

N. [REDACTED] R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di SALERNO

Prima Sezione Civile

Il Tribunale di Salerno, Prima Sezione Civile, nella persona del Giudice dott. Cesare Taraschi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile ordinaria iscritta al n. [REDACTED] R.G. affari contenziosi civili, avente ad oggetto: contratti finanziari

TRA

Parte_1 in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti [REDACTED], presso il cui studio è elettivamente domiciliata in [REDACTED] giusta procura in calce al ricorso introduttivo

ATTRICE

E

Controparte_1 in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. [REDACTED], con il quale è elettivamente domiciliato in [REDACTED], presso lo studio dell'avv. [REDACTED], in virtù di procura allegata alla comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTO

CONCLUSIONI

All'udienza del 20/12/24 i difensori delle parti si riportavano alle rispettive conclusioni già rassegnate in atti, chiedendone l'accoglimento con vittoria di spese giudiziali.

MOTIVAZIONE IN FATTO E DIRITTO

Con ricorso ex art. 702bis c.p.c., depositato il 29/04/15, la *Parte_1* assumeva di aver stipulato con il *Controparte_1* filiale di Salerno, in data 21/12/05, un contratto di "interest rate swap" (I.R.S.) con l'obiettivo di garantirsi dal rischio di aumento dei tassi di interesse relativi al contratto di mutuo ipotecario a tasso variabile stipulato con la medesima banca il

21/09/05; che il contratto I.R.S. era stato stipulato con “Opzione Cap, Opzione Floor, Opzione Collar” e prevedeva una decorrenza dal 31/12/05 ed una data finale al 30/06/09, con capitale di riferimento pari ad € 2.000.000,00; che, per il periodo dal 31/12/05 al 30/06/07, era stato pattuito un “tasso parametro cliente” pari al 2*Euribor 6 mesi – 3%, con minimo (floor) 1,8% e massimo (cap) 6,75%, nonché un “tasso parametro banca” basato sull’Euribor a 6 mesi; che, invece, per il periodo dal 30/06/07 al 30/06/09, il “tasso parametro cliente” era del 3,5% in caso di Euribor a 6 mesi inferiore al 4%, altrimenti pari all’Euribor a 6 mesi – 0,1%, mentre il “tasso parametro banca” era calcolato sull’Euribor a 6 mesi; che, a causa degli illegittimi addebiti dei differenziali negativi operati sul c/c n. [REDACTED] intestato ad essa ricorrente per l’importo di € 197.495,56, essa attrice aveva subito per anni ingenti danni; che, come emerso dalla ctp, nel primo periodo di esecuzione del contratto le condizioni di scambio del tasso tra il cliente e la banca rivelavano degli scenari nettamente favorevoli alla banca e sfavorevoli al cliente, con un’evidente sproporzione tra le parti; che, anche nel secondo periodo, il contratto non assolveva la funzione di copertura dal rischio di aumento dei tassi d’interesse, posto che essa ricorrente avrebbe beneficiato del derivato soltanto se l’Euribor a 6 mesi fosse stato compreso tra il 3,5 ed il 4%, con evidente sproporzione tra le parti; che la convenuta non aveva verificato i requisiti soggettivi per la sottoscrizione del contratto di derivati, specificamente quelli di competenza ed esperienza ex artt. 28 e 31 delibera Consob n. 11522/1998; che il predetto contratto era, altresì, nullo per la mancata indicazione di vari elementi, ossia dei criteri di determinazione della penale in caso di recesso, delle modalità di calcolo del valore del derivato nel corso della durata contrattuale a seconda dei vari scenari di probabilità, del costo implicito del derivato, nonché del “mark to market”, ossia del valore atteso dei flussi cedolari attualizzati alla data di stipulazione del contratto; che non era stata prevista neppure la corresponsione del cd. “up front”, ossia di un importo corrispondente al valore negativo del derivato al momento della avvenuta negoziazione; che l’intera operazione, pertanto, doveva ritenersi affetta da squilibrio genetico, con conseguente nullità per difetto di causa in concreto.

