipi n° [REDACTED] acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 10.11.2004 ed è stato chiuso in data 08.03.2006;
- conto corrente ordinario n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 30.11.1986 ed è stato chiuso in data 13.02.2009;
- conto corrente ordinario n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED] [REDACTED] S.P.A. già c.c. n° [REDACTED] [REDACTED] S.P.A.): non è stato depositato il contratto di conto corrente e nemmeno l'estratto conto iniziale, pertanto la data di apertura del conto non è determinabile; il primo estratto conto depositato è al 30.11.2000; il conto corrente è stato chiuso per passaggio a sofferenza in data 05.02.2014;
- conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED] acceso dalla società [REDACTED] S.R.L.: il conto corrente è stato aperto in data 18.05.2004 ed è stato chiuso in data 09.09.2005;
- conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED] [REDACTED] S.P.A.): acceso in data 05.05.2005 e chiuso per passaggio a sofferenza in data 05.02.2014.

Per il conto corrente ordinario n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) il contratto del 07.02.2002 manca dell'indicazione del tasso di interesse passivo pertanto i conteggi sono stati effettuati al tasso sostitutivo di cui all'art. 117 TUB (nel testo antecedente il D.L.vo

n.141/10); per il conto corrente ordinario ° 5 [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) il contratto del 30.11.1986 manca dell'indicazione del tasso di interesse passivo, pertanto i conteggi sono stati effettuati al tasso legale (contratto stipulato prima del 9.7.92); per il conto corrente ordinario ° 5 [REDACTED] 31 (già c.c. n° [REDACTED] S.P.A. già c.c. n° [REDACTED] [REDACTED]) i conteggi sono stati effettuati ai tassi legali fino alla data di pattuizione contrattuale del 10.02.2009 e per il periodo successivo ai tassi risultanti negli estratti conto; per il conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED] e anticipi fatture n° [REDACTED] lo scrivente ha rilevato la pattuizione scritta del tasso di interesse passivo, pertanto non procede ad effettuare i conteggi ai tassi di cui all'art. 117 TUB.

✓ *Illegittima applicazione di interessi anatocistici*

Ebbene, prima di esaminare le conclusioni cui, nella specie, è pervenuto il ctu, occorre ricordare che, come noto, all'indomani del *revirement* della Suprema Corte che con **sentenza n. 2374/1999 aveva qualificato l'anatocismo bancario come uso negoziale e non normativo**, ritenendo quindi le dette clausole recessive a fronte del divieto di cui all'art. 1283 c.c. era intervenuto il legislatore delegato che con l'art. 25 D.Lgs 4.08.1999 n. 342 aveva modificato l'art. 120 t.u.b., al 2° co., aggiungendo: "Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori". Il 2° co. dell'art. 2 della cit. delib. CICR, a sua volta, dispone: "Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori".

Il medesimo articolo 25 al comma terzo aveva ad oggetto una previsione di carattere transitorio in forza della quale i contratti recanti clausole anatocistiche, stipulati anteriormente all'entrata in vigore della emananda delibera del CIRC, dovevano ritenersi valide ed efficaci fino a tale data.

In espletamento della potestà normativa attribuitagli dall'art. 120 comma 2 TUB (nella formulazione vigente fino al 31.12.2013) il **CIRC con delibera del 09.02.2000 entrata in vigore il 22.04.2000 ha regolamentato il fenomeno dell'anatocismo bancario**, affermando in primo luogo che nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari **gli interessi possono produrre a loro volta interessi**".

Di conseguenza, nel **periodo successivo al 2000 non può ritenersi che la capitalizzazione degli interessi passivi sia illegittima tout court**, dovendosi invece specificare l'eventuale violazione da parte della banca alle disposizioni normative in questione.

Tale quadro normativo, tuttavia, è **nuovamente mutato a decorrere dall'1.1.2014**. Infatti, da tale data, il vecchio testo dell'art. 120, comma 2, TUB è, stato modificato dalla L. n. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014), nel seguente modo: *"Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:*

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;

b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

La nuova norma pare assicurare solo la medesima scansione temporale (mensile, trimestrale, ecc.) della liquidazione degli interessi di tutte le operazioni di dare e avere, ma senza alcuna capitalizzazione. La lettera b) conferma questa lettura della lettera a) ed **vieta l'anatocismo degli interessi liquidati o, meglio, contabilizzati¹**.

Pertanto, la materia risulta regolata in via primaria dalla modifica all'art. 120 TUB, introdotta dalla Legge di Stabilità 2014, che **vieta la capitalizzazione degli interessi** e risulta norma sovraordinata rispetto alla Delibera CIRC del 2000 che, invece, in modo divenuto incoerente, disciplina le modalità di attuazione dell'anatocismo bancario.

Conformemente all'orientamento già espresso da questo Tribunale, deve ritenersi che la legge di stabilità 2014 sia certamente fonte normativa sovraordinata rispetto alla delibera del CICR del 9.2.2000 e pariordinata e abrogante rispetto al D.Lgs. n. 342/1999 che aveva delegato al CICR l'intervento normativo su modalità e tempi della capitalizzazione degli interessi in deroga al divieto di anatocismo dell'art. 1283 cod. civ.

¹ Poi, a pochi mesi di distanza, nel giugno 2014, il legislatore ha ulteriormente modificato il secondo comma dell'art. 120 del TUB con il Decreto Competitività, entrato in vigore immediatamente dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. È stata, di fatto, riaffermata la legittimità dell'anatocismo bancario delegando al CICR il compito di stabilire modalità e criteri per la generazione di interessi sugli interessi maturati su base annua. Tale modifica tuttavia non è stata confermata dalla legge di conversione del Decreto Competitività ed è pertanto priva di effetto.

Di conseguenza, a partire dall'1.1.2014 il legislatore abroga in parte qua il precedente assetto normativo, negando in radice la possibilità che al termine dell'anno, o del periodo di capitalizzazione previsto (attualmente il trimestre), gli interessi maturati possano andare a costituire capitale soggetto a sua volta ad applicazione di interessi. Secondo questa interpretazione, coerente con la finalità di dare continuità all'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, **sugli interessi calcolati a partire dal 2014 non sono più applicabili ulteriori interessi nei trimestri successivi a quello di maturazione**, o comunque nei periodi successivi alla capitalizzazione, intesa come accorpamento degli interessi al capitale, per cui capitale ed interessi devono rimanere separati nei conteggi periodici.

