

restituzione della somma di € corrisposta dalla Banca in data 7 novembre 2016 in esecuzione della sentenza di primo grado, oltre interessi dalla data del percepimento al soddisfo, nonché al pagamento dei differenziali maturati e maturandi dalla predetta sentenza e accantonati dalla Banca su dedicato conto di servizio, pari € alla data del 13 febbraio 2017, e del relativo mark to market.

E comunque

Respingere perché infondate le domande tutte formulate dalla società

....., mandando assolta da ogni avversaria pretesa per le ragioni e le causali di cui in narrativa.

In via istruttoria, solo occorrendo

Ammettere i seguenti capitoli di prova da intendersi preceduti dalla locuzione "vero che":

1) Nei mesi di maggio e giugno 2012 il signor , promotore finanziario della Banca, ed altri funzionari della stessa si incontrarono con i signor io, soci e amministratori del presso la sede della medesima.

2) Oggetto degli incontri era valutare con oietà che aveva effettuato nel giugno 2011 con la società 1. un'operazione di locazione finanziaria immobiliare a tasso variabile, un prodotto finanziario che potesse tutelare, almeno parzialmente, da un eventuale innalzamento dei tassi.

3) Ai funzionari della Banca i signori ano noti quali avvocati e imprenditori esperti a capo di un gruppo imprenditoriale operante, a livello nazionale, nel settore della ristorazione, del manifatturiero immobiliare, nella gestione di partecipazioni sociali, con un giro d'affari notevole, nonché quali soci e amministratori di molteplici società di capitali.

4) Il contratto di locazione finanziaria immobiliare, completo del piano di ammortamento, consegnato dai signor , funzionari della Filiale (doc. 2 che si rammostra al teste), prevede il rimborso di linea capitale, con rate mensili indicizzate all'Euribor a tre mesi, per una durata di 18 anni, con scadenza il 1° settembre 2029.

5) In considerazione della tipologia di contratto stipulato e della sua durata, i signori esprimevano la volontà di tutelarsi, almeno parzialmente, in relazione al rischio di un eventuale innalzamento dei tassi di interesse e chiedevano di poter stipulare un contratto che riducesse l'alea derivante dall'andamento dei tassi trasformando parte delle rate della locazione finanziaria da variabile a fisso.

6) Nel corso di numerosi incontri e contatti le parti presero in considerazione diverse tipologie di contratti derivati strutturati sulla base del contratto di locazione finanziaria



chi aveva stipulato e con le caratteristiche richieste dalla stessa.

7) Nel mese di luglio 2012 i signori [redacted] terminavano a stipulare un contratto di interest rate swap con un importo di riferimento (nozionale) di € [redacted] pari all'importo oggetto del contratto di locazione finanziaria ([redacted] detratto il canone anticipato iniziale, nonché le rate già corrisposte a quella data, decrescente con stretta correlazione al piano di ammortamento del contratto di locazione finanziaria, per una durata di 10 anni (doc. 6 che si rammostra al teste).

8) I funzionari della Banca illustrarono nei dettagli ai signori [redacted] la proposta di un contratto di interest rate swap del 6 luglio 2012, predisposta dalla Banca sulla base delle informazioni acquisite dai funzionari della stessa (doc. 6 che si rammostra al teste).

9) Il legale della [redacted] manifestò la volontà di perfezionare il contratto di interest rate swap alle condizioni di cui alla proposta discussa con i funzionari della Banca e procedette alla sottoscrizione della relativa "Disposizione di stipula" (doc. 6 che si rammostra al teste).

10) La società [redacted] della persona del signor [redacted] confermava in data 1° agosto 2012 la stipulazione del contratto IRS del 6 luglio 2012 (doc. 6 che si rammostra al teste).

11) La durata del derivato fu concordemente determinata in 10 anni perché negli ultimi 8 anni il contratto di locazione finanziaria avrebbe comportato per [redacted] rimborso quasi esclusivo di capitale e solo una minima quota di interessi.

12) L'operazione IRS scelta dal [redacted] per ottenere quanto dalla stessa richiesto (parziale tutela dall'innalzamento dei tassi di interesse) fece seguito a numerosi incontri e contatti avvenuti tra i signori [redacted] funzionari della Banca (signori [redacted] specialista in operazioni finanziarie), durante i quali furono discusse e spiegate nei particolari le caratteristiche di varie tipologie di contratti derivati.

13) Nel corso dei predetti incontri i funzionari della Banca discussero con i signori [redacted] in modo particolare le caratteristiche di un interest rate swap e spiegarono loro, con l'ausilio di schede tecniche informative, grafici ed esempi, le possibili conseguenze derivanti dal futuro innalzamento o abbassamento del tasso Euribor (doc. 6 che si rammostra al teste).

14) I funzionari della Banca spiegarono ai signori [redacted] che nel caso i tassi di interesse fossero saliti, la [redacted] avrebbe pagato interessi più elevati sulle rate periodiche del contratto di locazione finanziaria ma avrebbe ottenuto parziale ristoro attraverso il derivato e, nel caso i tassi di interesse fossero scesi, [redacted] avrebbe pagato meno sulle rate periodiche del contratto di locazione finanziaria, ma avrebbe



dovuto corrispondere delle somme in relazione al derivato.

15) I funzionari della Banca consegnarono ai signori un esemplare del contratto di prestazione di servizi di investimento e dell'accordo normativo per l'operatività in strumenti derivati OTC illustrandone il contenuto e acquisirono le informazioni necessarie per tracciare il profilo finanziario della ; verificare l'adeguatezza delle operazioni finanziarie (docc. 3-4-5 che si rammostrano al teste).

16) Le periodiche rendicontazioni sui differenziali accreditati/addebitati, sull'andamento del mark to market e sulle perdite potenziali (doc. 13 che si rammostrano al teste) sono stati dalla Banca regolarmente inviati alla sede della l.

17) La prima lagnanza della in merito al contratto derivato dalla stessa sottoscritto nel luglio 2012 è stata formulata, tramite l' Avv. Massimiliano Elia, con la lettera 18 novembre 2014 (doc. 8 di parte attrice che si rammostra al teste).

Si indicano a testi, anche in prova contraria sui capitoli dedotti e che saranno eventualmente ancora dedotti da parte attrice, i signori:

- 1) urizio, residente in Monza
- 2) , residente in Cologno Monzese
- 3) residente in Milano

Con vittoria di spese e compensi, per entrambi i gradi di giudizio, oltre rimborso forfettario (15%), IVA e CPA come per legge”.

Per l'appellata

“Respinta ogni contraria istanza eccezione e deduzione

Piaccia alla Corte Ecc.ma

In via principale:

- rigettare per tutte le ragioni sopra esposte l'appello proposto da Intesa Sanpaolo spa e per l'effetto,

- confermare integralmente la sentenza n. 4987/2016 del Tribunale di Torino resa in data 19.10.2016 e mandare integralmente assolta l'appellata;

In via subordinata:

- nella denegata e non creduta ipotesi di mancata integrale conferma della sentenza di primo grado, dichiarare l'annullabilità del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427,1428,1429 c.c. e 1433, 1439 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

In via preliminare di graduato subordine:

- dichiarare la risoluzione per inadempimento da parte dell'istituto di credito del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6



luglio 2012, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

Nel merito:

attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte dell'appellante, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito *ARUBAPEC S.p.A.*, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in *via ...*

al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della società *ARUBAPEC S.p.A.* e per l'effetto dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito *ARUBAPEC S.p.A.* in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in *via ...*

refondere alla società *ARUBAPEC S.p.A.* la somma complessiva di euro *...* con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare trimestralmente sino ad agosto dell'anno 2022, quali (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi), con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

condannare l'istituto di credito *ARUBAPEC S.p.A.* del suo legale rappresentante *...* nell'ipotesi in cui l'Ecc.ma Corte non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro *...* alla società *ARUBAPEC S.p.A.*

L con riserva di successiva quantificazione all'esito dei differenziali che andranno a maturare trimestralmente dalla notifica della citazione sino ad agosto dell'anno 2022 oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., danni di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

condannare l'istituto di credito *ARUBAPEC S.p.A.* del suo legale rappresentante pro tempore, con *...* a corrispondere a favore della società *ARUBAPEC S.p.A.* esse

legale maturato sulle somme erogate dalla stessa alla banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione del contratto swap in data 6 luglio 2012 sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata.

Il tutto col favore degli onorari e delle spese di giudizio di II grado.

In via istruttoria:

Senza interversione dell'onere probatorio, gravante ex lege sulla convenuta, ammettere i seguenti capitoli di prova per interrogatorio e testi:

1) Vero che, sia all'atto della sottoscrizione del contratto quadro avvenuto alla data 4 giugno 2012, che alla sottoscrizione del contratto Interest rate swap, avvenuta per



effettuata dalla società _____ e del suo legale rappresentante _____.

Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitolazioni formulate, nonché in controprova rispetto a quelle ex adverso prodotte:

- _____
- _____ o.

