



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE VIII

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del Giudice Unico, dott.ssa Massimiliana Battagliese, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al N. **19511** del Ruolo Generale Affari contenziosi per l'anno **2011**

FRA

██████ S.RL., in persona del rappresentante legale p.t., domiciliata in ██████ via ██████, presso ██████, officiato come da procura a margine dell'atto di citazione

ATTRICE

E

██████ S.P.A., in persona del rappresentante legale p.t., domiciliata in ██████
██████, officiato come da procura notarile in atti

CONVENUTA

* * * * *

Oggetto: azione di nullità, di risoluzione e di responsabilità contrattuale (o precontrattuale) in materia di operazioni in strumenti finanziari

Conclusioni: come meglio spiegate di seguito

Riservata per la decisione: all'udienza del 4 ottobre 2017, con i termini di legge per lo scambio delle memorie conclusive e delle memorie di replica, con decorrenza dal 20 novembre 2017.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

La Società ██████ ar.l., con atto di citazione ritualmente notificato, introduceva il presente giudizio, con la seguente esposizione:

- Deduceva di aver stipulato con la convenuta, in data 11 marzo 2003, un contratto di *“convertible swap 254293UB”* con scadenza alla data 11 marzo 2006 ed avente quale nozionale di riferimento la somma di euro 1.000.000,00;
- precisava che sulla base di detto contratto la banca avrebbe pagato all’attrice dalla data iniziale alla data finale, di cui sopra, *“interessi calcolati con riferimento al Tasso Parametro Banca, pagati posticipatamente ad ogni scadenza periodica del tasso parametro banca”* e che, nello stesso periodo, la Società avrebbe pagato alla banca *“sull’importo di riferimento...interessi calcolati con riferimento al Tasso Parametro Cliente...pagati posticipatamente ad ogni scadenza periodica dei Tassi Parametro Cliente”*;
- deduceva ancora che, in data 14 marzo 2006, era concluso con la stessa Banca un ulteriore contratto denominato *“Q3d zeta swap”*, con clausola *“RangeAccrual 481179UB”* e che esso già presentava un *mark to market* negativo pari a 46.000,00 euro, per il cui riequilibrio la banca accreditava pari somma in *up front* e precisava che il nozionale di riferimento era anch’esso pari a un milione di euro;
- indicava, per entrambi i contratti stipulati, dettagliatamente l’accordo sulla modalità di individuazione dei tassi applicabili, financo riferendo la specifica formula di calcolo del *“tasso parametro banca”* sul nozionale di riferimento;
- lamentava che la banca era incorsa in comportamenti scorretti ed in violazione della normativa di settore (artt. 26 e ss. Reg. Consob 11522) incorrendo, per tal via, in responsabilità precontrattuale e ciò anche in ragione dell’inosservanza alla previsione di cui all’art. 31 Reg., con riferimento alla *“dichiarazione che dovrà contenere l’indicazione delle situazioni in forza delle quali il cliente si ritiene in possesso della necessaria esperienza...”* al fine di valutare il grado di consapevolezza raggiunto dal cliente;
- riteneva che il contratto non aveva rispettato la funzione *“economica-giuridica e sociale”* poiché non vi era mai stata un’equa ripartizione del rischio e, dunque, non era rispettata la causa in concreto della copertura del rischio del rialzo dei tassi d’interesse (che l’attrice qualifica come *“causa principale”*) ed in ogni caso come programma di neutralizzare i rischi attraverso lo scambio del prezzo in ragione della fluttuazione del tasso di riferimento;

- riteneva, quindi, che se il derivato non abbia finalità di copertura ma speculativo ne deriva la nullità per violazione degli artt. 1325 e 1418, 2° co., c.c., laddove la Società avrebbe potuto stipulare solo contratti derivati a scopo di copertura essendo estranei all'oggetto sociale la stipula di derivati speculativi;
- deduceva che la banca aveva sottaciuto dolosamente le reali conseguenze dello strumento finanziario per l'investitore cui era occultato il *mark to market* pesantemente negativo, come è poi risultato di fatto nelle operazioni svolte tra le parti stesse;
- eccepiva, ancora, la nullità per difetto di forma scritta ex art. 23 T.U.F. e art. 30 Reg. Consob, per mancanza del contratto "quadro" che autorizzi la conclusione dei singoli contratti;
- in ogni caso deduceva la responsabilità precontrattuale cui era incorsa la banca pur volendo considerare il contratto valido.

