



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD

-Terza Sezione Civile-

nella persona del giudice, dott. Arminio Salvatore Rabuano,
ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel processo n. 13283/2019 Registro Generale Affari Civili Contenziosi vertente tra le seguenti parti:

(C.F.:) (C.F.: S),

;

ATTORI

Barclays Bank Ireland Plc, P. IVA, C.F. e iscrizione al registro delle imprese di Milano-Monza Brianza numero 10508010963, in persona del procuratore speciale

CONVENUTA

FATTI RILEVANTI

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c., ed deducevano che:
-in data 14 dicembre 2007 avevano stipulato, per atto del Notaio dott. Claudio De Vico di Giugliano in Campania – Rep. N. 232004 e Racc. n. 15824, con la Barclays Bank PLC contratto di mutuo fondiario per l'importo complessivo di euro 152.000,00, per la durata di 30 anni da restituirsi in rate mensili



posticipate, con la prima in scadenza in data 14 gennaio 2008 e l'ultima con scadenza in data 14 dicembre 2037;

-sul capitale di euro 152.000,00, la banca rilasciava n. 2 assegni circolari rispettivamente di € 100.000,00 ed € 50.805,12 emessi dalla banca mutuante, al netto di € 1.194,88 di spese iniziali;

-il tasso di interesse nominale mensile dello 0,420% era pari a un dodicesimo del tasso di interesse nominale annuo del 5,040%;

-il tasso di cambio Franco Svizzero/Euro era determinato convenzionalmente in Franchi Svizzeri 1,6835 per un euro;

-venivano calcolati ed addebitati sulla prima rata euro 20,99 di interessi di preammortamento;

-gli artt. 4 e 4 bis del contratto stabilivano che:

--“Nel corso dei mesi di giugno e di dicembre la Banca determinerà: A)Per il primo semestre scadente il 31 maggio o il 30 novembre: a. L'eventuale differenza tra gli interessi calcolati al tasso di interesse convenzionale e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso Libor Franco Svizzero sei mesi rilevato per valuta ultimo giorno lavorativo del mese di erogazione, maggiorato di 1,30 punti percentuali; b. L'eventuale differenza tra il tasso di cambio convenzionale Franco Svizzero/Euro e quello rilevato per valuta sulla pagina FXBK del circuito Reuter. c. La differenza così determinata sarà applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri di quanto liquidato alla parte mutuataria in linea capitale ed interessi nel corso dei sei mesi o frazione che precedono le date del 1°giugno e 1°dicembre. B)Per i semestri successivi sino alla scadenza del contratto di mutuo: a. L'eventuale differenza tra gli interessi calcolati nel semestre precedente in base al tasso di interesse convenzionale e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso Libor Franco Svizzero sei mesi per valuta 31 maggio relativamente al semestre 1 giugno – 30 novembre e per valuta 30 novembre relativamente al semestre 1 dicembre – 31 maggio, rilevato sulla pagine Libor02 del circuito Reuter, maggiorato di 1,300 punti percentuali; b. L'eventuale differenza tra il tasso di cambio convenzionale Franco Svizzero/Euro e quello rilevato per valuta, il 31 maggio per il semestre scadente a tale data, rilevato sulla pagina FXBK del circuito Reuter. C)La differenza così determinata sarà applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri di quanto liquidato alla Parte mutuataria in linea capitale ed interessi nel corso dei sei mesi che precedono le date del 1°giugno e del 1°dicembre”;

-- “Ad ogni scadenza l'importo globale determinato dalla somma algebrica delle cifre rinvenenti dalle operazioni sopra descritte, costituirà il conguaglio positivo o negativo e sarà regolato come segue: In caso di conguaglio positivo in favore della parte mutuataria l'importo sarà accreditato in uno speciale rapporto di deposito fruttifero appositamente acceso. In caso di conguaglio negativo per la parte mutuataria, l'importo sarà addebitato sul rapporto di deposito fruttifero di cui sopra”;

-Veniva altresì precisato che l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) era pari al 4,211%.



-l'art. 5 prevedeva gli interessi di mora da applicarsi in caso di ritardato pagamento delle rate, il cui tasso veniva stabilito come la media mensile del tasso Euribor 3 mesi, calcolato applicando il divisore 360 maggiorato di 3,50 in ragione d'anno; si precisava altresì che: "La Media mensile del tasso Euribor 3 mesi divisore 360 sarà quella relativa al mese di dicembre precedente per il primo trimestre solare dell'anno, al mese di marzo precedente per il secondo, al mese di giugno precedente per il terzo ed al mese di settembre per il quarto".