Si insta a che il Collegio autorizzi la nomina di un CTU al fine di :

- a) ricostruire le operazioni finanziarie di investimento del legale rappresentante della società _____ dall'anno 2011, data di costituzione, e all'esito della verifica di tutte le operazioni di investimento reperite sugli estratti conto depositati, illustri se l'esponente presentasse all'epoca dei fatti, esperienza in materia finanziaria.
- b) descriva le caratteristiche del contratto swap concluso tra le parti in data 6 luglio 2012 e tenuto conto della situazione finanziaria della società _____, riferisca se tale contratto fosse all'epoca della sua conclusione compatibile con la finalità di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse legato al contratto di leasing immobiliare sottoscritto dalla _____.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con atto di citazione, ritualmente notificato, _____ ha convenuto in giudizio _____ s.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, esponendo:

- di aver sottoscritto con la Banca un contratto normativo (o quadro) in data 4 giugno 2012, cui è seguita la sottoscrizione di un contratto swap in data 6 luglio 2012;
- che la sottoscrizione del contratto normativo (così chiaramente in atto di citazione) nonché dello swap (così chiaramente a pag. 4 della memoria n. 1 e nel capo 7 di prova della memoria n. 2) erano state perfezionate presso la sede di _____, in assenza delle necessarie informazioni sul rischio del titolo acquistato e senza la previsione del diritto di recesso, con conseguente nullità ex art. 30 Tuf;
- che il contratto era nullo per inosservanza degli obblighi imposti all'intermediario dal Tuf e più precisamente per essere la Banca venuta meno ai suoi doveri di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione non avendo tra l'altro adeguatamente spiegato le caratteristiche tecniche e finanziarie dello swap;
- che il contratto di swap era nullo per difetto di causa in concreto rispetto alle esigenze finanziarie di _____;
- che il contratto era annullabile per vizio del consenso (errore);
- che sussisteva in via subordinata anche l'inadempimento della Banca, per l'inadeguatezza dello swap rispetto alle esigenze di _____, per la mancanza di informazioni (anche precontrattuali ex art. 1337 C.C.) e per mancata profilatura del cliente secondo la direttiva Mifid, con conseguente diritto al risarcimento del danno;



- che, pertanto, il contratto doveva essere dichiarato nullo o annullato o risolto per inadempimento grave della convenuta, con conseguente restituzione delle somme versate e risarcimento del danno.

Si costituiva in giudizio _____, con comparsa di costituzione e risposta, chiedendo la reiezione delle domande attoree.

In particolare la società convenuta esponeva:

- che _____ aveva regolarmente sottoscritto il contratto per la prestazione di servizi di investimento, l'accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati eseguiti fuori dai mercati regolamentati ed il questionario Mifid;
- che la clausola prevedente la facoltà di recesso era in realtà contenuta nell'art. 4 delle condizioni generali del contratto quadro;
- che _____ era stata adeguatamente informata delle caratteristiche dello swap;
- che, inoltre _____ era impresa di grandi dimensioni (con ricavi consolidati di oltre 15 milioni di euro), ragion per cui era perfettamente in grado di comprendere la reale natura del contratto sottoscritto;
- che lo swap era collegato causalmente al contratto di leasing che l'attrice aveva contratto nel 2011, essendo finalizzato a coprire il rischio di oscillazione dei tassi;
- che, peraltro, lo swap aveva caratteristiche di funzionamento assai semplici (essendo un derivato destinabile anche alla clientela non professionale), ragion per cui Gima era sicuramente in grado di comprenderne il funzionamento.

Seguiva lo scambio delle memorie istruttorie: con ordinanza riservata pubblicata in data 30.3.2016 il Tribunale, ritenuto che la causa potesse essere decisa allo stato degli atti, non essendo rilevanti né le prove orali né la CTU richiesta dalle parti, rigettava le istanze di prova dedotte, invitava le parti a cercare una soluzione transattiva anche alla luce della proposta già formulata dal Giudicante e fissava, per la precisazione delle conclusioni, l'udienza del 15.6.2016.

Esperito tale incumbente, la causa veniva trattenuta in decisione con concessione dei termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

2. Con sentenza n. 4987/2016, pubblicata in data 19.10.2016 nel procedimento rubricato al n. RG 15435/2015, il Tribunale di Torino: a) dichiarava la nullità del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012 per violazione delle norme contenute nell'art. 30 T.U.F. e condannava

_____, in persona del legale rappresentante pro tempore, a pagare a favore di _____ la somma di _____ valore attualizzato al primo settembre 2016, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerneva i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerneva i pagamenti successivi alla domanda.



Rigettava la domanda di risarcimento del danno proposta da _____ g
s.r.l., e compensava le spese di lite nella misura di 1/2.

La sentenza non veniva notificata.

3. Con atto di citazione in appello ritualmente notificato interponeva tempestiva impugnazione contro la predetta decisione per ottenere l'accoglimento delle conclusioni sopra riportate, deducendo che il Tribunale ha errato:

a) nell'aver dichiarato la nullità ex art. 30 TUF dei contratti oggetto del giudizio, attesa l'inapplicabilità della disciplina in esame alla fattispecie di cui è causa e la previsione nel contratto per la prestazione dei servizi di investimento della facoltà di recesso in ipotesi di offerta fuori sede.

Costituitasi _____, eccepiva l'inammissibilità dell'appello e, nel merito ne chiedeva il rigetto siccome infondato.

In subordine, parte appellata ha chiesto l'accoglimento delle conclusioni già formulate, sempre in via subordinata, in primo grado, formulando altresì istanze in via istruttoria.

4. All'udienza del 22.5.2018 i procuratori della parti precisavano le rispettive conclusioni e la Corte tratteneva la causa in decisione assegnando i termini massimi ex artt. 190 cpc per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di rito sollevata da parte appellata. L'eccezione di inammissibilità del gravame ex art. 342 cpc non può trovare accoglimento, posto che dal contenuto dell'atto di appello si comprendono sia le censure mosse alla ratio decidendi espressa dal primo giudice sia le finalità dell'atto di impugnazione.

Dai motivi d'appello di cui infra ben può evincersi, infatti, quali siano le parti della sentenza di primo grado investite dall'impugnazione, la diversa ricostruzione dei fatti proposta dall'appellante rispetto a quella operata dal giudice di primo grado nonché le circostanze da cui deriverebbe la violazione della legge e la loro rilevanza in funzione della riforma della sentenza del Tribunale.

Sul punto, la S.C. (v. Cass. 5.2.2015, n. 2143) ha evidenziato come l'art. 434, primo comma, c.p.c. nel testo attualmente vigente, in coerenza con il paradigma generale contestualmente introdotto nell'art. 342 c.p.c., non richieda che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, imponendo all'appellante di individuare in modo chiaro ed esauriente il quantum appellatum, circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, così da esplicitare la idoneità di tali ragioni a



determinare le modifiche della decisione censurata (vedi anche Cass. 25/5/2017, n. 13151; Cass. 22/02/2017, ord. n. 4541; Cass. 07/09/2016, n. 17712; Cass. 27/03/2015, n. 6294).

6. Il Tribunale, nella sentenza impugnata, ha motivato come segue:

“1) In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di nullità dell'accordo normativo in strumenti derivati (così chiaramente in atto di citazione) nonché dello swap (così chiaramente a pag. 4 della memoria n. 1 e nel capo 7 di prova della memoria n. 2) per mancata previsione della facoltà di recesso statuita dall'art. 30 del Tuf nel caso di contratto stipulato fuori dai locali di pertinenza dell'intermediario, in quanto eccezione potenzialmente risolutiva dell'intero giudizio.

Al riguardo va innanzi tutto premesso che l'avvenuta sottoscrizione dei suddetti negozi presso la sede di _____ deve ritenersi circostanza pacifica visto che la stessa Banca afferma la circostanza (pag. 3 memoria 2).

L'esame della questione sopra esposta appare di particolare importanza ai fini della decisione della presente controversia (principio della ragione più liquida) in quanto, intervenendo a risolvere un contrasto sorto presso le corti di merito e modificando l'orientamento prevalente di legittimità, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano recentemente adottato un'interpretazione assai estensiva in ordine all'ambito di efficacia della suddetta normativa, statuendo che "il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del d. lg. n. 58 del 1998 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela (fattispecie relativa all'azione avviata da un investitore che aveva citato in giudizio l'intermediario attraverso cui aveva acquistato delle obbligazioni emesse da una società poi fallita)": Cassazione civile, sez. un., 03/06/2013, n. 13905.

In altre parole, con la suddetta sentenza la nozione di "contratti di collocamento", cui l'art. 30 del Tuf si riferisce ed ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inserimento a pena di nullità della clausola di recesso in favore del cliente, non era più da intendersi come circoscritta ai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del "servizio di collocamento" menzionato dall'art. 1, comma 5, lett. c) (ed ora anche lett. c bis), del Tuf (così invece Cass. n. 2065 del 2012 e n. 4564 del 2012), ma anche a qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non professionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche



nell'espletamento di servizi d'investimento diversi, quali ad esempio quelli di negoziazione o di esecuzione di ordini enunciati all'art. 1, stesso comma 5, lett. a) e b) del Tuf.