CHIEDEVA, pertanto, alla luce delle illustrazioni rese:

- dichiararsi la nullità dei contratti per mancanza del contratto quadro di riferimento o per mancanza della causa concreta atteso che, come noto alla banca, la Società non poteva effettuare investimenti di natura speculativa, perchè estranei all'oggetto sociale;
- accertare la responsabilità della banca medesima per violazione degli obblighi informativi, sia nella fase precedente e sia nella fase successiva alla stipulazione, come previsti negli artt. 21 e 23 T.U.F. e 28 e 29 Reg. Consob;
- in ogni caso, disporre l'annullamento dei contratti stipulati per dolo o errore essenziale dell'investitore;
- disporre la risoluzione dei contratti medesimi;
- condannare, infine, la banca al risarcimento dei danni contrattuali e precontrattuali.

Si costituiva la [REDACTED] s.p.a., contestando con puntuali argomentazioni tutte le avverse deduzioni e chiedendo il rigetto della domanda, preliminarmente eccependo comunque la prescrizione per le somme risarcitorie almeno per il periodo relativo al primo contratto per essere maturato il termine quinquennale.

Rigettate le istanze istruttorie, e ritenuta influente la chiesta ctu, prospettandosi la causa di puro diritto, il giudice tratteneva la causa in decisione all'udienza del 4 ottobre 2017, con i termini di legge decorrenti dal 20 novembre 2017.

La vicenda che riguarda il caso in esame merita una premessa giuridica illustrativa tenuto conto della acquisizione, relativamente recente, delle problematiche scaturenti dalla negoziazione dei prodotti derivati e dell'intreccio di tematiche talora anche impropriamente individuate per i profili trattati.

Ad esempio, emerge subito dalla rappresentazione del fatto sopra esposto, come la Società abbia sovrapposto il concetto di operatore qualificato alla natura dell'attività che l'investitore svolge nella vita commerciale ovvero come sia sfumato il richiamo causale del negozio sovrapponendolo al concetto di meritevolezza degli interessi coinvolti, la cui valutazione richiede un'analisi *ad hoc*, caso per caso.

Ad ogni modo la necessità di fare chiarezza sulle tematiche si impone anche considerando che la giurisprudenza che ha avuto modo di pronunciarsi in materia di derivati ha potuto osservare solo alcuni aspetti della problematicità scaturenti da tali tipi di negoziazioni, quando, ad esempio, ha potuto tracciare la soluzione in fattispecie in cui si trattava di verificare la carenza *tout court* del *mark to market* o, e ciò nella maggior parte delle pronunce di merito, di individuare la effettività della funzione di copertura del rischio dello strumento finanziario collegato ad un rapporto di mutuo, o ancora la validità del contratto stipulato fuori sede senza il diritto di recesso del cliente o, infine, investimenti posti in essere dall'ente pubblico con le relative peculiarità distintive, prima fra tutte che gli enti locali possano ricorrere agli strumenti derivati esclusivamente per contenere la spesa legata agli interessi, potendo, dunque, utilizzare derivati solo a scopo di copertura.

Nel caso in esame appaiono, per contro, emergere tutte le questioni che in una materia di contrattazione del derivato possono prospettarsi, trovandoci, infatti, nell'ambito di un contratto di mero investimento finanziario voluto dal cliente, dove, in mancanza di qualsivoglia specifica precisione appare emergere che la negoziazione sia stata incanalata in una logica speculativa, sebbene con il chiaro intento di compensare il rischio della oscillazione del livello dei tassi di interesse derivante da una complessiva esposizione debitoria dell'attrice, e non ad un ben specifico negozio di collegamento;

in tal guisa vengono in esame non solo i profili comuni delle pronunce già note e di significativa guida in ordine alla portata degli obblighi informativi e alle conseguenze dell'inosservanza degli stessi ma ogni profilo della contrattazione su strumenti derivati, dalla natura del contratto alla causa, al profilo della meritevolezza, al significato e all'incidenza della ricorrenza di un operatore qualificato e della dichiarazione resa dall'investitore ex art. 31 Reg. Consob.