Gli attori deducevano che dalla relazione tecnica predisposta da un proprio consulente risultavano le seguenti anomalie:

-errata indicazione dell'ISC nella misura di 4,211% inferiore al TAN pari a 5,040%;

-nullità del contratto per indeterminatezza del tasso corrispettivo e per contrarietà dell'oggetto all'ordine pubblico ed economico. In particolare, gli istanti deducevano che la modalità di determinazione del tasso di interesse era contenuta in una clausola nulla, atteso che gli articoli 4 e 4-bis del contratto, relativi ai meccanismi della doppia indicizzazione finanziaria, riferita al tasso Libor CHF a 6 mesi e valutaria, al tasso di cambio CHF/EURO e del deposito fruttifero, violavano il principio di trasparenza, in quanto non erano stati redatti in maniera chiara e comprensibile;

-la clausola di cui all'articolo 7 del contratto relativa alla commissione di estinzione anticipata prevedeva l'articolazione in due fasi del calcolo dell'importo del capitale in euro oggetto di restituzione anticipata. Il contratto prevedeva la conversione del "capitale restituito" in franchi svizzeri applicando il tasso convenzionale di cambio adottato al momento della stipula, fissato nel contratto; poi si prevedeva la conversione in euro del "capitale restituito" adottando il tasso di cambio CHF/EURO esistente al momento dell'estinzione. Gli attori rappresentavano che la clausola non esponeva in maniera intellegibile il funzionamento di tale meccanismo di conversione della valuta estera in quanto non indicava le operazioni aritmetiche da eseguire per realizzare la descritta duplice conversione e non evidenziava il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che il consumatore non era in grado di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi ed intellegibili, le conseguenze economiche che da essa sarebbero derivate e di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e, di conseguenza, fare delle scelte consapevoli e corrette. Tale clausola, secondo gli attori, presentava anche l'utilizzo al suo interno dapprima della locuzione "capitale restituito", con riferimento alla generale ipotesi dell'estinzione anticipata, totale o parziale, del mutuo, e successivamente la locuzione "debito residuo", con riferimento allo specifico caso del rimborso totale del mutuo ingenerando confusione circa il calcolo da effettuare nel caso di specie, tenuto conto anche che la locuzione "capitale restituito" avrebbe potuto essere intesa come riferita al capitale già restituito al momento della richiesta del consumatore e non a quello da restituirsi.



-su richiesta delle parti di estinguere anticipatamente il contratto, la Banca inviava ai mutuatari il conteggio per “Estinzione totale Anticipata del contratto di mutuo” indicando in € 57.755,77 la penale di estinzione qualificata dalla Banca come “Rivalutazione del cambio”;

-era errato il dato “cambio storico Franco Euro”, in quanto palesemente difforme rispetto alle previsioni del contratto originario, e che, inoltre, la predetta commissione, commisurata al debito residuo di euro 118.516,59, risultava incidere nella misura percentuale del 48,73%.

Nel formulare le proprie conclusioni, _____ e _____ domandavano al Tribunale di Napoli Nord: “Voglia l’Onorevole Tribunale adito, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, per tutte le ragioni in fatto ed in diritto illustrate in narrativa, così giudicare: a) accertare e dichiarare il carattere usurario ab origine del contratto di mutuo e del relativo piano di ammortamento; b) accertare e dichiarare la illegittimità delle clausole contrattuali che stabiliscono la modalità del calcolo degli interessi (art. 4); di quelle che prevedono il funzionamento del cd. deposito fruttifero (art. 4 bis); di quelle che stabiliscono le modalità di calcolo della conversione del tasso di interesse riferito Franco svizzero ad un tasso di interesse riferito all’euro (art. 7 bis); di quelle che individuano le modalità di calcolo dell’importo del capitale residuo in caso di estinzione anticipata (articolo 7 estinzione anticipata)”; c) per l’effetto accertare e dichiarare il carattere gratuito del mutuo e la conseguente non debenza di tutti gli interessi maturati e maturandi, spese ed oneri pattiziamente stabiliti; d) conseguentemente, previa rideterminazione del piano di ammortamento accertare e dichiarare l’ammontare dell’importo dovuto dalla Banca Barclays PLC ai ricorrenti a titolo di interessi non dovuti condannando la stessa alla restituzione; e) accertare e dichiarare nulla la clausola di cui all’articolo 7 (risoluzione), dichiarando non dovuta la pretesa commissione di estinzione; f) condannare la banca ex art. 96 c.p.c. al risarcimento del danno per avere con il suo comportamento determinato la lite ed avervi resistito ben conscia del proprio torto; g) con vittoria di spese e competenze professionali oltre iva, cpa e spese generali da distrarre in favore dei procuratori che dichiarano di averne fatto anticipo”.