Alla luce di tale arresto, per molti aspetti innovativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario in precedenza diffuso, l'art. 30 del Tuf avrebbe potuto in astratto essere applicato anche alla fattispecie in esame (che non rappresenta un servizio di collocamento in senso stretto ma un servizio di investimento diverso, ove la Banca si pone come controparte diretta del cliente nella negoziazione dello strumento finanziario), dovendo darsi a detta disposizione un'interpretazione la più ampia possibile a tutela dell'investitore (che non deve necessariamente essere un consumatore, come infra meglio si dirà).

Tuttavia, il Legislatore era immediatamente intervenuto statuendo con l'art. 56-quater del DL n. 69/2013 come inserito dall'articolo 1, comma 1, della Legge 9 agosto 2013, n. 98, in sede di conversione, che "all'articolo 30, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dopo il secondo periodo e' inserito il seguente: "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)".

Con tale intervenuto, dunque, secondo taluni interpreti, il Legislatore avrebbe ritenuto di sterilizzare in parte la portata innovativa della sentenza sopra citata con l'introduzione di una norma di interpretazione autentica, sembrando aver statuito - per quel che interessa in questa sede - che per la tipologia di servizi di investimento oggetto di questo procedimento (che non rientra nel concetto di servizio di collocamento in senso stretto) non vi era sino al primo settembre 2013 alcun obbligo di inserire nel contratto la facoltà di recesso nel caso di contratto stipulato fuori dai locali aziendali, atteso che il servizio di investimento nella specie contestato (come meglio emergerà anche da quanto segue) deve essere sussunto nella lettera a) del comma 5 dell'art. 1 (ricezione e trasmissione di ordini), fattispecie per la quale alcun obbligo sarebbe stato in precedenza (ovvero sino al primo settembre 2013) consapevolmente previsto dal Legislatore (a differenza delle altre ipotesi contemplate dall'intervento chiarificatore in esame).

L'idea che la norma fosse di interpretazione autentica, in effetti, fu suggerita dallo stesso legislatore che, seppure nel testo legislativo nulla di univoco disse in merito, nella relazione al progetto di legge si espresse chiaramente in tal senso: http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/DI3069c.htm#_T0c363729735.

Sulla questione, quindi, è ulteriormente intervenuta la Corte di Cassazione (Sent. Sez. 3, n. 7776/2014), ribadendo la perdurante validità dell'orientamento giurisprudenziale



espresso nel 2013 dalle Sezioni Unite sopra citato, malgrado la novella legislativa.

Con detto arresto, infatti, è stato testualmente statuito con lunga ed approfondita motivazione che "la suddetta norma, infatti, non ha natura interpretativa. Depongono univocamente in tal senso l'interpretazione logica, quella finalistica e quella costituzionalmente orientata.

3.2. Dal punto di vista dell'interpretazione logica, va rilevato come il precetto contenuto nell'art. 56 quater d.l. 69/2013 affermi che il diritto di recesso si applica ai contratti di negoziazione titoli stipulati dopo il 1.9.2013.

La norma non nega il contrario, e cioè che il diritto di recesso non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

Ci troviamo dunque dinanzi ad una norma che afferma il precetto "A", ma non nega affatto il precetto "non-A".

Se il legislatore avesse davvero inteso escludere il diritto di recesso per i contratti stipulati prima di settembre 2013, non avrebbe dovuto stabilire che il diritto "A" si applica ai contratti stipulati dopo: avrebbe dovuto sancire che il diritto "A" non si applica ai contratti stipulati prima.

Sul piano della logica formale ne discende una importante conseguenza.

La regola ermeneutica classica dell'inclusio unius, exclusio alterius, trova applicazione quando la norma scelga tra due soluzioni possibili e tra loro alternative, cioè legate da un nesso di esclusione reciproca. Così, ad esempio, una norma che sancisse l'invalidità dei contratti stipulati dopo una certa data non consente dubbi sul fatto che quei contratti non possano essere efficaci.

Non è questo il nostro caso.

Individuato il discrimine temporale del 1.9.2013, la legge dichiara che ai contratti dopo tale data si applica il diritto di recesso: ma tale affermazione non è legata da un nesso di esclusione reciproca rispetto al suo contrario: e cioè che ai contratti stipulati prima di tale data il diritto di recesso non si applichi.

Nel nostro caso dunque delle quattro soluzioni teoricamente possibili del problema, e cioè: (a) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati prima di settembre, ma non a quelli dopo; (b) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati dopo settembre, ma non a quelli prima; (c) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati sia prima che dopo settembre; (d) il diritto di recesso non si applica né ai contratti stipulati prima di settembre, né a quelli stipulati dopo; la lettera della legge per come è stata concepita consente di escludere con certezza la prima e l'ultima, ma lascia impregiudicate le altre due.

3.3. Sul piano dell'interpretazione finalistica, la controricorrente MPS dà per scontato che il legislatore sia intervenuto col d.l. 69/2013 per ristabilire una situazione di



secondo cui la previsione della facoltà di recesso dovrebbe essere inclusa nel contratto relativo al servizio generale di investimento e non nei singoli contratti o ordini di acquisto, ebbe pure a precisare in senso contrario che "si intende, poi, che la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto quadro che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa", essendo poi - secondo la citata sentenza - del tutto irrilevante l'eventuale fluttuazione del valore del titolo nel periodo finestra attribuito a favore del recesso dell'investitore.

Tale orientamento è quindi stato di recente ancora ribadito, in quanto la Cassazione ha riaffermato che "del resto, proprio questa è l'impostazione corretta, come hanno chiarito ormai le Sezioni unite (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905)", precisando altresì come "la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del cd. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di collocamento, sia pur latamente intesa", e chiarendo definitivamente la necessità di "applicazione dello ius poenitendi agli specifici atti negoziali" (Cass. civ. Sez. I, Sent., 29/01/2016, n. 1751).

La suddetta interpretazione, peraltro, è confermata dalla stessa modulistica della Banca consegnata a Gima, dal momento che l'art. 4 del contratto quadro espressamente statuiva che "in caso di Offerta Fuori Sede, l'efficacia dei contratti di collocamento di Prodotti Finanziari o di gestione di portafogli nei confronti del Cliente al dettaglio è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte del Cliente.

Entro detto termine, il Cliente può comunicare al recapito indicato dalla Banca il proprio recesso senza spese né corrispettivo. 3. Resta fermo che, a termini di legge, l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari, consegnati dal promotore finanziario per la sottoscrizione dei contratti indicati nel comma precedente, comporta la nullità dei medesimi".

La convenuta, dunque, era perfettamente consapevole della necessità della previsione del diritto di recesso in ogni singolo negozio stipulato in attuazione del contratto quadro, non essendo bastevole la previsione contenuta nello stesso contratto quadro.

Né il doc. n. 14 prodotto da parte convenuta equivale ad una previsione del diritto di recesso conforme all'art. 30 del Tuf.

Tale documento, infatti, quand'anche fosse contestuale alla sottoscrizione dell'accordo



normativo e dello swap (pur non essendovi prova certa di ciò, essendoci anzi la prova contraria dal momento che il documento risulta datato 21 maggio 2010, ovvero oltre 2 anni prima della stipulazione dei negozi oggetto di questo giudizio), da un lato non è collegabile ad alcun contratto specifico (ed in particolare allo swap oggetto di causa) e dall'altro lato, con considerazione assorbente, non istituisce in realtà alcuna facoltà di recesso, limitandosi a prevedere in via generale l'indirizzo cui il cliente deve comunicare il recesso da lui esercitato, non essendovi dunque alcuna indicazione in ordine alle tempistiche (7 giorni, con annessa sospensione dell'efficacia del negozio) ed alle ipotesi (contratto stipulato fuori dai locali commerciali) in cui può essere esercitato il diritto di recesso.

Trattasi, dunque, di un documento generico, redatto oltre 2 anni prima l'accordo normativo e lo swap nonché meramente indicativo dell'indirizzo cui comunicare il recesso, ragion per cui non può essere ritenuto equipollente all'obbligo di previsione del diritto suddetto in ogni singolo ordine o contratto stipulato fuori sede.

Né può ritenersi Gima un cliente professionale, nel qual caso la normativa sul recesso non sarebbe applicabile (secondo l'art. 30, comma 2, lett. a del Tuf, in effetti "non costituisce offerta fuori sede: a) l'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali, come individuati ai sensi dell'articolo 6, commi 2- quinquies e 2-sexies").

Al riguardo va infatti premesso che la norma in esame non tutela il mero consumatore inteso quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta (come sembrerebbe ritenere la difesa della Banca), ma anche i piccoli imprenditori e financo le società di piccole e medie dimensioni (come infra si dirà), sicché la questione merita un esame più approfondito.