Tanto premesso, la *Parte 1* chiedeva che l’adito Tribunale volesse: a) accertare e dichiarare la responsabilità della convenuta per inosservanza degli obblighi contrattuali, nonché la nullità e/o illegittimità del contratto di I.R.S. per tutti i motivi esposti; b) per l’effetto, condannare la convenuta alla restituzione di tutte le somme illegittimamente addebitate, pari ad € 197.495,56, oltre interessi ex art. 2033 c.c. dalla data di ogni singolo pagamento; il tutto con vittoria di spese giudiziali da attribuire ai difensori antistatari.

Con comparsa di risposta, depositata il 20/05/16, si costituiva il *Controparte_1* il quale, in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto la società ricorrente non aveva provveduto alla notifica dello stesso e del relativo decreto di comparizione parti nel termine assegnato dal giudice, ma aveva ottenuto, pur in mancanza dei presupposti per la rimessione in termini ex art. 153 c.p.c., la concessione di un nuovo termine per la rinotifica; nel merito deduceva l'infondatezza delle avverse domande, posto che il contratto di I.R.S. era stato preceduto dall'assolvimento di tutti gli obblighi informativi, di trasparenza e di adeguatezza previsti dalla allora vigente normativa in materia di strumenti finanziari, e non presentava i vizi di nullità lamentati dalla ricorrente, in quanto erano in esso indicati tutti gli elementi costitutivi tipici dei contratti aleatori in derivati, tra i quali non rientravano né il "mark to market" né l'"up front". Concludeva per l'inammissibilità ed il rigetto delle avverse domande, con vittoria di spese giudiziali e condanna dell'attrice ex art. 96 c.p.c.

All'udienza del 30/05/16 il G.I. disponeva il mutamento del rito sommario nel rito ordinario di cognizione.

Veniva ammessa ed espletata CTU, nonché acquisita documentazione varia.

All'udienza del 20/12/24 le parti precisavano le conclusioni ed il G.I. assegnava la causa in decisione con i termini dell'art. 190 c.p.c.

Preliminarmente va rigettata, in quanto infondata, l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per l'omessa notifica dello stesso, unitamente al decreto giudiziale di comparizione parti, nel termine assegnato.

Dagli atti risulta, *invero*, che la notifica del ricorso fu eseguita dalla *Parte_1* a mezzo pec, sia pure oltre il termine ordinatorio assegnatole.

In tal caso, *mutuando un orientamento* affermato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al rito del lavoro, ma applicabile anche al rito sommario di cognizione per identità di "ratio" processuale, deve ritenersi che, ove risulti omessa o inesistente la notifica del ricorso introduttivo del giudizio e del decreto di fissazione dell'udienza, è ammessa l'assegnazione di un nuovo termine, perentorio, ex art. 291, co. 1, c.p.c., per il rinnovo della stessa, non ostandovi le esigenze di celerità che lo ispirano né il principio della ragionevole durata del processo, atteso che l'eventuale inammissibilità o improcedibilità del ricorso non ne precludono la riproposizione, con una ulteriore dilatazione del tempo necessario ad ottenere una pronuncia di merito (Cass., sez. lav., n. 2621/17, n. 16349/16, n. 1483/15).

Venendo ai rapporti tra la società attrice ed il Controparte_1 dalla documentazione in atti e dalla CTU redatta dal dott. Persona_1 risulta che la Parte_1 stipulò con la banca convenuta, in data 21/12/15, un contratto disciplinante la prestazione di ordini su titoli e strumenti finanziari, e precisamente un “*contratto quadro Easy derivati di Interest Rate Swap, opzione Cap, opzione Floor, opzione Collar, per società o persone giuridiche operatori qualificati*”, identificato con il n. 51367, con capitale di riferimento pari ad € 2.000.000,00, data iniziale 31/12/05 e data finale 30/09/09.

Le parti in causa avevano già stipulato, in data 21/09/05, un contratto di mutuo di € 2.000.000,00, il cui termine di scadenza era fissato al 30/06/15.