Trattandosi di norma non retroattiva, questa trova applicazione anche per i contratti conclusi prima del 31.12.2013 (avendo questi natura di contratti di durata destinati a produrre per lungo tempo i loro effetti), ma opera con riferimento alle operazioni compiute a partire dall'1.1.2014.

La questione, di cui, più specificatamente si controverte nella presente causa e che ha motivato attiene, tuttavia, alla possibilità di ritenere soggetti alle misure di adeguamento di cui all'art. 7 della Delibera CIRC 09.02.2000 i contratti stipulati anteriormente al 2000 senza la necessaria rinegoziazione della clausola.

Infatti, la citata delibera CICR del 9 febbraio 2000 ha previsto che «nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori» (art. 2, comma secondo), specificando, altresì, che «le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto». La delibera ha altresì dettato una disciplina in tema di adeguamento dei contratti stipulati nel periodo antecedente all'entrata in vigore della delibera medesima. E, infatti, l'art. 7 «disposizioni transitorie» prevede che «le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio».

Il punto oggetto di discussione attiene alle modalità di adeguamento da parte della Banca. «Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, **entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via**

generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000» (secondo comma). Il terzo comma dell'art. 7 stabilisce, infine, che **«nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela».**

In buona sostanza, si tratta di decidere se in caso di previa capitalizzazione asimmetrica determinata dall'applicazione degli usi ritenuti normativi poi degradati dalla nota sentenza della Suprema Corte del 1999 e colpiti da nullità, con conseguente non debenza di alcun interesse anatocistico, la banca possa adeguare le modalità di capitalizzazione con pari periodicità mediante la mera pubblicazione sulla G.U. o sia costretta ad ottenere una specifica approvazione per iscritto avendo come termine di comparazione proprio il regime conseguente alla dichiarata nullità dell'applicazione tralasciata di interessi anatocistici.

Orbene, su detta questione prende specificatamente posizione la pronuncia della Suprema Corte n. 26769/2019: la stessa premette che con il declassamento da uso normativo ad uso negoziale della prassi bancaria in materia di anatocismo operato dalle SS.UU. è venuta meno ogni legittima deroga in quell'ambito all'art. 1283 c.c. e le relative clausole, in guisa delle quali gli interessi debitori venivano periodicamente capitalizzati, sono state travolte dalla nullità per contrasto con la norma codicistica. **Sicché per i contratti stipulati in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola**, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione. Sulla questione dell'adeguamento operato dalla Banca secondo le disposizioni recate dalla ricordata Delib. del CICR, mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, la Suprema Corte eccepisce che "l'art. 7 della citata Delib. CICR, cui si riporta la ricorrente, è una norma transitoria che, ancorché inserita nel contesto di un atto deliberativo assunto dal CICR a mente dell'art. 120, comma 2 TUB, come aggiunto dal D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 2, si correla, per comunanza di fini, al D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3, introduttivo nel medesimo art. 120 TUB del comma 3, sicché essendosi di questo dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, la detta norma è stata privata di efficacia e la nullità dell'anatocismo bancario per come praticata, che con il D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3, si era tentato di comprimere, ha ripreso tutto

il suo innato vigore.(...) se la clausola di capitalizzazione degli interessi a debito è affetta da nullità, sembra difficile negare che l'adeguamento alle disposizioni della Delib. CICR delle condizioni in materia figuranti nei contratti già in essere, comportando una regolazione ex novo dell'anatocismo, segnatamente laddove esso si riverberi in danno delle posizioni a debito, non determini un peggioramento delle condizioni contrattuali. Ed allora la norma applicabile non sarà quella dell'art. 7, comma 2 Delib. CICR - già di per sé, qui caducata di ogni efficacia per quanto osservato in precedenza - ma quella del medesimo art. 7, comma 3 ("Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela").

Tale posizione è stata ribadita anche dalla recente sentenza n. 17634 del 21/06/2021, (ud. 12/01/2021, dep. 21/06/2021) che recita:

“nei contratti di conto corrente bancario stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, pur non avendo interessato il comma 2 di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come consentito dal comma 2 dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione (cfr. Cass., Sez. I, 19/05/2020, n. 9140; 21/10/2019, nn. 26769 e 26779). A sostegno di tali conclusioni, si è osservato che a) la pronuncia di incostituzionalità ha investito il solo tema della validazione delle clausole anatocistiche fino al momento in cui è divenuta operante la delibera 9 febbraio 2000, ma non ha direttamente inciso sull'attribuzione al CICR del potere di regolamentare il transito dei vecchi contratti nel nuovo regime, b) la portata retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità impone tuttavia di considerare nulle le clausole anatocistiche inserite in contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR, c) la circostanza che la delibera sia stata adottata anteriormente alla pronuncia d'incostituzionalità non

comporta che, ai fini del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera, possa conferirsi rilievo all'applicazione di fatto delle predette clausole, prescindendo dall'invalidità delle stesse, d) la comparazione non deve avere ad oggetto le condizioni contrattuali nel loro complesso, ma solo la clausola anatocistica, da valutarsi in relazione al principio della pari periodicità nel conteggio degli interessi, stabilito dall'art. 2, comma 2, della delibera, e) in mancanza di una clausola valida che preveda, per almeno una delle due tipologie di interesse (attivo o passivo) una capitalizzazione da attuarsi con una data frequenza, è impossibile stabilire se il predetto criterio sia favorevole o sfavorevole per il correntista”.

Tuttavia, tale prospettazione è stata sottoposta a critica da parte della giurisprudenza di merito cui si intende aderire.

Invero, deve essere evidenziato che, successivamente all'emanazione della delibera CICR del 2000 è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo - in riferimento all'art. 76 cost., per eccesso di delega rispetto all'art. 1, quinto comma, l. 24 aprile 1998 n. 128 - l'art. 25, terzo comma, d.lg. 4 agosto 1999 n. 342, con cui erano state dichiarate valide ed efficaci le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera stessa (Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425). Si è, quindi, impedita la sanatoria ex lege dell'applicazione pregressa della prassi bancaria dell'anatocismo.