Il citato art. 6, comma 2 quinquies del Tuf (il comma 2 sexies non rileva in questa sede essendo applicabile ai soggetti pubblici) prevede dunque che "la Consob, sentita la Banca d'Italia, individua con regolamento i clienti professionali privati nonché i criteri di identificazione dei soggetti privati che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta".

La Consob, quindi, con il Regolamento n. 16190 (ed in particolare nell'allegato 3) ha disposto che determinati soggetti devono essere automaticamente considerato clienti professionali.

Infatti il suddetto allegato ha stabilito, per quanto interessa in questa sede; che "un cliente professionale è un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume.

I. Clienti professionali di diritto

Si intendono clienti professionali per tutti i servizi e gli strumenti di investimento: i



soggetti che sono tenuti ad essere autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri quali:

a) banche; b) imprese di investimento; c) altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati; d) imprese di assicurazione; e) organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi; f) fondi pensione e società di gestione di tali fondi; g) i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci; h) soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia (locals); i) altri investitori istituzionali; l) agenti di cambio;
(2) le imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali:

- totale di bilancio: 20 000 000 EUR,*
- fatturato netto: 40 000 000 EUR,*
- fondi propri: 2 000 000 EUR".*

Ebbene, nel caso di specie la Banca (che ne era onerata) non ha in alcun modo provato (o anche solo allegato) che - avesse le caratteristiche dimensionali per poter essere considerata un cliente professionale, ed anzi ha pure dichiarato l'esistenza di ricavi consolidati da parte dell'attrice di 15 milioni di euro, importo ampiamente inferiore alle somme sopra indicate (senza dimenticare il fatto che i requisiti dimensionali devono essere valutati per ogni singola società e non a livello consolidato di gruppo).

quindi, neppure chiaramente possiede gli altri requisiti indicati (essere banca, agente di cambio ..), senza dimenticare in ogni caso il fatto che "quando il cliente è un'impresa come definita in precedenza, l'intermediario deve informarla, prima di qualunque prestazione di servizi, che, sulla base delle informazioni di cui dispone, essa viene considerata di diritto un cliente professionale e verrà trattata come tale a meno che l'intermediario e il cliente convengano diversamente", oneri in ogni caso non assolti dalla Banca.

L'attrice, quindi, neppure può essere considerata un cliente professionale su richiesta (secondo l'allegato 3, infatti, "gli intermediari possono trattare i clienti diversi da quelli inclusi alla sezione I, che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure menzionati di seguito") per il semplice motivo che non ha mai effettuato una tale richiesta, nelle forme prescritte dall'allegato (secondo cui "Procedura: i clienti definiti in precedenza possono rinunciare alle protezioni previste dalle norme di comportamento solo una volta espletata la procedura seguente: - i clienti devono comunicare per iscritto all'intermediario che desiderano essere trattati come clienti professionali, a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento o tipo di operazione o di prodotto; -



l'intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, di quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere; - i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni.

Prima di decidere di accettare richieste di rinuncia a protezione, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per accertarsi che il cliente che chiede di essere considerato cliente professionale soddisfi i requisiti indicati nella sezione II al punto 1".

Nel caso di specie, inoltre, non solo non aveva fatto richiesta di essere considerata quale un cliente professionale, ma pure nel questionario Mifid (doc. n. 5 parte convenuta) aveva dichiarato di non avere conoscenza dei prodotti finanziari complessi, e di non avere personale con competenze specifiche in prodotti finanziari.

La convenuta, dunque, non può essere considerata un cliente professionale, dovendo al contrario essere qualificata come un cliente privato (e lo stesso vale per i legali rappresentanti della società attrice in considerazione delle loro qualifiche professionali), con conseguente obbligo della previsione del diritto di recesso.

Se a ciò si aggiunge che la sollecitazione alla sottoscrizione dello swap è giunta dalla Banca (la circostanza, infatti, è stata allegata in atto di citazione e mai è stata contestata dalla convenuta, la quale si è limitata a contro dedurre che molti furono gli incontri e che le caratteristiche del contratto vennero adeguatamente illustrate a), sicché non può essere imputata alla società attrice (né d'altra parte è stata contestata l'allegazione per cui ed il suo legale rappresentate mai avevano effettuato in precedenza operazioni in strumenti derivati o speculative), allora ritiene il Tribunale che, al di là del dato letterale dell'art. 30 del Tuf (che non prevede differenziazioni per la tutela ivi prevista a seconda del soggetto - banca o cliente - che ha sollecitato l'investimento), sussista proprio quell'esigenza di tutela del cliente alla base della pronuncia più volte citata di Cassazione civile, sez. un., 03/06/2013, n. 13905.

L'attrice, dunque, era titolare di tutte le tutele che spettano ad un investitore al dettaglio, fra cui la necessità della previsione del diritto di recesso qualora il contratto fosse stato stipulato fuori dai locali commerciali, come pacificamente avvenuto nella fattispecie in esame.

Che poi la collocazione\stipulazione di uno swap rientri nel concetto di strumento finanziario al fine della previsione del diritto di recesso ex art. 30 Tuf risulta testualmente dallo stesso Tuf, allorché nell'epigrafe definisce (art. 1, comma 2) gli strumenti finanziari anche i "contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati



con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti”.

Ne deriva, pertanto, che la sottoscrizione di uno swap (per di più in contropartita diretta da parte della Banca, anche se la circostanza non è dirimente) costituisce la negoziazione di uno strumento finanziario ai sensi del Tuf, con conseguente applicazione dell'art. 30 Tuf in tema di recesso (e peraltro il predetto art. 30, comma 9 dispone in via di chiusura che “il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari”).

Né in senso contrario a quanto precede può valere la sentenza n. 316/2016 redatta dallo scrivente e citata dalla difesa della Banca: trattasi, infatti, di pronuncia emessa in fattispecie assai diversa, ove il cliente della Banca doveva essere considerato cliente professionale (e non privato), cliente che per di più aveva dichiarato di aver la competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, senza dimenticare che nella suddetta ipotesi il contratto non si era perfezionato al di fuori dei locali commerciali (ragion per cui non era per ciò solo applicabile la normativa sul diritto di recesso).

Alla luce, dunque, di quanto precede, ritiene il Tribunale documentata l'insussistenza dell'informazione relativa al diritto di recesso, il che implica la nullità (che può essere eccepita solo dal cliente, oltre ad essere rilevabile d'ufficio) del contratto normativo del 4 giugno 2012 nonché del contratto swap sottoscritto in data 6 luglio 2012 per violazione delle norme contenute nell'art. 30 Tuf, con assorbimento quindi delle altre domande formulate da parte attrice, sia in via preliminare (in applicazione del principio della ragione più liquida) sia in via subordinata (in quanto assorbite).

2) Alla nullità del contratto, quindi, conseguono le restituzioni di legge secondo le norme dettate per la ripetizione dell'indebito.

Sulla somma oggetto di restituzione, pertanto, in applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebito (secondo cui “nell'ipotesi di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, con la conseguenza che qualora l'accipiens sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno in cui l'ha ricevuta”: (Cassazione civile, sez. I, 08/04/2009, n. 8564), parte convenuta deve essere condannata al pagamento degli interessi di mora al saggio legale.

Circa quindi la decorrenza dei predetti interessi, va evidenziato che “in tema di indebito oggettivo, la buona fede dell'“accipiens” al momento del pagamento è presunta per principio generale, sicché grava sul “solvens” che faccia richiesta di ripetizione dell'indebito, al fine del riconoscimento degli interessi con decorrenza dal giorno del pagamento stesso e non dalla data della domanda, l'onere di dimostrare la malafede



dell'"accipiens" all'atto della ricezione della somma non dovuta" (Cassazione civile, sez. lav., 08/05/2013, n. 10815).

Nella fattispecie in esame, dunque, ritiene il giudicante che parte attrice nulla abbia provato o anche solo allegato in ordine alla malafede della controparte, malafede non desumibile in effetti ad avviso del giudicante dalla mera redazione di un contratto nullo, circostanza eventualmente rilevante per ritenere in colpa grave la banca, ma che è irrilevante ai fini della decorrenza degli interessi atteso che "in materia di indebito oggettivo, ai fini della decorrenza degli interessi ai sensi dell'art. 2033 c.c. e della rilevanza dell'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c., rileva una nozione di buona fede in senso soggettivo, coincidente con l'ignoranza dell'effettiva situazione giuridica in conseguenza di un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non essendo applicabile la disposizione dettata dall'art. 1147, comma 2, in riferimento alla buona fede nel possesso. Pertanto, anche il dubbio particolarmente qualificato circa l'effettiva fondatezza delle proprie pretese è compatibile con la buona fede ai fini in esame" (Cassazione civile, sez. lav., 25/05/2007, n. 12211).