E così, dunque, che appare pertinente tracciare un solco giuridico specifico per segnalare le linee dei principi in cui scorre la negoziazione dei derivati, in modo che più agevole risulti la comprensione degli effetti applicativi.

Ebbene, questa categoria contrattuale rientra indubbiamente nel genere dei c.d. contratti asimmetrici, in cui si obiettivizza la minor forza conoscitiva di una parte contrattuale rispetto all'altra ma dal punto di vista delle operazioni che verranno poste in essere; solo questo è l'elemento che rende "debole" il soggetto "cliente" o "investitore" rispetto all'intermediario e non per la posizione in cui versa la parte, necessitata a subire la contrattazione unilateralmente predisposta come accade nei veri e propri contratti dei consumatori, perciò solo in questo senso, cioè per una posizione di debolezza, qui solo conoscitiva, solo in parte, quindi, assimilabile alla categoria "protetta" dei consumatori.

Si tratta, in realtà di operazioni connotate non dal comune operare dei noti traffici commerciali, non, quindi, nell'ambito dei classici contratti del commercio, ma di categorie negoziali contraddistinte dal convergere di una pluralità di fattori di tipo economico-matematico che risentono dell'andamento del mondo finanziario e, dunque, anche, della politica internazionale. Sotto tale aspetto in nulla risalta se si tratta di operazione di copertura o speculativa poiché questo rappresenta solo lo scopo in virtù del quale l'investitore si determina alla scelta contrattuale, scopo che incide solo per la minore tenacia tecnica dell'investimento, connotato, quando non sia puramente speculativo, dalla cautela che si obiettivizza nel contenimento dei tipi merceologici alla fonte e dei titoli su cui l'intermediario dovrà indirizzare la ricerca delle operazioni per il conseguimento dei risultati. Su questo criterio sembra proprio essersi espressa la Corte d'Appello di Milano nella sentenza N. 3459 del 18 settembre 2013, in cui si legge dello swap come di *"un contratto rientrante nella categoria della scommessa legalmente autorizzata la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria (per via dell'espresso richiamo operato dall'art. 1, comma 3, TUF, n.d.r.), risiede nella*

consapevole e razionale creazione di alea ... reciproche e bilaterali", dunque, "a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto. Sia esso di mera copertura, ovvero speculativo".

La stessa alea può definirsi razionale soltanto quando *"gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza"*.

Certamente uguale è la natura asimmetrica del contratto, uguale è altresì la causa connotata dall'alea; diversamente, invece, entra in gioco il profilo della meritevolezza degli interessi allorchè si tratta di verificare quale era stata la scelta del cliente e come l'intermediario abbia gestito l'operazione.

In questa scia di fondo, il processo normativo, in pari modo per entrambi gli scopi perseguiti, ha condotto verso una progressiva intensificazione degli obblighi informativi e verso una più marcata positivizzazione di talune regole comportamentali; ciò in quanto, in questa logica, l'investitore riceve piena tutela quando è messo nella condizione, sul piano informativo, di aderire con consapevolezza allo scopo verso cui tende.

E' chiaro che a tale stregua, l'elemento di particolare incisività che il giudice deve tenere a base della valutazione decisionale è, appunto, il carattere aleatorio del contratto che ci occupa; infatti, l'alea contrattuale connota questo tipo di negoziazione in cui lo strumento finanziario è geneticamente connotato da alea, non essendo possibile che il mercato sia popolato esclusivamente da soggetti vincenti; per questo è di particolare rilevanza la conoscenza esauriente e tempestiva di tutti gli elementi informativi per consentire al cliente di effettuare tale scelta, in modo che un corretto processo informativo, nel mercato caratterizzato comunque da un forte elemento speculativo, faccia ricadere sulle spalle dell'investitore esclusivamente gli esiti delle proprie scelte di investimento, eliminando quanto più possibile arbitrarietà o frode in guisa che, rispettato questo, non possa, poi, all'esito dell'investimento dolersi il cliente che riceva un risultato negativo.