Tuttavia, la richiamata pronuncia di incostituzionalità - per come anche riconosciuto dalla recente Cass., 19 maggio 2020, n. 9140 sulla quale si tornerà diffusamente infra - non ha interessato quella parte dell'art. 25, comma 3, con cui è stato regolamentato l'adeguamento dei vecchi contratti alle prescrizioni della delibera CICR: infatti, la pronuncia del giudice delle leggi si è fondata sull'eccesso di delega (rispetto alla l. 24 aprile 1998, n. 128, art. quinto comma), avendo la Corte costituzionale escluso «che la suddetta delega legittimi una disciplina retroattiva e genericamente validante».

Appare, anzi, manifesto che l'intervento caducatorio riguardasse il solo regime di sanatoria che il legislatore aveva previsto per il periodo che precedeva proprio l'entrata in vigore della delibera CICR. Al riguardo, il venir meno della «continuità logica con la delega», con la conseguente rottura della «necessaria consonanza che deve intercorrere tra quest'ultima e la norma delegata», è stato individuato dal giudice delle leggi in ciò: «il

legislatore delegato, da un lato sancisce (pro praeterito), per qualsiasi tipo di vizio, una generale sanatoria delle clausole anatocistiche illegittime contenute nei contratti bancari anteriori al 19 ottobre 1999, con effetti temporalmente limitati sino al 22 aprile 2000 (data di entrata in vigore della Delib. del CICR); dall'altro attribuisce (pro futuro), sia pure nell'identico limite temporale, la stessa indiscriminata "validità ed efficacia" alle clausole poste in essere nel periodo tra il 19 ottobre 1999 ed il 21 aprile 2000» (Corte Cost. 17 ottobre 2000, n. 425 cit.). Occorre considerare, in proposito, che nelle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di una norma di legge, la statuizione precettiva avente valore di accertamento costitutivo ed estintivo con efficacia erga omnes è contenuta nel dispositivo della sentenza, da ritenersi, peraltro, posto in rapporto di correlazione necessaria con la motivazione le volte in cui soltanto quest'ultima consenta di determinare con precisione, al fine di individuare l'esatta portata e il preciso oggetto della pronuncia, quali disposizioni di legge debbano ritenersi caducate (Cass. 17 dicembre 2004, n. 23506).

Escluso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale abbia investito, direttamente, le modalità di adeguamento dei contratti in essere (avendo avuto ad oggetto, in via esclusiva, la sanatoria dei contratti già stipulati per il solo periodo antecedente alla delibera CICR), questa Sezione del Tribunale di Roma ha costantemente stabilito che la «comparazione» richiesta dal terzo comma della delibera in esame - la quale, come più volte segnalato, prevede la necessità di approvazione da parte del cliente nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali «comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate» - vada eseguito prendendo a riferimento le condizioni di fatto, concretamente applicate, e non le clausole negoziali inserite nei contratti anteriori che, sulla base della giurisprudenza formatasi a partire dal 1999, devono essere considerate nulle. Conseguentemente, questa Sezione ha più volte evidenziato che, salvo casi particolari, il «passaggio» da un regime (sia pure in punto di fatto) di capitalizzazione con periodicità diversa a sfavore del cliente (essendo trimestrale per gli interessi debitori ed annuale per gli interessi attivi) ad un regime di pari periodicità successivo alla delibera CICR costituisca un miglioramento della situazione.

Secondo la difesa di parte attrice, invece, l'adozione dell'anatocismo, ancorché in regime di pari periodicità, per il periodo successivo all'aprile 2000, costituirebbe una condizione oggettivamente peggiorativa rispetto al regime naturale precedente, regime che andrebbe individuato non già nelle condizioni concretamente applicate dall'istituto bancario, ma in

quello derivante dalla nullità delle clausole contrattuali che consentivano l'anatocismo bancario. In particolare, tale impostazione si rifà ad un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, che è necessario ripercorrere, al fine di meglio chiarire la diversa posizione del Tribunale.

Ebbene, tale orientamento (si segnalano Cass., 21 ottobre 2019, n. 26769 e Cass., 21 ottobre 2019, n. 26779, e, soprattutto, la già richiamata Cass., 19 maggio 2020, n. 9140, diffusamente motivata), pur ribadendo che la pronuncia di incostituzionalità non ha messo in discussione il potere regolamentare del CICR relativamente al transito dei contratti precedenti al nuovo regime, ha evidenziato che ciò non implica che detta incostituzionalità abbia mancato di incidere sulla portata della delibera del 9 febbraio 2000, che di tale potere regolamentare ha costituito espressione. E, infatti, nella situazione determinatasi a seguito della nominata pronuncia di incostituzionalità, l'operazione di raffronto, imposta dalla delibera, tra le condizioni precedentemente applicate e le nuove si dimostrerebbe inattuabile. In altre parole, la disciplina transitoria di cui all'art. 7 della delibera non sarebbe più, in concreto, in vigore con la conseguenza che l'unica possibilità di inserire nei contratti precedenti una clausola anatocistica (con pari periodicità) sarebbe stata quella di pervenire ad una nuova pattuizione.

In buona sostanza, la Suprema Corte ritiene che in presenza di indebita capitalizzazione nulla a seguito della nota sentenza, la regolamentazione della capitalizzazione simmetrica debba passare necessariamente per una negoziazione della clausola e non possa bastare la pubblicazione in G.U. da parte della banca dell'adeguamento nel senso della pari periodicità della capitalizzazione.

In realtà, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità poggia su un assioma costituito, sostanzialmente, dalla individuazione di una sorta di rapporto di «pregiudizialità» tra la proposizione normativa oggetto di dichiarazione di incostituzionalità che «sanava» le clausole anatocistiche contenute nei contratti precedenti e quella che conferiva al CICR il potere regolamentare concernente l'adeguamento dei vecchi contratti alle nuove condizioni.

Ebbene, ad avviso del Tribunale, non appare condivisibile ravvisare la sussistenza di tale rapporto di pregiudizialità.

In primo luogo, come già evidenziato, la pronuncia dichiarativa della illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 25 (come correttamente riconosciuto anche dalla

decisione della Suprema corte qui criticata) non ha inciso sul potere di regolamentare l'adeguamento dei vecchi contratti con la nuova disciplina, con la conseguenza che la disciplina transitoria di cui all'art. 7 non è direttamente travolta da quella pronunzia.