Peraltro, con considerazione assorbente va detto che la stessa incertezza in giurisprudenza che ha preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite nel 2013 rende inconfigurabile la malafede da parte della Banca.

Circa, quindi, il quantum va detto che parte attrice ha aggiornato in comparsa conclusionale le somme corrisposte a favore della Banca in esecuzione del contratto di swap dichiarato nullo da questa sentenza nella somma di € 142.948,47, valore attualizzato al primo settembre 2016 (mentre già con il doc. n. 11 allegato alla memoria n. 1 aveva aggiornato al 04.01.2016 i pagamenti effettuati), cifra documentata da un estratto bancario allegato alla conclusionale. Non avendo, quindi, parte convenuta contestato l'aggiornamento dei pagamenti effettuati durante il corso di causa come dichiarati e documentati dall'attrice (che sin dall'atto di citazione si era riservata di aggiornare i dati contabili in corso di causa man mano che maturavano gli addebiti), la Banca deve essere condannata al pagamento della predetta somma, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti anteriori alla domanda, e dai singoli pagamenti al saldo effettivo per quanto concerne i pagamenti successivi alla domanda.

Alcun risarcimento del danno, invece, può essere disposto a favore di parte attrice, neppure in via equitativa, non avendo essa neppure allegato i fatti costitutivi alla base della domanda risarcitoria (che è stata formulata anche in caso di accoglimento della domanda di nullità, e non solo in caso di accoglimento della domanda di risoluzione).

Infatti, "l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 cod. civ., espressione del più generale potere



dell'art. 56 quater del D.L. n. 69/2013, come inserito dall'art. 1, comma 1, della L. 9 agosto 2013, n. 98 il quale ha previsto che "all'articolo 30, comma 6, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dopo il secondo periodo è inserito il seguente: "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d) per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)".

Con quest'ultima pronuncia la Cassazione, negando la natura di interpretazione autentica della norma, mancandone il presupposto (vale a dire, l'incertezza del diritto), avrebbe dato alla stessa un significato "nichilista", come se la stessa, dunque, di significato (e di valore) non ne abbia avuto nessuno, riconfermando così il dictum delle Sezioni Unite.

Intesa Sanpaolo censura inoltre la sentenza impugnata (cfr. pagg. 10 - 15 atto di appello) laddove avrebbe recepito l'interpretazione "estensiva" dell'art. 30 TUF delle Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. n. 13905/2013).

In considerazione dei criteri interpretativi indicati dalle preleggi, il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 (espressione massima della interpretazione estensiva dell'art. 30, comma 6, TUF) nell'ambito della propria funzione nomofilattica parrebbe essersi spinto a superare la lettera della norma e l'intenzione del legislatore, fino a rivelarsi sostanzialmente additivo, più che attuare una mera esegesi correttiva, rispetto alla legislazione vigente.

Il Tribunale di Torino non avrebbe dato alcun rilievo al lungo dibattito sviluppatosi in sede dottrina e istituzionale negli anni precedenti alla pronuncia della Suprema Corte, in cui si dimostrava che nell'art. 30, comma 6, TUF, il legislatore ha sempre inteso circoscrivere in maniera non casuale la portata dello jus poenitendi esclusivamente ai servizi previsti dall'art. 1, comma 5, lett. c), c bis) e d).

Mentre nella individuazione e definizione di una attività quale l'offerta fuori sede il legislatore avrebbe utilizzato in senso ampio l'espressione "collocamento" (primo comma), allorquando lo stesso legislatore ha inteso disciplinare un fenomeno giuridico di sospensione dell'efficacia dei contratti non ha potuto che utilizzare le espressioni secondo il significato proprio e coerentemente con le definizioni di cui all'art. 1, comma 5, del TUF.

Non sarebbe un caso che nel primo comma l'espressione "collocamento" sia utilizzata in modo autonomo ed in connessione all'ulteriore espressione "promozione" essendo entrambe destinate a definire una attività di offerta, mentre nel sesto comma dell'art. 30 del TUF l'espressione collocamento sarebbe utilizzata unitamente al termine contratto, essendo diretta a disciplinare un fenomeno di sospensione dell'efficacia giuridica.

Firmato Da: COCCETTI MARCO LEONE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 72eb177351d87b90db55a3bea9d8e - Firmato Da: SILVA RENATA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5cc6573caacdd542ae54ae1ba011218b5
Firmato Da: RUSCAZIO MARIA STEFANIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 43c6696524bb6e8bd64ad06961d7b65



Se davvero il legislatore avesse voluto estendere la disciplina del ripensamento anche ad altri servizi non ne avrebbe certo specificati due e avrebbe utilizzato un'espressione più ampia (quale quella usata al primo comma) in grado di ricomprendere tutti i servizi esecutivi di ordini dei clienti e la gestione di portafogli individuali.

Parrebbe quindi del tutto logico, secondo l'appellante, interpretare ed applicare l'art. 30, sesto comma, del TUF secondo il significato proprio delle parole con il quale è espresso, senza contare che un'interpretazione della norma sulla base della ratio legis (esigenza di tutela connessa al "rischio che il cliente venga colto di sorpresa quando il singolo ordine sia frutto di una sollecitazione posta in essere dall'intermediario fuori dalla propria sede") comporterebbe comunque delle "anomalie" sia in termini di possibili conseguenze pregiudizievoli per gli stessi investitori che si intendono tutelare, sia in termini di criticità sistematica.

Alla luce di quanto esposto, la Banca ritiene non corretta la sentenza del Giudice di primo grado laddove ha incluso la fattispecie in esame tra quelle oggetto della disciplina dello jus poenitendi ai sensi del sesto comma dell'art. 30 TUF, dovendosi interpretare in maniera tecnica l'espressione usata dal legislatore, rappresentando, un'interpretazione differente un chiaro vizio di interpretazione della legge.

Parte appellante censura la sentenza impugnata anche laddove avrebbe recepito acriticamente i principi della sentenza della Terza Sezione Civile della Cassazione del 3 aprile 2014, n. 7776, così da privare di qualsiasi efficacia la novella legislativa contenuta nel "Decreto del Fare" del 21 giugno 2013, n. 69 con il quale è stato modificato il sesto comma dell'art. 30 TUF.

Anche a voler ritenere corretta, quindi, la precedente interpretazione estensiva data dalla Suprema Corte con la sentenza n. 13905 del 2013, risulterebbe pacifico che il legislatore, con il citato intervento, avrebbe definitivamente stabilito che, con riguardo al passato (i contratti oggetto di causa risalgono al 4 giugno 2012 e 6 luglio 2012, rispettivamente, contratti normativi e interest rate swap), la disciplina del diritto al ripensamento avrebbe dovuto essere applicata fino al 1° settembre 2013 ai soli servizi di collocamento in senso stretto e di gestione di portafogli.

Il Tribunale di Torino, pur dando atto dell'intervento legislativo che dunque porterebbe ad escludere il dictum delle Sezioni Unite della Cassazione nel caso sub judice, avrebbe erroneamente ritenuto (sulla scorta della giurisprudenza sopra citata) che l'intervento del legislatore con il decreto del fare non avesse la valenza di interpretazione autentica, in quanto nel caso di specie, essendo intervenuta una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, non potevano sussistere situazioni di incertezza o possibilità di letture contrastanti della norma.



Secondo parte appellante non potrebbe darsi un'interpretazione estensiva dello jus poenitendi in quanto la norma riconosce il diritto di ripensamento in relazione agli investimenti realizzati fuori sede nell'ambito del servizio di negoziazione in conto proprio soltanto da una certa data in poi.

Negare quindi come pretenderebbe di fare la Cassazione la natura di interpretazione autentica, con effetti retroattivi, della norma in esame, per ovviare non fondate questioni di incostituzionalità, implicherebbe invece reali profili di incostituzionalità della norma.

Pertanto, nei casi di negoziazione per conto proprio di cui all'art. 1, comma 5, lett. a), di interesse nel caso di specie, il diritto di recesso dell'investitore dal contratto stipulato fuori sede, ai sensi del sesto comma art. 30 TUF, spetta qualora detti contratti siano stati stipulati dopo il 1° settembre 2013.

Dunque, nel caso che ci occupa, il contratto (del 2012) non poteva prevedere la predetta facoltà di recesso con la conseguenza che il medesimo, ritenuto nullo dal Giudice di prime cure per la mancata indicazione del diritto di ripensamento, sarebbe valido ed efficace.

La Banca censura la sentenza impugnata anche laddove non ha considerato che il diritto di recesso di cui all'art. 30 TUF non sarebbe applicabile ai derivati OTC di cui è causa.

Con la modifica dell'art. 30, sesto comma, il legislatore avrebbe esteso la disciplina del recesso al servizio di negoziazione per conto proprio di cui all'art.1, comma 5, lett. a) TUF a decorrere dal 1° settembre 2013.