Fermo restando che gli eventi possono muoversi in un universo probabilistico e che la "probabilità" del verificarsi degli eventi costituisce un dato conosciuto dalla banca che, proprio sulla base di esso, costruisce il prodotto, e ritenuto, non di meno, che l'alea non debba essere necessariamente simmetrica sul piano quali-quantitativo

(l'investitore, purché consapevole, è sempre libero di accettare scommesse strutturate nel senso di produrre vantaggi elevati solo nelle ipotesi di accadimenti molto infrequenti) gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza. In quest'ottica, infatti, si è tracciato in giurisprudenza il concetto di “alea razionale”, come bene definita dalla Corte d'Appello sopra richiamata.

Per la giurisprudenza che ha conosciuto ed esaminato il mondo normativo e tecnico dei derivati, il difetto di informazione è idoneo a determinare uno squilibrio iniziale del contratto di swap in relazione ai rischi rispettivamente assunti dalle parti, con la precisazione, però, che ciò che rileva al fine della sussistenza della causa non è il mero squilibrio di alee poiché è logico che, per stare proprio nel caso in esame, le parti consapevolmente stipulano un contratto di swap, in cui uno dei contraenti si assume un rischio maggiore dell'altra; ciò che è fondamentale è la razionalità e misurabilità dell'alea, ovvero la consapevolezza che le parti abbiano del diverso livello di rischio cui sono esposte.

Significativamente la Corte d'Appello di Milano (in termini analoghi alla pronuncia già sopra citata) nella sentenza N. 4303 del 11 novembre 2015, ha precisato che *“il contratto di swap si sostanzia nella creazione di alee reciproche e bilaterali: sicché è inconcepibile che la qualità e la quantità delle alee, oggetto del contratto, siano ignote ad uno dei contraenti ed estranee all'oggetto dell'accordo”*, trattandosi di *“dati geneticamente coessenziali ad una scommessa”*. Il giudice motiva: *“la sola circostanza che (...) l'investitore (...) non conoscesse, al momento della conclusione del contratto, il c.d. mark to market (...) e la circostanza che il mark to market non rientrasse nel contenuto del contratto derivato comporta la radicale nullità del contratto perché esclude in radice che nel caso di specie gli investitori abbiano potuto concludere la scommessa conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la banca, del proprio rischio, nutriva perfetta conoscenza — addirittura nella sua precisa misurazione scientifica — avendo predisposto lo strumento”*.

Nella fattispecie, il *mark to market* era ben noto al cliente ed addirittura, con il secondo contratto, compensato dall'intervento dell'intermediario, come in atti risulta concordemente riconosciuto, perciò, alla luce di tutto quanto sopra, il dato che qui deve rilevare è se sia stato rispettato il diritto del cliente/risparmiatore di ricevere tutte le informazioni (anche quelle di tipo probabilistico) per farsi un'idea sulla meritevolezza in concreto dell'operazione.

E allora risulta evidente che, se l'investitore ha avuto conoscenza del tipo di investimento scelto attraverso un'informazione esauriente e tempestiva, risulta già rispettato il presupposto della scelta razionale; questa, infatti, lungi dall'implicare certezze di risultato si focalizza sulla correttezza delle regole del giuoco.

Alla luce di quanto sopra emerge:

- la stipula del contratto quadro nel 2001 ben adeguato a rendere consapevole il cliente dello strumento operativo che si apprestava ad utilizzare ed in cui risulta espressamente chiarito, alla clausola n. 4, il carattere aleatorio dei singoli contratti nonché la inapplicabilità dell'art. 1469 c.c., in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, e dell'art. 1933 c.c., che priva dell'azione la sola scommessa c.d. tollerata e non anche, come quelle analoghe al caso in esame, c.d. scommesse autorizzate, disciplina, peraltro, espressamente esclusa dall'art. 23 T.U.F. e precisa, detta clausola, per i singoli contratti *“l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, dunque, alcuna garanzia di mantenere invariato il valore di detto investimento;*
- la stipula dei singoli contratti congegnati con modalità tecniche ed informative assolutamente idonee a mettere al corrente il cliente del rischio contrattuale, unitamente ai prospetti informativi periodicamente ed assiduamente forniti al cliente;
- la mancanza di una vera e propria asimmetria di esposizione al rischio in guisa che non è censurabile il profilo di incompatibilità con la funzione aleatoria, dal momento che è ben evidenziato il criterio di calcolo, il parametro degli interessi e financo la formula matematica di utilizzazione, di modo che non ricorre nella presente fattispecie l'ipotesi prospettata dall'attrice in cui sia configurabile un'asimmetria tale da rendere certa la posizione di un contraente e incerta quella di controparte e non possono operare le conseguenze della nullità per indeterminatezza dell'oggetto: lo stesso Tribunale di Milano ha precisato come *“nella determinazione dell'oggetto del contratto di swap, per l'indicazione del Mark to market non è sufficiente il richiamo alle quotidiane rilevazione dei tassi di interesse, ma è necessaria l'indicazione della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato; in mancanza di tale indicazione, in mancanza cioè della esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dall'intermediario costituisce un dato non verificabile e rimesso, pertanto, all'arbitrio di una*