Come rilevato anche dal CTU, stipulando un contratto I.R.S. (*Interest Rate Swap*) la società attrice intendeva garantirsi dal rischio di aumento dei tassi di interesse relativi al contratto di mutuo ipotecario a tasso variabile stipulato con la medesima banca.

Nella specie, le regole dell'I.R.S. erano le seguenti: a) per il periodo dal 31/12/05 al 30/06/07, il cliente avrebbe pagato una somma pari al tasso variabile Euribor a 6 mesi x 2, meno tre punti percentuali, con valore minimo dell'1,80% e valore massimo del 6,75% sul capitale nozionale; b) per il periodo dal 30/06/07 al 30/06/09, il cliente avrebbe pagato in base ad un tasso fisso del 3,50% nel caso di Euribor a 6 mesi inferiore al 4,00%, altrimenti un tasso Euribor a 6 mesi meno lo 0,10%, mentre la banca avrebbe pagato in base ad un tasso Euribor a 6 mesi rilevato ad inizio periodo per tutta la durata.

Alle scadenze semestrali pattuite sarebbe stato regolato il differenziale tra il tasso parametro cliente ed il tasso parametro banca.

Tra le parti veniva stipulato, in data 13/11/06, un successivo contratto-quadro in strumenti finanziari avente n. 1890045, con cui l'attrice chiedeva all'istituto di credito convenuto di sostituire integralmente la disciplina del precedente contratto-quadro per operazioni in strumenti derivati OTC, con “*opzione cap, opzione floor, opzione collar, swap option, forward rate agreement modificativo*”, con capitale nozionale di € 2.000.000,00, operatività dal 31/12/06 al 30/12/10, e regole di rilevazione dell'I.R.S. così disciplinate: “*Il Cliente paga il tasso fisso al 3,80% per il primo anno maggiorato di uno Spread (che è pari all'Euribor 6 mesi per il numero di giorni effettivi del semestre in cui tale tasso viene rilevato all'esterno-estremi esclusi dei seguenti intervalli: 2,95%-4,50% per il primo e secondo anno; 2,85%-4,75% per il terzo anno; 2,85%-5,00% per quarto anno); alle scadenze pattuite verrà regolato il differenziale tra il Tasso Parametro Cliente e Tasso Parametro Banca...*” (pag. 15 CTU).

Appare a questo punto opportuno precisare che, in termini generali, stipulando un contratto di swap ed, in particolare, un I.R.S., il cliente e la banca si impegnano ciascuno a pagare all'altro, a scadenze periodiche definite, un importo calcolato applicando dati parametri - diversamente stabiliti per ciascun contraente - a un medesimo valore di base (c.d. nozionale); a ciascuna scadenza i due importi si compensano e ne deriverà un differenziale a carico dell'uno e correlativamente a favore dell'altro, o viceversa. Pertanto, nei contratti di swap la causa si ravvisa nello scambio di due rischi connessi, che, assunti dai due contraenti, derivano dalla vicendevole entità degli importi che matureranno e, quindi, dei differenziali che potranno risultare a carico o a favore di ciascuno. Le parti assumono il rischio che il proprio parametro vari in termini a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte.

Il "mark to market" (m.t.m.) è la sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione; il dato si ottiene attraverso un conteggio che, mediante il ricorso ad una formula matematica, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente all'atto del m.t.m.

Da ciò può desumersi che, per definizione, il "mark to market" non può essere pattuito in modo determinato, trattandosi di un valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente; in ogni caso, affinché possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è necessario che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente. Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra loro.

Nella materia in esame, le Sezioni Unite (sent. n. 8770/2020) hanno recentemente puntualizzato i seguenti principi:

- 1) l'"interest rate swap" è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono: a) è "over the counter", vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente. Elementi essenziali di tale derivato sono la data di stipulazione,

- quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (cd. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili;
- 2) la causa dell'“interest rate swap”, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata;
- 3) in un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. “mark to market” (m.t.m.) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo “de quo” consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti). Nei fatti, per “mark to market” s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il “mark to market” non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il “mark to market” è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale;
- 4) in tema di “interest rate swap”, occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al “mark to market”, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale

contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo (conforme Cass. n. 24654/22).