La giustificazione dell'espansione del diritto di ripensamento al servizio di negoziazione sarebbe ravvisabile nella "vicinanza" tra il collocamento e la rivendita sistematica di strumenti detenuti in proprietà, cosa che avviene solitamente nella negoziazione per conto proprio.

Così leggendo l'intenzione del Legislatore, occorrerebbe escludere dall'alveo dei servizi di execution only proprio la negoziazione di derivati OTC, per i quali la "consulenza" sarebbe sottesa alla prestazione del servizio.

Pertanto, in nessun caso, il diritto di ripensamento parrebbe potersi estendere alla negoziazione in derivati OTC, neppure dopo la novella legislativa che ha modificato l'art. 30, sesto comma, TUF.

Parte appellante censura la sentenza impugnata anche laddove non ha considerato che al contratto di interest rate swap per cui è causa non sarebbe applicabile il diritto di recesso, che è stato esteso dalla massima istanza della giurisprudenza di legittimità dai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del servizio di collocamento, ad operazioni nell'ambito della negoziazione per conto proprio o dell'esecuzione di ordini



per conto del cliente, ove ricorra la stessa esigenza di tutela.

Tale precisazione operata dalla Suprema Corte avrebbe una portata decisiva nel caso di specie, posto che l'applicazione o meno dell'art. 30 TUF risiede nella differenza tra colui che si reca presso l'offerente e che ha già maturato una propria convinta determinazione circa l'utilità dell'iniziativa adottata e colui che, invece, è raggiunto dal proponente e che, viceversa, non possiede necessariamente quella determinazione nell'iniziativa adottata - o comunque non sempre è sorretta da adeguate certezze - per effetto appunto della subita iniziativa da parte della Banca.

Pertanto, sarebbe il mero fattore ambientale che lascerebbe supporre che "usualmente" non sarà l'investitore il soggetto ad aver assunto l'iniziativa dell'operazione, con la conseguenza che la stessa potrebbe non rappresentare l'esito di una premeditata valutazione da parte del medesimo, trovando essa piuttosto giustificazione nell'attività di sollecitazione posta in essere dall'intermediario.

Nel caso di specie, visto il reale andamento dei fatti, la conclusione dell'IRS non sarebbe stata frutto della sollecitazione della Banca o di una scelta incauta della società determinata dall'effetto sorpresa della proposta da parte di Intesa Sanpaolo alla società.

La firma dell'IRS non sarebbe stata apposta da una cliente "colta di sorpresa", posta la pregressa consulenza sottesa alla prestazione del servizio stesso.

Le parti sono giunte alla stipulazione del contratto di interest rate swap solo a seguito di numerosi incontri volti a valutare quali fossero gli strumenti più indicati per fare fronte alle esigenze economiche ed imprenditoriali della anche il complesso iter informativo prodromico alla conclusione dei contratti risulterebbe dunque inconciliabile con la funzione dell'art. 30 TUF.

Peraltro, parte appellante osserva che la disciplina del recesso, pur da intendersi riferita a tutte le operazioni di "collocamento" in senso lato e comunque alla negoziazione per conto proprio (a decorrere dal 1° settembre 2013), tra cui rientrano gli swap, è pacifico che non sia estendibile allo swap OTC, ovvero negoziato fuori dai mercati regolamentati. Infatti, con i contratti derivati OTC, ovvero negoziati bilateralmente - direttamente tra le due parti - fuori dai mercati regolamentati (over the counter), i contraenti possono liberamente stabilire tutte le caratteristiche dello strumento, diversamente che nel caso dei contratti derivati negoziati sui mercati regolamentati, le cui caratteristiche sono standardizzate e definite dall'autorità del mercato su cui vengono negoziati.

Spiega inoltre che la sentenza del Tribunale di Torino dovrà essere riformata laddove ha ritenuto che la disciplina del recesso non potrebbe che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la



stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa.

Secondo parte appellante l'obbligo di forma scritta può riferirsi esclusivamente al contratto quadro che sta alla base della prestazione dei servizi di investimento, di cui regola in generale lo svolgimento.

Quell'obbligo non si estenderebbe alle istruzioni o agli ordini successivi, mediante i quali si procede al compimento delle singole operazioni di investimento: il contratto di intermediazione si pone in termini strumentali rispetto alla conclusione del contratto di investimento.

Tale premessa andrebbe dunque posta in relazione al "collocamento" fuori sede che qui interessa: se il contratto quadro ex art. 23 TUF costituisce il punto di riferimento costante della relazione fra le parti, il "significato" dello stesso andrebbe considerato in funzione dei contratti di cui si assume la stipulazione in occasione di ogni prestazione resa dall'investitore.

I rapporti di intermediazione aventi ad oggetto le prestazioni di volta in volta posti in essere da soggetti autorizzati troveranno dunque il loro fondamento diretto e immediato nei singoli contratti, ma la regolamentazione ad essi relativa dovrà essere comunque ricercata all'interno del contratto originario.

Se la disciplina del formalismo contrattuale impone l'obbligo di redazione per iscritto a pena di nullità del solo contratto quadro, in mancanza di una prescrizione di forma, che necessariamente dovrebbe trovare sanzione in una espressa disposizione legislativa, inequivocabilmente diretta a limitare la libertà negoziale, l'espressione "moduli o formulari consegnati all'investitore", che necessariamente fa riferimento ad una redazione in forma scritta del documento contrattuale, non potrebbe che riferirsi al contratto quadro.

Dunque è al contratto quadro che occorrerebbe fare riferimento per valutare il rispetto della clausola di recesso.

Per quanto riguarda i successivi rapporti di investimento, non contemplati espressamente dalla norma, cioè le operazioni consistenti in atti di natura negoziale, attuativi del precedente contratto d'intermediazione, la carenza di un obbligo di forma non sembra consentire di estendere ad essi il vincolo relativo all'inserimento della clausola di recesso che necessariamente presuppone una redazione in forma scritta.

Pertanto, quando il rapporto si fonda su un contratto quadro, sarebbe illogico e contraddittorio ipotizzare un "casuale" o "occasionale" contatto tra intermediario e investitore, essendo difficilmente ravvisabile, sul piano fattuale e giuridico, l'anomalia della contrattazione fuori sede, il carattere cioè "sorprendente" del collocamento, che solo



giustificherebbe la restrizione della libertà negoziale presidiata dalle norme eccezionali dei commi 6 e 7 dell'art. 30 TUF.

Il collegamento negoziale instaurato tra il contratto quadro e la singola operazione determinerebbe la considerazione unitaria della fattispecie e ne influenza necessariamente la disciplina anche ai fini dell'applicazione dell'art. 30 TUF, così che l'esplicita previsione della clausola di recesso nel contratto quadro, se considerata alla luce dei principi in materia di collegamento negoziale, soddisferebbe in ogni caso l'obbligo di cui al comma 6 dell'art. 30 TUF.

6.1.1 Ritiene la Corte che il complesso ed articolato gravame sia infondato.

Il Tribunale, con motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici, ha precisato che la domanda attorea risultava fondata sotto il profilo della nullità dell'accordo normativo in strumenti derivati nonché dello swap per mancata previsione della facoltà di recesso stabilita dall'art. 30 del Tuf nel caso di contratto stipulato fuori dai locali di pertinenza dell'intermediario.

Il gravame non ha la forza di contrastare l'apparato motivazionale, preciso e lineare, della sentenza di prime cure, che qui si richiama: infatti le argomentazioni a sostegno dell'atto di appello non appaiono tali da incrinare il fondamento logico-giuridico di quelle contenute nella sentenza impugnata.

Il Tribunale ha premesso che l'avvenuta sottoscrizione di tali negozi presso la sede di doveva ritenersi circostanza pacifica, poiché la Banca stessa aveva confermato tale circostanza.

Il Giudice di prime cure ha quindi spiegato che, ai fini della decisione relativa alla nullità dei contratti di swap per mancata previsione della facoltà di recesso stabilita dall'art. 30 del Tuf, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano adottato un'interpretazione assai estensiva in ordine all'ambito di efficacia della suddetta normativa, statuendo che il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del d. lg. n. 58 del 1998 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela (Cass. Civ., SS.UU., 03/06/2013, n. 13905).

Come correttamente evidenziato dal Tribunale, con tale pronuncia la massima istanza della giurisprudenza di legittimità ha esteso il diritto di recesso a tutela del risparmiatore, ammettendolo anche quando l'investimento è stato deciso al di fuori del servizio di collocamento, così come definito nel TUF, ovvero in esecuzione di un contratto stipulato



dallo stesso intermediario con l'emittente su incarico o per conto di quest'ultimo e alle condizioni da lui indicate.

Sulla scorta della pronuncia delle SS. UU. la disciplina del diritto di recesso si applica non soltanto alle operazioni compiute nell'ambito della prestazione di un servizio di collocamento in senso proprio, ma anche a qualsiasi altra ipotesi in cui l'intermediario venda fuori sede strumenti finanziari ad investitori al dettaglio, sia pure nell'espletamento di un servizio d'investimento diverso.