Il tribunale con decreto del 27 maggio 2019 fissava l’udienza del 15 maggio 2020; il termine di 10 giorni prima della data dell’udienza entro il quale il resistente avrebbe dovuto costituirsi in giudizio; il termine di 30 giorni prima della data entro il quale il resistente avrebbe dovuto costituirsi in giudizio per la notifica a cura dell’istante del decreto unitamente al ricorso introduttivo.

Il ricorso e il decreto del tribunale venivano notificati in data 20 aprile 2020.

Con decreto dell’8.05.20 il giudice, applicando la normativa di cui all’art. 83 D.L. 18/23, differiva la prima udienza al giorno 28 maggio 2020.

In data 18 maggio 2020 la Barclays Bank Ireland Plc si costituiva in giudizio ed eccepiva:

- la nullità dell’atto di citazione per indeterminatezza del titolo e dell’oggetto della domanda;
- la nullità del ricorso per tardività della notifica e violazione del termine concesso ai sensi dell’art. 702 bis c.p.c. In particolare, parte resistente deduceva che il giudice fissando l’udienza al 15 maggio 2020



aveva assegnato ai ricorrenti il termine “di 30 giorni prima della data entro il quale il resistente deve costituirsi in giudizio”, “per la notifica a cura dell’istante del presente decreto unitamente al ricorso introduttivo” e che gli istanti avevano notificato il ricorso e il decreto in data 20 aprile 2020 che, invece, avrebbero dovuto essere notificati il giorno 4 aprile 2020;

-la nullità del ricorso per omesso avvertimento previsto nel numero 7) dell’articolo 163 c.p.c.;

-l’omessa proposizione della procedura di mediazione.

Il giudice istruttore, con ordinanza del 4 giugno 2020, non rinvenendo nel fascicolo telematico le memorie delle parti, che non erano state poste in visione dalla cancelleria, fissava la nuova udienza “cartolare” per il giorno 18 giugno 2020.

Con ordinanza del 19 giugno 2020, il giudice fissava il termine per l’attivazione da parte dei ricorrenti della procedura di mediazione.

Successivamente all’esito dell’udienza tenutasi in data 5 novembre 2020 in forma cartolare, il giudice disponeva la conversione del rito e fissava l’udienza ex art. 183 c.p.c. per il giorno 21 gennaio 2021.

Il giudice con ordinanza del 21 gennaio 2021, su richiesta di entrambe le parti, concedeva i termini di cui all’art. 183 co. 6 c.p.c.

Con ordinanza adottata in data 3 giugno 2021, a scioglimento della riserva assunta all’udienza del 13 maggio 2021, il giudice, dopo aver premesso che il negozio oggetto di causa avrebbe potuto costituire “un contratto derivato”, assegnava alle parti il termine dell’1° luglio 2021 per consentire il deposito di memorie con le quali svolgere difese in ordine a tale tematica.

Il giudice con ordinanza dell’8 luglio 2021 formulava una proposta di conciliazione che, tuttavia, non era accettata dalle parti.

Ritenuta la causa matura per la decisione, il giudice fissava l’udienza del 23 giugno 2022 per la precisazione delle conclusioni all’esito della quale concedeva i termini di cui all’art. 190 c.p.c.

Con ordinanza del 18 ottobre 2022 il giudice, disponeva la rimessione della causa sul ruolo ritenendo opportuno nominare un consulente per la soluzione di questioni tecniche e fissava, per il conferimento dell’incarico, l’udienza del 27 ottobre 2022.

Svoltasi l’esame peritale, il giudice fissava l’udienza di precisazione delle conclusioni, concedeva i termini di cui all’art. 190 c.p.c. e si riservava per il deposito della sentenza.