Né la circostanza che la delibera CICR sia anteriore alla pronunzia di incostituzionalità appare rilevante per giungere ad una conclusione diversa. Anzi, *a contrario*, si potrebbe sostenere motivatamente che essendo la decisione della Corte costituzionale intervenuta in un momento successivo all'adozione della delibera del CICR, certamente, il giudice delle leggi ben avrebbe potuto valutare, in termini di illegittimità costituzionale, il meccanismo complessivo di adeguamento e dichiarare espressamente la illegittimità dell'art. 25 anche nella parte in cui conferiva al CICR il potere di adeguare i contratti già in essere.

Proprio in ragione dell'assenza di questa corrispondenza biunivoca tra sanatoria del regime precedente e potere regolamentare concernente l'adeguamento di quel regime, deve ritenersi che il riferimento, contenuto nel più volte menzionato art. 7, alle «condizioni precedentemente applicate» vada compiuto, indipendentemente dalla validità ed efficacia delle medesime condizioni (intese come pattuizioni), alla sola concreta applicazione che esse hanno avuto nell'ambito del rapporto negoziale esistente tra le parti.

D'altra parte, il significato del termine «condizioni» appare ambivalente potendo esso fare riferimento tanto alle condizioni contrattuali pattuite quanto a quelle in concreto utilizzate dall'istituto di credito: ma se il termine «condizioni» può apparire, appunto, ambivalente, il suo significato è, nell'ambito dell'art. 7, immediatamente chiarito attraverso l'utilizzo del participio «applicate». Da tale riferimento emerge chiaramente la volontà di operare il confronto non già con clausole contrattuali, ma con la situazione di fatto emergente dalla applicazione della capitalizzazione (in termini di non reciprocità temporale) degli interessi.

Secondo la Corte di cassazione, «l'autorità emanatrice del provvedimento non aveva alcuna necessità di dissociare il regime giuridico della clausola anatocistica dalla applicazione che le parti ne avessero fatto in concreto: e ciò perché, come più volte osservato, la Delib. venne ad esistenza quando le clausole in questione erano state oggetto di sanatoria, onde l'atto si situava, storicamente, in una cornice normativa in cui la capitalizzazione posta in essere nel passato era da considerarsi ancora legittima. In altri termini, la scelta di conferire rilievo al dato della applicazione in facto della clausola, siccome scisso dalla condizione di invalidità in jure che la connota, poteva trovare una sua

motivazione all'indomani della pronuncia di incostituzionalità, ma poiché la Delib. è anteriore rispetto a tale momento la soluzione interpretativa suggerita dalla banca ricorrente appare priva di ragionevole fondamento».

Sotto questo profilo, ritiene il Tribunale che la proposizione normativa che conferisce al CICR il potere regolamentare risulta autonoma rispetto alla (diversa) proposizione che sanava la validità delle clausole contenute nei contratti precedenti. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di quest'ultima non può, in assenza di chiare indicazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale, giungere fino a rendere completamente inapplicabile la prima. D'altra parte, se è vero che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma può avere effetto su altre disposizioni normative, è anche vero che quest'ultime possono assumere un significato diverso proprio a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle prime. In questa prospettiva, anche a voler concedere che il redattore della delibera CICR avesse presente una cornice normativa in cui la capitalizzazione posta in essere nel passato era da considerarsi ancora legittima (pur potendosi quello stesso redattore porsi il dubbio risultando le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale assai precedenti), ben potrebbe conferirsi un significato parzialmente diverso alla disposizione dell'art. 7 (precisamente, dando rilievo, nel giudizio comparativo, non alla validità delle clausole anatocistiche, ma alla situazione di fatto esistente) proprio a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della sanatoria delle clausole precedenti.

Né, ritiene questo Tribunale, l'esegesi qui proposta finirebbe per conferire rilevanza ad un dato quale l'esecuzione di una clausola nulla che, come è noto, salve le eccezioni previste (artt. 590, 799, 2126 c.c.), è sprovvista di rilevanza giuridica.

Ora, in primo luogo, il legislatore è legittimato a dare rilevanza giuridica all'esecuzione della clausola nulla: non si vede, infatti, la ragione per la quale il legislatore possa dare rilievo all'esecuzione di una disposizione testamentaria nulla (così come previsto dall'art. 590 c.c.) e, al contrario, non possa prendere in esame, peraltro ai soli fini comparativi, l'esecuzione di una clausola anatocistica nulla. E ciò, precisamente, sembra aver fatto il legislatore attribuendo al CICR il potere di regolamentare - ovviamente solo per il futuro - le clausole anatocistiche senza necessariamente passare per una rinegoziazione di esse. D'altra parte, appare anche evidente che la volontà del legislatore era proprio quella di evitare, per quanto possibile, di procedere ad una rinegoziazione delle clausole di tutti i

rapporti contrattuali in essere, evidentemente considerando che porre un tale onere a carico del sistema bancario fosse comunque eccessivo e, sostanzialmente, inutile. Al contrario, l'orientamento qui criticato finirebbe per giungere ad una completa abrogazione del disposto della delibera CIRC e, dunque, di ogni possibilità, in assenza di espressa rinegoziazione, di adeguamento dei contratti precedenti.

Alla luce delle precedenti considerazioni, il Tribunale ritiene di dovere dare seguito al proprio orientamento. Dovendo il giudizio comparativo essere operato tra il precedente regime di fatto applicato costituito da una capitalizzazione solo annuale degli interessi a credito e, invece, una capitalizzazione trimestrale per quelli a debito e quello successivo costituito da un regime di pari periodicità trimestrale per entrambe le parti, la situazione successiva non è affatto peggiorativa rispetto alle condizioni precedentemente applicate.