Le SS. UU. hanno quindi utilizzato il termine "collocamento" di cui all'art. 30 del tuf in senso ampio, come sinonimo di atto negoziale mediante il quale lo strumento finanziario viene fatto acquisire al cliente e quindi inserito nel suo patrimonio o nel suo portafoglio, a prescindere dalla tipologia del servizio d'investimento che abbia dato luogo a tale operazione.

Dunque, la disciplina del recesso riguarda i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trova a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede.

Correttamente il Tribunale ha rilevato che con la suddetta sentenza la nozione di "contratti di collocamento", cui l'art. 30 del Tuf si riferisce ed ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inserimento a pena di nullità della clausola di recesso in favore del cliente, non era più da intendersi come circoscritta ai contratti strettamente connessi e conseguenti alla prestazione del "servizio di collocamento" menzionato dall'art. 1, comma 5, lett. c) (ed ora anche lett. c bis), del Tuf (così invece Cass. n. 2065 del 2012 e n. 4564 del 2012), ma anche a qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non professionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche nell'espletamento di servizi d'investimento diversi, quali ad esempio quelli di negoziazione o di esecuzione di ordini enunciati all'art. 1, stesso comma 5, lett. a) e b) del Tuf.

Alla luce di tale arresto, per molti aspetti innovativo, l'art. 30 del Tuf può certamente essere applicato anche alla fattispecie in esame (che non rappresenta un servizio di collocamento in senso stretto ma un servizio di investimento diverso, ove la Banca si pone come controparte diretta del cliente nella negoziazione dello strumento finanziario), dovendo darsi a detta disposizione un'interpretazione la più ampia possibile a tutela dell'investitore.

La questione si incentra sulla disciplina del diritto di recesso (o jus poenitendi) prevista dall'art. 30, commi sesto e settimo, TUF per la quale i contratti (ovvero le proposte contrattuali) di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede (ex art. 32 TUF), rimangono sospesi per sette giorni dalla sottoscrizione, entro i quali l'investitore può ripensare all'operazione comunicando il



proprio recesso, senza spese né corrispettivo, al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà deve essere indicata (a pena di "nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente" - comma 7° -) nei moduli o formulari consegnati all'investitore.

E' noto che l'articolo 56-quater, comma 1, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, ha aggiunto al comma 6 dell'art. 30 TUF il seguente inciso: "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)".

La norma ora prevede che per i contratti sottoscritti dal 1° settembre 2013 lo jus poenitendi debba essere applicato anche alle ipotesi di cui all'art. 1, comma 5, lettera a) TUF e riferite alle negoziazioni per conto proprio: la questione di diritto sull'ambito applicativo dei commi 6 e 7 dell'art. 30 TUF è stata definitivamente risolta sulla base dell'orientamento di legittimità che si è andato consolidando con la sentenza n. 13905/2013 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Con riferimento all'art. 56-quater comma 1, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, come correttamente ritenuto dal Tribunale (cfr. pagg. 12-14 della sentenza impugnata, con ampio richiamo alle motivazioni delle Sezioni Unite), la modifica apportata da tale norma non rileva nel caso di specie, e ciò in quanto la valenza retroattiva ed interpretativa della norma è stata già esclusa dalla Suprema Corte (cfr. Cfr. Cass. Civ., sez. III, 03 Aprile 2014, n. 7776, confermata dalla Cass.1368/2016): nell'esercizio della propria funzione di nomofiliachia, la Cassazione ha motivatamente escluso la possibilità di ritenere l'art. 56 quater richiamato come norma di interpretazione autentica, evidenziando come a tale qualificazione osti una lettura costituzionalmente orientata dalla norma stessa con riferimento all'art. 47 Cost., comma I nella parte in cui introdurrebbe un regime di favore per gli istituti di credito i quali abbiano stipulato contratti di negoziazione fuori sede prima del 1.09.2013.

Per quanto concerne il citato art. 56-quater del decreto del fare, e la possibilità o meno che possa configurarsi quale norma di interpretazione autentica, la Corte Costituzionale (sentenza 7-11 giugno 2014, n. 168) ha avuto modo di chiarire che "il legislatore può porre norme che retroattivamente precisino il significato di altre norme preesistenti, ovvero impongano una delle possibili varianti di senso del testo originario, purché compatibile con il tenore letterale di esso"; si è inoltre precisato che "in tali casi il problema da affrontare riguarda non tanto la natura della legge, quanto piuttosto i limiti che la sua portata retroattiva incontra alla luce del principio di ragionevolezza e del



rispetto di altri valori ed interessi costituzionalmente protetti”.

Riguardo a questi ultimi, “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica - essenziale elemento dello Stato di diritto - non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori”.

È dunque evidente che indipendentemente dalla autodefinizione di norma di interpretazione autentica (che peraltro sembra mancare nella documentazione relativa alla conversione del decreto del fare, cfr. dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 974, disponibile sul sito Istituzionale del Senato della Repubblica Italiana), quello che manca è la retroattività della norma (almeno per parte di essa): quest'ultima infatti si limita a stabilire che lo ius poenitendi è esteso “per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 [...] anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)” (e cioè alla negoziazione in conto proprio).

Il che non implica una efficacia sanante per i contratti, che non prevedono il diritto di recesso per l'investitore, stipulati prima della suddetta data.

Pertanto la nullità per omessa previsione del diritto di recesso per i contratti conclusi fuori sede è applicabile ai contratti relativi a tutti i servizi di investimento, anche se sottoscritti antecedentemente al 1° settembre 2013.

Detto ciò, lo scopo della norma sul diritto di recesso dell'investitore nel caso di contratti stipulati fuori sede è evitare che esso possa trovarsi vincolato da contratti sui quali non abbia potuto adeguatamente riflettere; adeguata riflessione che deve per contro presumersi già avvenuta quando sia il risparmiatore a recarsi di propria iniziativa nei locali dell'intermediario o della banca, ovvero, come si esprime oggi il D.Lgs. n. 58 del 1998, d'un "soggetto abilitato" a svolgere servizi di investimento (Cfr. Cass. Civ., SS. UU. n. 13905 del 03/06/2013).

Con tale pronuncia, le Sezioni Unite hanno posto fine ad ogni contrasto giurisprudenziale o dottrinario circa l'interpretazione, restrittiva o meno, da attribuire all'art. 30, comma 6 TUF, stabilendo che il diritto di recesso accordato all'investitore dal comma 6 dell'art. 30 TUF e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela.

La Corte Suprema ha ritenuto fondamentale fare riferimento alla ratio legis della norma: lo jus poenitendi trova la propria ragione nella circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori della sede dell'intermediario.

Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo



senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato.

Nella citata sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione proseguono precisando che se è l'esigenza di tutela l'obiettivo per cui il legislatore ha introdotto la disciplina del recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari stipulati fuori sede dall'intermediario, è arduo negare che la medesima esigenza si ponga non soltanto per le operazioni compiute nell'ambito della prestazione di un servizio di collocamento in senso proprio, ma anche per qualsiasi altra ipotesi in cui l'intermediario venda fuori sede strumenti finanziari ad investitori al dettaglio, sia pure nell'espletamento di un servizio d'investimento diverso.

A favore dell'interpretazione estensiva del comma 6 dell'art. 30 TUF, che sia in grado di meglio assicurare la tutela del consumatore, milita altresì l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, nel garantire "un livello elevato di protezione dei consumatori", impone d'interpretare le norme ambigue nel senso più favorevole a questi ultimi.

Dunque che l'attività svolta dalla Banca nei confronti del cliente, non potesse qualificarsi come "attività di collocamento" è irrilevante posto che, per quanto detto, l'obbligo di informazione sul diritto di recesso riguarda anche i contratti stipulati al di fuori dei servizi di collocamento in senso stretto.

Al riguardo, non si può non segnalare che, di per sé, alla mancata indicazione del diritto di recesso nel testo contrattuale fa riscontro - per logica sua propria - la non possibilità da parte del cliente di utilizzare, all'epoca della sottoscrizione, lo strumento del ius: è la sostanza della tutela preventiva a venire meno, nella realtà delle cose, non solo la prescrizione formale.

Le Sezioni Unite, scartato l'argomento letterale (che viene giudicato polivalente), quello storico (in ragione dell'evoluzione normativa che, nel trascorrere del tempo, ha inciso nel profondo la materia) e quello del diritto comunitario, hanno fatto perno sull'oggettiva «ratio legis» della norma dell'art. 30 tuf.

E così hanno sottolineato, appunto, che il luogo non abituale (come diverso da quello dei locali specialmente adibiti a propria attività dall'intermediario finanziario) con facilità può indurre il cliente «a una scelta negoziale non sufficientemente meditata», perché compiuta in una situazione di impreparazione.

In buona sostanza la Corte ha riaffermato il principio secondo cui l'attività bancaria/finanziaria «fuori sede» debba essere articolata con attenzione in ogni sua fase operativa e sottoposta a speciali cautele di tratto preventivo, nonché a tutele di ordine successivo.