Si è, altresì, precisato che, in tema d'intermediazione finanziaria, il requisito della forma scritta posto a pena di nullità dall'art. 23 d.lgs. n. 58/98 attiene al contratto-quadro e non al contratto derivato denominato "interest rate swap", stipulato in esecuzione del corrispondente ordine di investimento, potendosi escludere che il requisito di forma possa discendere dall'applicazione dell'art. 117 d.lgs. n. 385/93, che si riferisce ai soli contratti bancari (Cass. n. 23489/21); e che il contratto di swap si iscrive nella categoria, prevista dall'ordinamento, dei contratti aleatori, sicché la meritevolezza degli interessi suo tramite perseguiti non può essere di per sé in astratto esclusa; occorre, piuttosto, che il giudice valuti in concreto ed "ex ante" la ricorrenza del profilo anzidetto, senza considerarlo "ex post", ossia alla luce degli effetti economici prodotti dal contratto (Cass. n. 24014/21).

Ebbene, tanto premesso in punto di diritto, venendo al caso in esame si rileva che nei contratti I.R.S. per cui è causa, come si evince anche dalla CTU, non è stato indicato il "mark to market", ossia il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico; tale lacuna rende indeterminabile il dato contrattuale, che rimane unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dalla banca.

In difetto di esplicitazione del criterio di calcolo del "mark to market", il valore attribuibile dalla banca, quale parte alla quale è stata rimessa la quantificazione dei flussi e del valore del contratto, risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto.

Ebbene, ritiene il tribunale che la mancata esplicitazione del criterio di calcolo del "mark to market" incida sulla validità dei predetti contratti I.R.S., in quanto il "mark to market", quale sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi, rappresenta, sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari, ossia l'oggetto stesso del contratto. In sostanza, il "mark to market" è una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate; ciò appare indirettamente confermato dallo stesso legislatore che,

all'art. 2427-bis c.c., ha previsto che le società debbano nella nota integrativa di bilancio indicare il “fair value” del contratto derivato, cioè il valore in sé del contratto (ossia il “mark to market”). Tale previsione normativa conferma come il “mark to market”, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio. Se così è, quindi, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, è necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore; in difetto, risolvendosi la quantificazione del “mark to market” nella determinazione di una delle parti (la banca) non verificabile dall'altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c. (*ex multis*, Trib. Milano n. 3070 del 9 marzo 2016).

Anche le richiamate Sezioni Unite n. 8770/2020 hanno espresso un chiaro segnale adesivo all'orientamento di quella parte della dottrina e della giurisprudenza di merito che valorizza l'indicazione del “mark to market”, ovvero dei suoi criteri di calcolo, la esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione dei cd. “scenari probabilistici”, quali elementi essenziali del contratto derivato, rilevanti ai fini della sua validità. Esse, in particolare, hanno recepito la tesi incentrata sulla rilevanza dei contenuti contrattuali sopra detti ai fini della determinazione dell'oggetto negoziale, così avallando l'orientamento che ne valorizza il corrispondente difetto come ragione di nullità del contratto.

In altri termini, l'indicazione del “mark to market”, che individua il valore del contratto ad una certa data, nonché l'esplicitazione dei costi impliciti e dei cd. “scenari probabilistici”, finiscono con il rappresentare il contenuto di un'obbligazione che sorge con la stipula del contratto, concorrendo ad integrarne la determinabilità del suo oggetto.

La “scommessa razionale” meritevole di tutela, cui le Sezioni Unite hanno ricondotto la tipologia di derivato quale lo swap, postula, allora, che, in quest'ultimo, l'alea che comunque lo caratterizza debba essere misurabile “secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi”: ciò impone che siano esplicitati - e condivisi con l'investitore - i costi impliciti, che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea, il “mark to market” e, soprattutto, i cd. “scenari probabilistici”. L'omessa esplicitazione di tali elementi si traduce, sostanzialmente, nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi, e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale,

allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto.