Quanto al caso di specie e dunque ai rapporti contestati per i quali sia stata prodotta la documentazione contrattuale, si rileva che

per il **conto corrente ordinario n. [REDACTED]** (già c.c. n° [REDACTED]): i conteggi sono stati effettuati con capitalizzazione trimestrale fino alla data di chiusura del conto del 12.02.2009 ed è stata rilevata la reciproca capitalizzazione degli interessi. Pertanto **non si rileva alcuna**

violazione dell'art. 120 TUB;

per il **conto corrente ordinario n° [REDACTED]** (già c.c. n° [REDACTED]): i conteggi sono stati effettuati con capitalizzazione trimestrale fino alla data di chiusura del conto del 12.02.2009 ed è stata rilevata la reciproca capitalizzazione degli interessi. **Non si rileva dunque alcuna**

violazione dell'art. 120 TUB;

per il **conto corrente ordinario n° [REDACTED]** (già c.c. n° [REDACTED] **PIRELLA GÖTTSCHEW S.P.A.** già c.c. n° [REDACTED] **S.P.A.**): i conteggi sono stati effettuati senza capitalizzazione fino al 09.02.2009 (non essendo stato depositato nessun contratto antecedente a tale data) e con capitalizzazione trimestrale dal 10.02.2009 alla data di chiusura conto del 05.02.2014 in quanto la stessa è stata **contrattualmente pattuita;**

per il **conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED]** e **conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED]**: dei conti venivano depositati i contratti di conto corrente in cui la

capitalizzazione trimestrale **veniva pattuita**, pertanto i giroconti delle competenze sul conto corrente ordinario n° ██████████ sono stati effettuati trimestralmente.

Deve, dunque, conclusivamente ritenersi che la Banca convenuta ██████████ Spa non abbia operato in violazione dei precetti normativi e abbia informato e pattuito con il proprio cliente la capitalizzazione degli interessi.

Pertanto, nel ricalcolo del CTU del conto corrente n. 504 – RICALCOLO 1 - la capitalizzazione delle competenze è quella trimestrale dall'1.1.2005 (data del primo estratto conto disponibile) fino al 31.12.2013, poi dall'1.1.2014 quella semplice fino alla fine del conto (10.5.2018), così come richiesto dal quesito peritale.

✓ *Usura originaria e sopravvenuta*

Orbene, giova ricordare che il legislatore è intervenuto sul tema con la Legge n. 108 del 1996, che si caratterizza per la previsione di una usura "oggettiva", con individuazione di un tasso soglia, che era inizialmente il tasso medio (TEGM) risultante dall'ultima rilevazione operata dal Ministro del tesoro, ora Ministro dell'economia, aumentato della metà. Oggi, a seguito della previsione contenuta nel DL n. 70 del 2011, è pari al tasso medio aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali (con la precisazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere però superiore a otto punti percentuali).

L'attuale art. 644, 4° co. c.p. stabilisce che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

Ai fini della individuazione del tasso soglia è previsto l'intervento della Banca d'Italia che deve fornire le indicazioni alle banche e agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi (TEGM). Le Istruzioni della Banca d'Italia provvedono quindi alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali attuare la rilevazione dei tassi medi e all'individuazione delle commissioni, remunerazioni e delle spese collegate all'erogazione del credito che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche, oltre che alla classificazione delle altre voci che devono essere escluse.

Con riferimento a tali istruzioni va, pertanto, individuato il tasso soglia, tenuto però conto di quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella recente pronuncia n. 16303/2018, secondo cui -per il periodo compreso tra l'entrata in vigore della L. 108/1996

ed il 31.12.2009- la base di calcolo da confrontare con il tasso soglia va determinata effettuando la separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata rispettivamente con il tasso soglia e con "la CMS soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108, compensandosi, poi, l'importo dell'eventuale eccedenza della CMS rientrante nella soglia, con il "margine" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati.

In ordine, poi, al fenomeno della c.d. usura sopravvenuta, la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24675 del 19.10.2017 ha sancito la validità della clausola contrattuale contenente un tasso di interesse che, sebbene pattuito lecitamente, abbia superato al momento del pagamento il tasso soglia.

Secondo le risultanze della CTU, che è immune da vizi ed esaustiva, risulta:

alla data di stipula di tutti i contratti di conto corrente e dei contratti di apertura di credito dei conti corrente n. [REDACTED], n° [REDACTED], n° [REDACTED] e n° [REDACTED] il Tasso effettivo Globale pattuito è sempre inferiore ai tassi soglia. il Teg applicato nell'esercizio dello ius variandi è sempre inferiore al tasso soglia per il c.c. n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]), c.c. n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) e c.c. n. [REDACTED]; invece per il c.c. n° [REDACTED] già c.c. n° [REDACTED] il Teg applicato nell'esercizio dello ius variandi è superiore al tasso soglia per il periodo dal 01.11.2012 al 05.02.2014; pertanto i conteggi sono stati svolti senza tenere conto di alcun interesse per tale periodo.

Il Tasso di mora per il c.c. n° [REDACTED] (unico conto per il quale il detto tasso risulta pattuito) alla data di stipula contrattuale del 18.05.2004 pari al 8,000% è inferiore al tasso soglia del trimestre di riferimento pari al 13,485%.

✓ CMS

Nella tecnica bancaria, la **commissione di massimo scoperto** - tradizionalmente introdotta con una pattuizione accessoria ai contratti di affidamento in conto corrente- era una commissione riconosciuta dal cliente alla banca a fronte dell'impegno di quest'ultima di tenere a sua disposizione l'importo oggetto dell'affidamento.

Tuttavia, nel corso degli anni, tale commissione è stata talvolta applicata anche in maniera diversa rispetto alla sua originaria funzione, non tenendo conto dell'ammontare dei fondi messi a disposizione del cliente, utilizzati o non utilizzati, ma dell'esposizione debitoria massima concretamente raggiunta dal cliente in un determinato periodo di riferimento, solitamente trimestrale, non attecchendosi quindi a controprestazione di quanto erogato dalla banca al cliente per il periodo di utilizzo dell'affidamento, ma neppure a remunerazione della tenuta a disposizione del cliente di somme da parte della banca.

In questo contesto è, poi, intervenuto l'art. 2 bis del D.L. 29.11.2008 n°185, inserito in sede di conversione nell'art. 1 della L. 28.1.2009 n° 2 prevedendo **la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la c.m.s. nel caso in cui il saldo del cliente risultasse a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido**, nonché delle clausole che prevedessero una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore di un correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma ed altre restrizioni.

Tuttavia, tale intervento normativo non teneva conto delle ulteriori commissioni sostitutive (es. commissione per istruttoria urgente, commissione per scoperto di conto, recupero spese per ogni sospeso, commissione mancanza fondi, onere per passaggio a debito nel trimestre), frustrando l'obiettivo di trasparenza ed intelleggibilità delle voci di costo e di tutela del risparmio della clientela perseguito dal legislatore.