delle parti del contratto....” e solo una sua mancata esplicitazione può comportare la sanzione della voluta nullità “l’esplicitazione della formula matematica di riferimento per l’attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato, comporta la nullità del contratto ai sensi dell’articolo 1418 c.c.” (Trib Milano, N. 7398 del 16 giugno 2015);

- i derivati stipulati tra il cliente e la banca piuttosto esprimono lo schema di una scommessa con la bilateralità dell'alea (ossia che alla *chance* di vincita di una parte si giustapponga una reale *chance* di perdita della controparte, e viceversa);
- non vi è nessun indice allegato, ma nemmeno dedotto, oltre le doglianze teoriche sopra esposte, da cui sia dato inferire che la contrattazione di “swap” intercorsa sia stata congegnata in modo da dislocare il rischio solo sull’investitore e, dunque, immeritevole di tutela;
- dalla documentazione in atti risulta, piuttosto, che l’attrice sia stata ben messa nelle condizioni di conoscere il “calcolo probabilistico” che le ha consentito, dunque, di comprendere l’oggetto della negoziazione in vista della formazione di una corretta volontà contrattuale;
- il contratto del 2001, sebbene faccia riferimento all’esonero dall’osservanza delle pregnanti regole d’informazione, ai sensi del 2° co. dell’art. 31 del Reg Consob (2003, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*), dette informazioni, oltre a risultare in ogni caso correttamente fornite, alla luce di quanto emerso ed illustrato, appaiono effettivamente dovute con minor rigore per quanto più appresso sarà precisato.

SULLA NULLITA’ PER MANCANZA DI CAUSA E SULLA MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI

Alla luce di tutto quanto finora esaminato ed argomentato, deve affermarsi che l’operazione posta in essere tra le parti del presente giudizio non appare risentire dall’assenza dei presupposti più sopra delineati per rendere meritevole la stipulazione svolta; l’operazione astrattamente valida risulta altresì meritevole di tutela anche in concreto, in guisa che non vi è spazio per sanzionare di nullità i contratti stipulati per un difetto di causa; invero, e diversamente da quanto dedotto dall’attrice, “*Nei contratti di swap, la causa va individuata nello scambio di due rischi connessi, i quali, assunti dai due contraenti, derivano dall’entità degli importi che nello svolgimento del rapporto matureranno a carico di ognuno e determinano, quindi, i differenziali che alla scadenza potranno risultare a carico dell’una o dell’altra parte*” (Trib Milano, N. 7398 del 16 giugno 2015).

Orbene, dai dati acquisiti agli atti e sopra indicati il giudicante non può che ritenere meritevole di tutela i negozi in esame; diversamente ragionando, si finirebbe per vanificare lo stesso mercato della contrattazione ogni volta che il risultato negativo sia strumentalmente agganciato a pretese disinformazioni o, peggio, dolose omissioni divulgative da parte della banca: di certo nessun soggetto, che non sia perfettamente esperto della materia finanziaria, può essere in grado di avere la conoscenza specifica del meccanismo operativo del settore tale da fruire del pari intuito professionale che il suo azzardo tenda verso un risultato positivo “più che probabile”.