Non si tratta, allora, di semplice violazione di obblighi informativi (come tale idonea a determinare solo eventuali responsabilità risarcitorie: Cass. S.U. n. 26724/07; Cass. n. 8462/14), ma di una carenza che - tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti la causa e l'oggetto dello strumento in esame, nonché delle innegabili interazioni tra essi configurabili - investe proprio l'essenza (di una parte) dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo, così da cagionarne la nullità (il dovere di informazione, invece, è fuori del contratto ed è oggetto di mera obbligazione di una delle parti, sanzionata, come già detto, con la responsabilità per i danni, e non con la nullità).

Il “mark to market”, peraltro, non costituisce - secondo le Sezioni Unite - un valore storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, bensì il valore corrente di mercato che scaturisce da una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima dei rapporti di debito e di credito delle parti. Nondimeno, nemmeno la mera deduzione, nelle pattuizioni contrattuali, di un indice numerico di riferimento è suscettibile di consentire il superamento del sindacato di determinabilità; è necessario, altresì, che l'accordo investa “gli scenari probabilistici” ed abbia ad oggetto *“la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti”* affinché possa realizzarsi la funzione di gestione del rischio finanziario. E, infatti, ciò appare confermato, secondo quanto statuito dalle stesse Sezioni Unite, anche dal disposto normativo dell'art. 23, co. 5, d.lgs. n. 58/1998 (cd. T.U.F.), in virtù del quale gli strumenti finanziari derivati non sarebbero equiparati ad una scommessa, intendendo la disposizione *“delimitare, con un criterio soggettivo, la causa dello swap, ricollegandola espressamente al settore finanziario”*. Proprio questo criterio soggettivo responsabilizza l'intermediario finanziario nei confronti dell'investitore, al quale dovranno essere fornite raccomandazioni personalizzate per decidere in merito ad un'operazione in derivati, atteso che la mancata definizione dell'oggetto del contratto si traduce, per i derivati “over the counter” (OTC), in un vizio genetico del contratto poiché comporta la mancata esplicitazione degli elementi che incidono sull'alea del contratto. Occorre poi precisare che, sebbene la pronuncia delle Sezioni Unite cui si è ripetutamente fatto riferimento riguardi un rapporto contrattuale di una banca con un ente pubblico e sia incentrata sulla rilevanza di tali elementi in relazione alla specifica normativa di settore, è innegabile che le affermazioni ivi formulate debbano rivestire portata generale (in tal senso, Cass. n. 417/25).

Ed infatti, anche più recentemente, si è ribadito che, ai fini della validità del contratto di “swap” ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (“hedging”) o speculativa, devono essere preventivamente conoscibili, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del “mark to market”, in assenza del quale la causa del negozio resta sostanzialmente indeterminabile (Cass. n. 24654/22, n. 32705/22, n. 7368/24, n. 4076/25).

In particolare, considerato che, per definizione, il “mark to market” non può essere pattuito in modo determinato, trattandosi di un valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente, affinché possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è comunque necessario, come già detto, che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente. Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra di loro. Se, pertanto, per la determinazione del “mark to market” si pretendesse di fare richiamo alle sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza specificare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato.

Conseguentemente, non possono ritenersi conformi al predetto “iter” le condotte degli intermediari che si concretizzano nella formulazione generica di criteri di calcolo, ovvero che rimandano alle “quotazioni di mercato” (in tal senso, Cass. n. 21830/21), con il rischio che la valutazione possa essere rimessa alla discrezionalità ed all'arbitrio della parte contrattuale più forte. Affermare, semplicemente, che il “mark to market” sia determinato in base alle variazioni dei tassi di interesse equivale a concepire un accordo sulla stipulazione del derivato che, alla stregua delle considerazioni tutte finora esposte, si rivelerebbe assolutamente carente del consenso (e, dunque, dell'in sé del contratto) su una parte del suo oggetto: in particolare, quanto al metodo di calcolo utilizzato per determinare il “fair value” del contratto medesimo. Del resto, il requisito della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione esprime la fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, avendo le parti la necessità di conoscere l'impegno assunto ovvero i criteri per la sua concreta

determinazione, il che può essere pregiudicato dalla possibilità che la misura della prestazione sia discrezionalmente determinata, benché in presenza di precise condizioni legittimanti, da una soltanto delle parti (cfr. Cass. n. 24790/17).