E' quindi intervenuto l'art. 6 bis del D.L. 6.12.2011 n° 201 (decreto Salva Italia), convertito nella L. 22.12.2011 n° 214, che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 117 bis, poi nuovamente modificato nel 2012, che prevede una disciplina articolata delle varie commissioni applicabili dalle banche.

La disciplina è entrata in vigore l'1.7.2012 e l'adeguamento dei contratti di apertura di credito e conto corrente in corso doveva avvenire ad opera delle banche entro un mese per rispettare il termine dell'1.10.2012 col meccanismo previsto dall'art. 118 del TUB se contemplato nei singoli contratti (che richiede la comunicazione scritta al cliente con un preavviso di almeno due mesi e l'evidenziazione che si tratta di "proposta di modifica unilaterale del contratto").

Le clausole non conformi alla nuova disciplina sono nulle in base all'art. 27 bis del D.L. 24.1.2012 n° 1 e successive modifiche.

Alla luce di tale complessa situazione, deve ritenersi che –con riferimento al periodo antecedente il 2009 (data del primo intervento normativo)- la cms abbia un'idonea causa giustificatrice solo qualora sia prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e sia, pertanto, calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, conformemente alla posizione espressa dalla Suprema Corte, secondo cui la c.m.s. rappresenta *“la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma”* (in tal senso Cass. 18.1.2006 n°870) servendo a riequilibrare i costi sostenuti dalla banca per approvvigionarsi del denaro che sarebbe stato concesso alla clientela.

Per contro, la cms deve essere ritenuta priva di causa laddove calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista. Ed **infatti, appare legittimo che i contratti di apertura di credito prevedano la cms come una remunerazione della messa a disposizione di un importo da parte della banca, nella misura in cui detta somma non sia utilizzata**: trattasi, invero, di una prestazione dell'istituto di credito che ha (a prescindere dal suo ammontare) un costo per lo stesso, segnatamente nemmeno remunerato dagli interessi, generalmente calcolati solo sull'importo utilizzato se, quando e nella misura in cui si verifichi l'utilizzazione.

D'altro canto, non può riconoscersi un'idonea causa giustificatrice laddove la cms sia applicata sull'utilizzato, indifferentemente intra o extra fido. Rileva in tal senso non solo e non tanto la previsione di interessi sull'importo utilizzato (la quale già remunera la banca della concreta privazione di liquidità), ma anche e soprattutto l'atteggiarsi della cms in dette ipotesi.

Ed invero, **laddove la cms sia applicata sull'utilizzato**, la stessa – in genere – viene parametrata **all'utilizzo più elevato nel trimestre di riferimento, a prescindere dalla durata di detta massima esposizione debitoria**. Orbene, è proprio l'irrilevanza della durata della massima esposizione debitoria nel periodo di riferimento a palesare la mancanza di causa della cms in dette ipotesi: in questi termini, infatti, la cms perde la logica di un corrispettivo per la somma utilizzata, prescindendo dalla concreta durata della perdita di liquidità della banca, atteggiandosi invece come una **sorta di**

inammissibile clausola penale per il "fatto lecito", in quanto, da un lato, quantificata in un forfait a prescindere dalla durata dell'erogazione del credito e, dall'altro, inaccettabilmente prevista per quanto è oggetto del contratto di apertura di credito e non anche per l'inadempienza dello stesso. Inoltre, va anche considerato che i contratti di apertura di credito in genere prevedono un interesse moratorio convenzionale specifico per le somme rese disponibili extra fido.

Orbene, passando al caso di specie,

per il conto corrente n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) e per il conto corrente n. [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) la commissione di massimo scoperto **non è contrattualmente pattuita** ed inoltre la stessa è stata **calcolata sull'utilizzato** e pertanto va epurata dai conteggi;

per il conto corrente ordinario n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) S.P.A.

già c.c. n° [REDACTED] la commissione di massimo scoperto **non è contrattualmente pattuita fino alla data del 28.06.2012** ed inoltre la stessa è stata **calcolata sull'utilizzato** e pertanto va epurata dai conteggi;

per il conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED] e anticipi fatture n° [REDACTED] i contratti di conto corrente non riportano nessuna modalità di calcolo della c.m.s.; inoltre la stessa è stata calcolata sull'utilizzato e pertanto va epurata dai conteggi.

per il periodo successivo alla data del 1° luglio 2012 (decreto CICR 20 giugno 2012, n. 644)

per il conto corrente n° [REDACTED] ed il conto corrente anticipi fatture n° [REDACTED] non è stata pattuita la commissione disponibilità immediata fondi (DIF) quale onere sostitutivo della c.m.s. che pertanto va espunta dai conteggi

Per quanto sopra, nel ricalcolo svolto dal CTU, le CMS sono state stornate perché non pattuite e applicate sull'utilizzato nei termini appena indicati. Non sono state stornate invece le commissioni di istruttoria veloce in quanto pattuita per il c.c. n° [REDACTED]

✓ *eccezione di prescrizione, rimesse solutorie e aperture di credito.*

Quanto all'eccezione di decadenza, si sottolinea brevemente che, ai sensi dell'art. 1832 c.c., la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate (con conseguente decadenza delle parti dalla facoltà di proporre eccezioni relative ad esse), ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti; tutto ciò significa che l'approvazione tacita del conto non impedisce di sollevare contestazioni che siano fondate su ragioni sostanziali attinenti alla legittimità, in relazione al titolo giuridico, dell'inclusione o dell'eliminazione di partite del conto corrente.

In ordine alla prescrizione, giova osservare che, recentemente, la giurisprudenza di legittimità, a sezioni unite, componendo un precedente contrasto ha affermato il seguente principio di diritto: «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 un'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., sez. un., 13 giugno 2019, n. 15895; ma già Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372 secondo la quale alla banca che ha eccepito nel giudizio di ripetizione dell'indebitato promosso dal correntista la prescrizione delle rimesse effettuate sul conto, non incombe l'onere di provarne la natura solutoria, né di allegazione specifica delle stesse. La distinzione concettuale tra versamenti solutori e ripristinatori impone al giudice di selezionare, anche tramite l'ausilio di consulenza tecnica contabile, le rimesse che assumono concreta rilevanza ai fini della ripetizione dell'indebitato e della prescrizione).