Orbene, l'utilizzo giuridico delle “probabilità” di certo è essenziale, come appunto quando si tratta di misurare l'alea che è l'oggetto di una scommessa e vieppiù finanziaria, considerato che la finanza è tutta basata sulla probabilità; ove si diffidasse delle probabilità scientificamente misurabili non potrebbe trovare ingresso nella giurisdizione alcuna valutazione in termini probabilistici laddove, invece, la giurisprudenza appare sempre più orientata a tratteggiare soluzioni coscienti della realtà concreta e svincolata dalla certezza in termini di valore assoluto, conferendo alla stessa “probabilità” (peraltro nella variante probabilità non misurabile scientificamente) la funzione pilota e dirimente nelle difficoltà valutative della “casistica”, facendone conquistare un primato risolutivo nel diritto della responsabilità civile, allorché ha segnato la messa a fuoco del nesso di causalità quando l'evento successivo era “più probabile che non”.

Ebbene, allo stesso modo il criterio probabilistico qui deve assumere la messa a fuoco del temperamento delle due tutele, quella del cliente e quella dell'intermediario professionale, dal momento che il contenzioso in materia pare alimentarsi nell'ultimo decennio dal mancato risultato positivo in termini “più che probabili”, lamentando carenze informative che a bene vedere sono sovrapposte a ontologiche carenze di conoscenza tecnica; acconsentire alla tutela nei termini richiesti non coglie quanto incompatibile sia la realizzazione di un tale evento nella contrattazione dei derivati, quale che sia la funzione, speculativa o di copertura, e quale che sia il nucleo delle informazioni fornite, sempre che siano rispettate le regole divulgative di base come ha fatto la banca nel presente caso.

Su queste basi, deve solo essere accertato che siano stati rispettati i doveri comportamentali di correttezza informativa, come delineati anche in campo sovranazionale (ed ora acquisiti in campo nazionale per effetto del MIFID nel nuovo

Reg. Consob 2007 in termini non distanti dalle tutele precedentemente dettate nello stesso Regolamento); deve essere accertata, come è risultato dalla documentazione fornita e dagli stessi atti di parte, che il prodotto finanziario contemplasse quella bilateralità dell'alea da non inficiare la meritevolezza degli interessi in gioco.

SULLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

La risoluzione per l'inadempimento invocato resta, dunque, escluso già alla luce di quanto appena illustrato e, tuttavia, per completezza, si deve ricordare che effettivamente -ed a differenza della tradizione codicistica, che si limita a far leva sugli artt. 1337 e 1338 cc. (in ordine alle trattative) ed all'art. 1375 c.c. (relativo alla fase esecutiva del contratto) in cui manca una previsione tassativa delle comunicazioni da fornire dato che la premessa da cui muove il codice civile è la parità tra le parti- nella negoziazione di strumenti finanziari (ma più in generale nei contratti asimmetrici ed anche in quelli dei consumatori) si ribalta la logica paritaria: qui la scelta del legislatore (comunitario e nazionale) è stata quella di obbligare il contraente forte a trasferire le sue conoscenze all'altra parte nella convinzione che in tal modo si possano conciliare autodeterminazione della scelta e consapevolezza del volere. Dunque, in questo binario si deve individuare se la scelta sia stata di fatto consapevole, rimanendo, si ribadisce, però, estraneo l'intento di realizzare l'evento positivo in misura "più che probabile".

Ciò posto, non essendo emersa nessuna delle gravi omissioni informative volute dalla Società attrice, ne consegue che non vi è spazio per l'accoglimento nemmeno della domanda di risoluzione. E tanto deve affermarsi anche alla luce della preponderante sentenza della Cassazione a SS.UU. del 2007 (che ha tracciato il noto binomio "regole di validità-nullità/regole di condotta-risoluzione), non emergendo, per quanto già detto, la violazione delle regole comportamentali (*id est*: informative) tali da poter riconoscere un'ipotesi di responsabilità contrattuale per i casi più gravi previsti dall'art. 1455 c.c. della risoluzione per inadempimento (peraltro, tale impostazione risente della struttura della negoziazione "contratto quadro/singole operazioni" che, in ogni caso, emerge operante nella fattispecie).