RAGIONI GIURIDICHE DELLE DECISIONE

1.Eccezione di nullità del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. introduttivo del giudizio

Preliminarmente, devono essere esaminate le eccezioni di nullità del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. formulate da Barclays Bank Ireland Plc la quale ha dedotto:

-l’incertezza della domanda giudiziale formulata dai coniugi



-che i coniugi _____ in violazione del termine a comparire di quaranta giorni di cui all'art. 702 bis c.p.c., avevano notificato in data 20 aprile 2020 il ricorso e il decreto del tribunale che aveva fissato l'udienza di comparizione del 15 maggio 2020;

-l'omessa indicazione nel ricorso dell'avvertimento di cui agli artt. 702 bis, 163 co. 3 n. 7 c.p.c.

1.1. L'eccezione di nullità del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. per violazione dell' artt. 163 co. 3, n. 3, 4 c.p.c. è infondata.

Il profilo oggettivo della domanda si articola nel petitum, la cosa oggetto della domanda, e nella causa petendi, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa.

L'art. 163 co. 3 n. 3 e 4, nel prescrivere la necessità di definire con l'atto di citazione gli elementi oggettivi della domanda svolge la funzione di consentire al giudice di individuare il thema decidendum e al convenuto di svolgere le proprie difese.

La sanzione della nullità prevista dall'art. 164 co. 4 è posta a presidio, dunque, del potere di cognizione del giudice, al fine di consentirgli di avere piena conoscenza dei fatti controversi, e del diritto di difesa del convenuto, per garantirgli la consapevolezza dei fatti sui quali è fondata la pretesa della controparte. Ne deriva che la nullità opera solo quando nell'atto di citazione i fatti posti a fondamento della domanda sono rappresentati in modo tale da pregiudicare il potere di cognizione del giudice e il diritto di difesa del convenuto.

1.1.2. Nel ricorso ex art. 702 bis c.p.c., i coniugi _____ evidenziano in modo preciso sia i fatti posti a fondamento delle proprie istanze sia i provvedimenti richiesti al tribunale, consentendo al giudice di individuare il thema decidendum eD alla banca, che ha depositato memorie ampie e articolate, di esercitare il proprio diritto di difesa.

1.2. L'esame delle eccezioni di nullità per violazione degli artt. 702 bis co. 3 c.p.c., 163 co. 3 n. 7 c.p.c., impone una preliminare esposizione della normativa emergenziale che ha dettato il regime giuridico delle attività e dei termini processuali per il periodo compreso tra il 9 marzo 2020 e il 12 maggio 2020 e, conseguentemente, dell'attività processuale svolta nel presente giudizio in tale periodo.

1.2.1. L'art. 83 D.L. 2020 n. 18 ha previsto "1. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020. 2. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di



sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto...”.

L' art. 36, comma 1, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 ha prorogato il termine del 15 aprile 2020 e ha stabilito: “Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai procedimenti di cui ai commi 20 e 21 dell'articolo 83 del decreto-legge n. 18 del 2020”.

Esaminando gli atti dell'istruttoria emerge che il giudice con decreto del 27.12.19 aveva stabilito i seguenti termini

-15 maggio 2020 per lo svolgimento della prima udienza;

-10 giorni prima della data dell'udienza e, quindi, il 5 maggio 2020 per la costituzione del resistente;

-30 giorni prima del 5 maggio e, quindi, il 5 aprile ricadente di domenica e, pertanto differito ai sensi dell'art. 155 commi 4 e 5 c.p.c. al 3 aprile 2020 per la notifica del decreto di fissazione di udienza unitamente al ricorso introduttivo.

I ricorrenti notificavano il ricorso, nel quale era omesso l'avviso di cui all'art. 163 co. 3 n. 7 c.p.c., in data 20 aprile 2020.

La banca si costituiva in data 18 maggio 2020 ed eccepiva la nullità del termine a comparire di trenta giorni evidenziando che il ricorso e il decreto erano stati notificati in data 20 aprile e non in data 3 aprile 2020.

In base alle disposizioni normative emergenziali il giudice con decreto dell'8 maggio 2020 differiva l'udienza al giorno 28 maggio 2020.

Le memorie scritte depositate dalle parti per l'udienza del 28 maggio 2020 non erano state tempestivamente sottoposte alla visione del giudice, il quale con ordinanza del 4 giugno 2020 fissava la successiva udienza al 18 giugno 2020.