In definitiva, l'indicazione del "mark to market", compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, costituisce elemento essenziale del contratto I.R.S. La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d. "scenari probabilistici") l'impossibilità di individuare concretamente (*rectius*: misurare) l'alea oggetto dell'I.R.S., così che il corrispondente contratto deve essere sanzionato con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto.

Nella specie, pertanto, in accoglimento della domanda attorea, va dichiarata la nullità sia del contratto "interest rate swap" n. 51367 del 21/12/05, sia del contratto "interest rate swap" n. [REDACTED] del 13/11/06, sostitutivo del primo, in quanto entrambi del tutto carenti dell'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo del "mark to market". Risultano assorbite le ulteriori questioni di nullità di tali contratti, sollevate dall'attrice.

Sulla base della documentazione depositata – costituita dagli estratti del conto corrente intestato alla società attrice n. [REDACTED] per il solo periodo intercorrente dal 30/06/06 al 31/12/09 (precisamente, risultano depositati solo gli e/c alla data del 30/06 e del 31/12, ove per contratto dovevano essere imputati gli esiti dei differenziali dei contratti I.R.S.) – il CTU ha potuto calcolare i differenziali negativi per l'attrice, scaturiti dai contratti I.R.S. e addebitati sul predetto c/c, pari complessivamente ad € [REDACTED]

Ne consegue che il *Controparte_1* va condannato al pagamento, in favore della [...] *Parte_1* della somma di € [REDACTED], oltre interessi legali ex art. 1284, co. 1, c.c. dal deposito del ricorso introduttivo (dovendosi presumere la buona fede della banca "accipiens" ex art. 2033 c.c.), ossia dal 29/04/15 (in mancanza di messe in mora antecedenti), al soddisfo. Tardiva, e quindi inammissibile, risulta la richiesta di interessi moratori ex co. 4 dell'art. 1284 c.c., formulata solo in sede di conclusioni, e ciò a prescindere dalla questione, ancora dibattuta in giurisprudenza, dell'applicabilità di tale disposizione anche alla ripetizione d'indebito ex art. 2033 c.c.

Le spese giudiziali seguono la soccombenza del *Controparte_1* e sono liquidate come in dispositivo, secondo i valori medi del D.M. n. 147/22 (scaglione da € 52.000,01 ad € 260.000,00), con attribuzione ai difensori antistatari.

P.Q.M.

Il Tribunale di Salerno, Prima Sezione Civile, in persona del Giudice dott. Cesare Taraschi, definitivamente pronunciando nel giudizio n. [REDACTED] R.G., ogni diversa istanza ed eccezione rigettata e/o disattesa, così provvede:

- 1) dichiara la nullità del contratto “interest rate swap” n. [REDACTED] del 21/12/05 e del contratto “interest rate swap” n. [REDACTED] del 13/11/06, e, per l’effetto, condanna il [REDACTED] *Controparte_1* al pagamento, in favore della [REDACTED] *Parte_1* della somma di € [REDACTED], oltre interessi legali come indicato in motivazione dal 29/04/15 al soddisfo;
- 2) condanna il [REDACTED] *Controparte_1* al pagamento, in favore della [REDACTED] *Parte_1* delle spese giudiziali, che si liquidano in € [REDACTED] per spese vive, oltre spese di CTU, ed € 14.103,00 per compenso professionale, oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge, con attribuzione in favore degli avv.ti [REDACTED].

Salerno, 3 luglio 2025

Il Giudice
dott. Cesare Taraschi