Alla risoluzione per inadempimento non si approda nel caso in esame nemmeno alla stregua del ragionamento espresso nella decisione del Tribunale di Milano con sentenza del 18 maggio 2015; invero, il Tribunale sanziona con la risoluzione - per violazione grave dei doveri di diligenza, correttezza e buona fede- il contratto di

derivati sottolineando che la peculiare disciplina degli obblighi di fonte legale in materia di intermediazione, per ciò che attiene alle informazioni dovute, comporta che le stesse siano attratte nell'area del sinallagma contrattuale: ebbene, anche questo requisito appare rispettato nella fattispecie, nella quale emerge una negoziazione basata su criteri specifici di individuazione dei tassi, con completezza dei riferimenti quanto a parametri e ad indicazioni della formula di calcolo.

SULLA DICHIARAZIONE DI OPERATORE QUALIFICATO

Richiamando i contratti intercorsi tra le parti, emerge che la premessa del “contratto quadro” del 2001 richiama espressamente, nella nota 1), che *“in caso di società o persona giuridica che non rientri in una delle categorie specificamente menzionate nella predetta (art. 31 Reg.) norma, (bisogna) aggiungere: ha dichiarato, come dagli atti allegati al presente contratto, di possedere unspecifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati”*; dichiarazione contestualmente rilasciata alla data del 14 marzo 2001.

A questo punto deve farsi una precisazione sul significato e la incidenza della autodichiarazione del cliente che si definisce “operatore qualificato”: al riguardo è di insegnamento la Corte d'Appello di Milano (sentenza N. 3459/2013, ricalcata dalla stessa Corte nella sentenza N. 4303 del 11 novembre 2015) che si è richiamata all'assioma a suo tempo fissato dall'unico precedente della Cassazione (n. 12138 del 2009), secondo cui la dichiarazione di possedere un'adeguata conoscenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari, ove rilasciata dal rappresentante legale di una società, costituisce una mera **presunzione semplice**, ben superabile con l'allegazione di elementi di segno contrario e tali da privare di efficacia la medesima autocertificazione; precisamente la Corte, il cui principio anche qui integralmente si condivide, richiede la *“prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza ovvero conoscibilità in concreto, da parte dell'intermediario, delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versi l'investitore nel momento in cui rende siffatta dichiarazione”*. Eppure, a differenza che nelle fattispecie meneghine qui non viene in questione la tutela di un soggetto i cui interessi sono *ex lege* qualificati da un punto di vista della protezione da operazioni fortemente speculative; qui viene in osservazione una società il cui legale rappresentante rende una dichiarazione chiara ed esplicita su presunte competenze ed esperienze in materia finanziaria che non possono essere vinte dalla mera deduzione che fosse estraneo all'oggetto sociale un tale tipo di contrattazione.

E ciò deve puntellarsi per un duplice ordine di ragioni: per un verso, non può attribuirsi al concetto di operatore qualificato più di quanto la norma abbia voluto dire, dal momento che essa, dopo aver elencato le categorie che per natura sono connotate di esperienza nei mercati finanziari, facendo salve le altre società necessariamente doveva estendere il campo a chi di queste si ritenesse in grado di adeguatamente confrontarsi con le banche per effettuare investimenti; per altro verso, perché è la stessa contraddizione in cui cade la difesa della società attrice laddove ritiene che l'attore sia un soggetto qualificato solo per le operazioni di copertura e non speculative per non essere, queste, previste nell'oggetto sociale e poi perché, lungi dal far dipendere la natura speculativa e non di copertura dell'operazione contratta alla stregua della effettiva funzione *ex ante* specificata o specificabile o successivamente emersa alla luce del meccanismo operativo del prodotto derivato, piuttosto inferisce tale funzione dall'evento negativo che si è concretamente realizzato, come se, ancora una volta, si volesse far dire che il derivato funziona e il cliente ottiene tutela solo se secondo un giudizio *ex ante* questo renda il risultato positivo "più che probabile".

In definitiva, deve concludersi come sopra indicato e, tuttavia, le questioni che contraddistinguono la vicenda fattuale, ancora vivamente in elaborazione, giustificano la compensazione delle spese processuali

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, disattesa o assorbita ogni diversa e ulteriore domanda, istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- Rigetta la domanda;
- Compensa le spese processuali.

Roma, 26 aprile 2018.

Il giudice

Dott.ssa Massimiliana Battagliese