In particolare, la chiusura della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite porta un



riferimento ai «principi generali desumibili» dal TUF, che vengono dichiarati quali pure supportati dalla norma dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, nel «garantire un "livello elevato di protezione dei consumatori", per ciò stesso impone d'interpretare le norme ambigue nel senso più favorevole a questi ultimi».

E pure questo passaggio è rilevante: in specie, perché evidentemente inteso a valorizzare - e sul piano direttamente negoziale dello svolgimento dell'attività di impresa finanziaria - la clausola generale predisposta nella lett. a. dell'art. 21, comma 1, TUF, del necessario agire dell'intermediario medesimo nel senso di «servire al meglio l'interesse dei clienti».

Tutto ciò sullo sfondo della constatazione della illegittimità costituzionale di trattamenti differenziati per situazioni sostanzialmente omogenee.

Dunque, come visto, la ratio dell'art. 30, comma 6, TUF è quella di tutelare, al pari di tutte le altre norme nazionali adottate per dare attuazione alla direttiva europea 20 dicembre 1985 (85/577/Cee), il consumatore contro il rischio derivante dalla conclusione di contratti fuori dei locali commerciali e di garantirgli la facoltà di liberarsi dall'impegno, già assunto o in corso di formazione, in un congruo "spatium deliberandi": pertanto tale norma disciplina in maniera unitaria l'offerta fuori sede di tutti i servizi di investimento previsti all'art. 1, comma 6, TUF e prevede, al suo comma 6, uno "ius poenitendi" applicabile a ogni forma di vendita di titoli mobiliari e non solo al collocamento fuori sede di strumenti finanziari.

Ciò non è stato contemplato e concesso in relazione ai contratti di cui è causa, con conseguente declaratoria di nullità a norma di quanto previsto dall'art. 30, c.7, TUF.

Quindi, come ha correttamente rilevato il Tribunale, alla fattispecie in esame risulta astrattamente applicabile l'orientamento interpretativo di cui alle Sez. un., 03/06/2013, n. 13905, le quali inoltre, ebbero pure a precisare che "si intende, poi, che la disciplina del recesso di cui si sta parlando non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro, che di per sé non implica l'acquisto di strumenti finanziari ed è perciò sicuramente estranea alla nozione di "collocamento", sia pur latamente intesa", principio applicabile nella fattispecie in esame ove nel contratto di swap alcuna previsione di recesso è stata contemplata".

Tale orientamento, come puntualmente ricordato dal Tribunale nella sentenza impugnata (cfr. pag. 15) è stato di recente ancora ribadito (cfr. Cass. civ. Sez. I, Sent., 29/01/2016, n. 1751; Cass. civ. Sez. I, Sent., 26/01/2016, n. 1368).

Il Tribunale ha altresì sottolineato che tale interpretazione risultava confermata dalla stessa modulistica della banca consegnata (cfr. pag. 9 sentenza impugnata), così che l'odierna appellante era perfettamente consapevole della necessità della previsione



del diritto di recesso in ogni singolo negozio stipulato in attuazione del contratto quadro.

Giova sul punto precisare che, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, l'art. 4 del contratto quadro (così come testualmente riportato a pag. 9 della sentenza impugnata) non sanciva certamente un diritto di recesso, denotando piuttosto la prova della consapevolezza della banca circa il fatto che nei singoli contratti di collocamento (dunque anche nel contratto swap di cui è causa), fosse necessaria la previsione della facoltà di recesso al fine di evitare una pronuncia di nullità del negozio: il tutto in perfetta coerenza con il principio, consacrato dalla giurisprudenza, secondo cui la disciplina del recesso non può che riguardare i singoli rapporti negoziali in base ai quali, di volta in volta, l'investitore si trovi a sottoscrivere uno strumento finanziario offertogli dall'intermediario fuori sede, e non la stipulazione del c.d. contratto-quadro.

Nessun dubbio, dunque, che l'avvertimento ex art. 30 TUF dovesse essere inserito nel singolo contratto di swap.

La sentenza impugnata ha rilevato inoltre come «...» potesse essere considerata un cliente professionale (cfr. pagg. 10-12), dovendo al contrario essere qualificata come un cliente privato (e lo stesso vale per i legali rappresentanti in considerazione delle loro qualifiche professionali), e la statuizione non è stata oggetto di gravame; il Tribunale, con motivazione condivisibile, ha inoltre rilevato che, essendo la sollecitazione alla sottoscrizione dello swap venuta proprio dalla Banca, nel caso di specie sussisteva quell'esigenza di tutela del cliente alla base della pronuncia di Cass. Civ., Sez. Un., n. 13905/2013.

Il Giudice di prime cure ha pure correttamente evidenziato che l'art. 30 TUF che, come visto, è applicabile ad ogni operazione di collocamento in senso lato, ricomprende espressamente gli swap (senza alcuna distinzione) tra gli strumenti finanziari ai quali è applicabile la previsione del diritto di recesso, così che può ben dirsi che la sottoscrizione di uno swap costituisca la negoziazione di uno strumento finanziario ai sensi del Tuf, con conseguente applicazione dell'art. 30 Tuf in tema di recesso (peraltro il predetto art. 30, comma 9, dispone in via di chiusura che “il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari”).

Le considerazioni di cui sopra valgono anche in relazione alle argomentazioni della Banca riguardanti le specifiche caratteristiche degli strumenti finanziari di cui è causa (swap OTC) che sarebbero stati negoziati bilateralmente tra le parti, e fuori dai mercati regolamentati: non si sarebbe trattato, quindi, di contratti standardizzati.

L'art. 30 TUF, come visto, è applicabile ad ogni operazione di collocamento in senso lato.

Circa la prospettata esclusione del c.d. “effetto sorpresa” che, secondo la Banca, renderebbe la fattispecie di cui è causa estranea all'ambito di applicazione dell'art. 30



TUF, occorre sottolineare che l'esclusione del diritto di recesso non può dipendere dall'esistenza di trattative più o meno approfondite fra le parti (tale questione, infatti, attiene al corretto adempimento delle obbligazioni gravanti sulla Banca, circostanza che tuttavia rileva solo dopo l'accertamento della validità del contratto): ragionando diversamente si correrebbe il rischio di cadere nell'arbitrio, posto che mancherebbe un criterio preciso ed univoco per sottrarre le singole fattispecie alla sanzione di cui all'art. 30 TUF.

Alla luce, dunque, di quanto precede, merita piena conferma la sentenza impugnata laddove ha ritenuto l'insussistenza dell'informazione relativa al diritto di recesso, con la conseguente declaratoria di nullità (che può essere eccepita solo dal cliente, oltre ad essere rilevabile d'ufficio) dei contratti per cui è causa, per violazione delle norme contenute nell'art. 30 Tuf, con assorbimento quindi di ogni altra questione.

7. L'appello deve quindi essere respinto: la soccombenza dell'appellante comporta la condanna della stessa alla rifusione, alla parte appellata, delle spese del presente grado che si liquidano ai sensi del DM 55/2014, tenuto conto del valore della causa (compreso nello scaglione da € 52.000,01 a € 260.000,00), delle fasi di studio, introduttiva e decisionale nei loro valori medi, nei seguenti importi: per fase di studio € 2.835,00#, per fase introduttiva € 1.820,00#, per fase decisoria € 4.860,00# e così in complessivi € 9.515,00# per compensi oltre al rimborso forfettario nella misura del 15%, CPA e IVA se non detraibile dalla parte vittoriosa.

Dagli atti non risultano spese vive documentate.

Ai sensi dell'art. 13 T.U. 30.5.2002 n. 115, come modificato dall'art. 1 comma 17 L. 24.12.2012 n. 228, sussistono i presupposti di cui al comma 1-quater della citata norma ossia del versamento ad opera della parte appellante di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la presente causa.

P. Q. M.

La Corte d'Appello di Torino, Sezione Prima Civile, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando, respinge l'appello proposto da e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 4987/2016 del Tribunale di Torino, pronunciata nella causa iscritta al n. 15435/2015 RG, pubblicata in data 19.10.2016; dichiara tenuta e condanna a rimborsare a parte appellata le spese del giudizio di secondo grado che si liquidano in € e compensi oltre al rimborso forfettario nella misura del 15%, CPA e IVA; dichiara che sussistono i presupposti di cui al comma 1 quater dell'art. 13 T.U. 30.5.2002 n. 115 ossia del versamento ad opera della parte appellante di un ulteriore importo a titolo



Sentenza n. 1860/2018 pubbl. il 29/10/2018

RG n. 854/2017

Repert. n. 1949/2018 del 29/10/2018

di contributo unificato pari a quello dovuto per la presente causa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 2.10.2018 della Sezione Prima Civile della
Corte d'Appello di Torino.

IL PRESIDENTE

(dr. ssa Renata Silva)

L'ESTENSORE

(dr. Marco Leone Coccetti)