Invero in base al disposto degli artt. 1842 e 1843 c.c., l'apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità, eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelievi entro il limite complessivo del credito accordatogli. Diversamente i versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto potranno essere considerati pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove indebitati), quando abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento

patrimoniale in favore della banca, e cioè quando siano stati eseguiti su un conto in passivo (o "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento.

Per converso, quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento concesso, i versamenti in conto fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere, rispetto ai quali la prescrizione decennale decorre non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Ciò posto, in giurisprudenza è stato correttamente affermato che l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del solvens con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'accipiens (così, Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418).

Sicchè, con riferimento alla fattispecie in esame, il diritto di ripetizione soggiace al termine di prescrizione decennale e decorre dai singoli pagamenti indebiti e cioè dalle singole rimesse solutorie, mentre la rimessa ripristinatoria non è un vero e proprio pagamento in quanto non soddisfa il creditore ma amplia (o ripristina) la facoltà d'indebitamento del correntista.

In altre parole, solo ove – sulla base degli accertamenti contabili – si ravvisi un pagamento (rimessa) avente natura solutoria potrà affermarsi che la prescrizione decennale del diritto alla restituzione decorre dalla data in cui quel pagamento (rimessa) è stato eseguito.

In particolare, a fronte della comprovata esistenza di un contratto di conto corrente assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerge dagli estratti conto che il correntista, attore nell'azione di ripetizione, ha l'onere di produrre in giudizio. La prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione dell'eccezione di prescrizione è, dunque, nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione: perlomeno lo è ove il correntista assolva al proprio onere probatorio; se ciò non accada il problema non dovrebbe nemmeno porsi, visto che mancherebbe la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, onde la domanda attrice andrebbe respinta senza necessità di prendere in esame l'eccezione di prescrizione (Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372, cit.).

In ultimo, si è chiarito che in tema di contratti bancari, la parte convenuta (banca) nel giudizio avente ad oggetto la ripetizione di poste anatocistiche o comunque d'importi relativi ad addebiti non dovuti non ha alcun onere di provare la natura solutoria delle rimesse, mentre, al contrario, è onere di chi agisce in giudizio dimostrare che il rapporto di conto corrente sia assistito da un'apertura di credito o da un contratto di affidamento, in mancanza della qual cosa le rimesse effettuate nel corso del rapporto devono intendersi tutte di natura solutoria e come tali, sottoposte a prescrizione decennale dalla data di ogni singolo versamento. Occorre dunque distinguere a seconda che il contratto risulti affidato o meno: in caso di conto non affidato, tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie, con conseguente inesistenza di alcun onere in capo alla banca di individuarle specificamente. Ne deriva che grava sull'attore in ripetizione, al fine di poter considerare detti versamenti alla stregua di meri atti di ripristino della disponibilità – come tali, non aventi lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca e, dunque, inidonei al decorso della prescrizione – l'onere di provare l'esistenza di un affidamento che qualifichi quel pagamento come mero ripristino della disponibilità accordata" (Cass. civ., Sez. I, 30.10.2018 n. 27705; conforme Cass. civ., Sez. I, sent. n. 27704 del 30 ottobre 2018).

Correlativamente, in presenza di un'apertura di credito opera la presunzione della natura ripristinatoria delle rimesse, con l'ulteriore conseguenza dell'"onere della banca di allegare e provare quali siano le rimesse che abbiano avuto natura solutoria" (Cassazione civile sez. un., 13/06/2019, n.15895)

Tale situazione non muta quando la natura indebita sia la conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione del quale il pagamento è stato effettuato,

diverse essendo la domanda volta alla declaratoria di nullità di un atto, che non si prescrive affatto, e quella volta ad ottenere la condanna alla restituzione di ciò che si è pagato, soggetta a prescrizione in dieci anni.

In tal senso non si condivide l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in ordine all'esigenza di determinare la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse sul saldo 'rettificato' ossia epurato dalle competenze indebite in quanto ciò vanifica la prescrittibilità dell'azione di ripetizione.

Nel caso di specie, come si è visto ed è incontestato tra le parti vi sono due linee di credito del 28.06.2012 e del 10.02.2019, è onere, quindi, della banca, dimostrare che le rimesse siano solutorie in quanto extrafido.

Si possono individuare delle rimesse solutorie per il decennio antecedente la ricezione dell'atto di notificazione all'invito della mediazione quale atto di messa in mora del 29.01.2016 e pertanto:

per il **conto corrente n° n. [REDACTED]** sono stati verificati i versamenti solutori per il periodo 07.03.2002 alla data del 29.01.2006. Effettuando la verifica nel periodo 07.03.2002 – 29.01.2006 sulla base dell'estratto conto per il conto corrente n° [REDACTED] 1, come si può evincere dall'allegato n. 4 della CTU, **tutte le competenze fino al 31 marzo 2005 sono risultate prescritte** sia per il conto corrente ordinario che per tutti i conti anticipi ad esso collegati e non prescritte le successive competenze;

per il **conto corrente n° [REDACTED]** (già c.c. n° [REDACTED]) sono stati verificati i versamenti solutori per il periodo 04.10.1993 alla data del 29.01.2006. Effettuando la verifica nel periodo 04.10.1993 – 29.01.2006 sulla base dell'estratto conto per il conto corrente n° [REDACTED], come si può evincere dall'allegato n. 8 della CTU, **tutte le competenze fino al 31.03.2004 sono risultate prescritte e non prescritte le successive competenze;**

per il **conto corrente n° [REDACTED] 1** (già c.c. n° [REDACTED] S.P.A.) sono stati verificati i versamenti solutori per il periodo 30.11.2000 alla data del 29.01.2006. Effettuando la verifica nel periodo 30.11.2000 – 29.01.2006 sulla base dell'estratto conto per il conto corrente n° [REDACTED], come si può evincere dall'allegato n. 12 della CTU, **tutte le competenze fino al 30.06.2005 sono risultate prescritte** sia per il conto corrente ordinario che per i conti anticipi n° [REDACTED] e n° [REDACTED] e non prescritte le successive competenze

Le competenze, in virtù di quanto sopra esposto, vanno intese come non ripetibili in quanto prescritte nei termini appena esposti; mentre risultano ripetibili i pagamenti delle competenze illegittimamente addebitate in conto (per il conto corrente n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED]) e per il conto corrente n° [REDACTED]) e relative al periodo successivo.

✓ *Ricalcolo e risultanze della CTU*

Nella relazione tecnica, il consulente ricava che

il saldo del conto corrente n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED] S.P.A. già c.c. n° [REDACTED] S.P.A.) intrattenuto da [REDACTED] S.R.L. presso [REDACTED] S.P.A.. alla data di chiusura del conto del 05.02.2014 è pari ad:

- a) € 227.272,99, a credito per il correntista, effettuando i conteggi ai tassi legali fino alla data di pattuizione contrattuale del 10.02.2009 (per il periodo successivo ai tassi bancari) con capitalizzazione trimestrale con espunzione delle commissioni di massimo scoperto, delle spese e delle DIF con addebito delle competenze dei conti anticipi n° [REDACTED] e n° [REDACTED] ricalcolate ai tassi bancari con espunzione delle commissioni di massimo scoperto e degli oneri sostitutivi della stessa, **evidenziando una differenza a favore del correntista pari ad € 473.672,65 rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € -246.399,66.**

Il saldo di chiusura del suddetto conto è comprensivo dei ricalcoli dei conti corrente n° [REDACTED] (saldo alla data di chiusura del 12.02.2009) pari ad € 91.951,89, evidenziando una **differenza a favore del correntista pari allo stesso importo di € 91.951,89** rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € 0,00) e n° [REDACTED] (saldo alla data di chiusura del 13.02.2009) pari ad € 42.702,24, evidenziando una **differenza a favore del correntista pari allo stesso importo di € 42.702,24** rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € 0,00) chiusi con giroconto nel c.c. n° [REDACTED]

- b) Il saldo del conto anticipi n° [REDACTED] alla data di chiusura del conto del 05.02.2014 è pari ad € -89.302,66 evidenziando una differenza a favore del correntista pari ad € € 4.281,28 rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € -93.583,94.

Si ricorda che, come esplicitato nelle osservazioni alla CTU (p. 72) il CTU ha considerato l'accredito di €78.200 a favore di [REDACTED] quale UP FRONT del contratto di SWAP.

✓ *conclusioni*

Pertanto, deve essere dichiarata la nullità del contratto di swap del 18.01.2007: ne deriva un obbligo di restituzione delle somme addebitate dall'istituto di credito sul conto corrente oggetto di rideterminazione del saldo. Parimenti la [REDACTED] srl è tenuta alla restituzione delle somme erogate a tale titolo dall'istituto di credito pari a €80.632,50, posto che non è oggetto della presente causa l'eventuale invalidità del precedente contratto di ACCRUAL SWAP.

Si ritiene di aderire alle conclusioni svolte dal CTU in ordine alle competenze indebitamente addebitate dall'istituto di credito:

il saldo finale del conto corrente n° [REDACTED] (già c.c. n° [REDACTED] S.P.A. già c.c. n° [REDACTED] S.P.A.) intrattenuto da [REDACTED] S.R.L. presso [REDACTED] S.P.A., alla data di chiusura del conto del 05.02.2014 in € 227.272,99, con una differenza a favore del correntista pari ad € 473.672,65 rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € -246.399,66; nonché il saldo del conto anticipi n° [REDACTED] alla data di chiusura del conto del 05.02.2014 è pari ad € -89.302,66 evidenziando una differenza a favore del correntista pari ad € € 4.281,28 rispetto al saldo evidenziato dagli estratti conto pari ad € -93.583,94.

Devono, pertanto, essere dichiarate nulle le clausole dei contratti in atti ed indebite le competenze per interessi ultralegali non pattuiti, commissioni di massimo scoperto prive di causa e non pattuite per quanto in narrativa.

La banca deve essere chiamata a restituire le competenze indebite che ammontano a €397.321,43, pari a (€473.672,6 + €4.281,28) - €80.632,50.

Posto che in sede di proposta concordataria la [REDACTED] ha pagato una somma superiore alle competenze indebite così ricostruite (il 45% di €1.192.000) è possibile condannare l'istituto di credito alla restituzione dell'indebito.

Le spese di lite devono essere poste a carico di parte convenuta per i 2/3 e compensate per l'altro terzo in ragione della riduzione del petitum rispetto al disputatum e sono valutate al parametro medio per lo scaglione di riferimento. Nulla sulle spese nei confronti di [REDACTED] non costituitasi.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così

dispone:

- 1) dichiara l'estinzione del giudizio per rinuncia agli atti per la domanda svolta da [REDACTED] srl nei confronti di [REDACTED] spa;
- 2) dichiara la nullità del contratto di Accrual Swap stipulato tra [REDACTED] (poi incorporata in [REDACTED] spa) e [REDACTED] srl per quanto in narrativa e dispone le conseguenti restituzioni di cui al capo che segue;
- 3) dichiara nulle le clausole dei contratti di cui al rapporto di conto corrente ordinario conto corrente ordinario n. [REDACTED] (ove sono confluiti i giroconti dei precedenti rapporti n. [REDACTED] e n. [REDACTED]) aperto presso l'istituto di credito [REDACTED] spa, nonché applicati al contratto di Interest Rate Swap sottoscritto in data 18.01.2007 con [REDACTED] (oggi [REDACTED] Spa) rapporti di conto corrente a cui si ricollegano in rapporto di unitarietà, i conti anticipi n. [REDACTED] (già [REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED], già [REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]); n. [REDACTED] ([REDACTED]), relativamente al conto n. [REDACTED]; nonché i conti anticipi: n. [REDACTED] ([REDACTED]) (già [REDACTED]) relativamente al conto [REDACTED] (già [REDACTED], già [REDACTED]) ed indebite le competenze per interessi ultralegali non pattuiti, commissioni di massimo scoperto prive di causa e non pattuite per quanto in narrativa e per l'effetto condanna [REDACTED] Spa alla restituzione a favore di [REDACTED] srl di quanto indebitamente percepito (anche in relazione al contratto di SWAP di cui sopra dichiarato nullo, i cui addebiti periodici sono stati rendicontati in detto conto) della somma di €397.321,43 oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo.
- 4) Condanna altresì la parte [REDACTED] Spa a rifondere alla parte [REDACTED] srl le spese di lite nella misura di 2/, che si liquidano in €16.000 per onorari, oltre 15 % per spese generali, c.p.a. e IVA se dovuta.

Roma, 08.09.2023

Il Giudice

Cristina Pigozzo