Quindi, con ordinanza del 20 giugno 2020 il giudice, rilevata l'improcedibilità dell'azione ai sensi dell'art. 5 co. 5 bis D.Lgs. 28/10 concedeva il termine per l'attivazione da parte degli attori della procedura di mediazione e fissava, quindi, l'udienza del 5.11.20.

Esaminando lo svolgimento dell'istruttoria emerge che nel ricorso i coniugi _____ hanno omesso di dare l'avviso di cui all'art. 163 co. 3 n. 7 c.p.c. e la violazione dei termini a comparire di cui all'art. 702 bis c.p.c. tenuto conto che:

-parte ricorrente, sebbene l'attività processuale fosse sospesa, ha notificato il ricorso e il decreto del Tribunale alla controparte in data 20 aprile 2020. In questo caso, nessuna nullità è rilevabile atteso che la parte ha rinunciato agli effetti sospensivi fissati dalla normativa emergenziale e ha proceduto alla notifica del ricorso e del decreto;



-il giudice con decreto dell'8 maggio differiva la prima udienza, cadente durante il periodo di sospensione, al 28 maggio 2020;

-dal 12 maggio 2020 è iniziato a decorrere il termine a comparire della Barclays che, quindi, ha avuto un termine ristretto per potersi costituire in giudizio e, precisamente, dal 12 maggio al 28 maggio 2020.

Il Tribunale evidenzia, tuttavia, che sebbene vi sia stato l'omesso avviso di cui all'art. 163 co. 3 n. 7 c.p.c. e la violazione del termine a comparire come disposto dall'art. 702 bis co. 3 c.p.c., le eccezioni di nullità della Barclays Bank Ireland Plc sono infondate.

L'art. 164 c.p.c. dispone: "1.La citazione è nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'art. 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge ovvero se manca l'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163...3.La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini".

Questo giudicante osserva che l'art. 164 c.p.c. debba essere interpretato in base al principio di cui all'art. 156 co. 3 c.p.c.

L'art. 156 co. 3 c.p.c. dispone: "La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato".

La disposizione in esame impone al giudice di verificare, in caso di difformità rispetto al paradigma normativo dell'atto processuale:

- lo scopo fissato dalla normativa che prevede il requisito formale-temporale dell'atto processuale;
- se l'atto concretamente compiuto difforme rispetto al modello legale abbia raggiunto lo scopo fissato dalla legge.

Il principio fondamentale del sistema processual-civilistico è coerente con il metodo ermeneutico fondato sui canoni dell'interpretazione teleologica e assiologica delle norme che devono essere governate tramite i principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità.

Questa impostazione è affermata dalla stessa Corte di legittimità che ha precisato: "La chiave ermeneutica delle norme processuali, d'altronde, è proprio l'effettività della posizione giuridica che presidiano, trattandosi di norme di natura teleologica, e non vevoli di per sé come le norme sostanziali (cfr. da ultimo Cass. sez. 1, 21 novembre 2016 n. 23638, Cass. sez. 5, 18 dicembre 2014 n. 26831 e Cass. sez. I, 19 marzo 2014 n. 6330)".

Quindi, l'art. 164 c.p.c. deve essere esaminato verificando:

- la ratio degli artt. 163 co. 3 n. 7, 702 bis co. 3 c.p.c. che è, rispettivamente, di tutelare il diritto di difesa del convenuto/resistente e consentirgli di formulare specifiche eccezioni di merito in senso stretto e domande riconvenzionali;



-se, in concreto, è stato leso il diritto di difesa del convenuto/resistente. Tale verifica deve essere svolta in ragione dell'oggetto del giudizio, della complessità, della novità o serialità sul piano giuridico delle questioni sottoposte alla cognizione del Tribunale; della qualifica delle parti; della complessità ricostruttiva dei fatti.

Tale impostazione ermeneutica è seguita anche dalla Corte di cassazione che, con un orientamento condivisibile ha affermato che “qualora il convenuto si difenda oltre la soglia, per così dire, del difetto di rito alla cui correzione è finalizzato l'art. 164 c.p.c., comma 3, tale difesa attesta l'assenza di un concreto pregiudizio difensivo subito dal convenuto per la violazione del termine a comparire, onde la sua costituzione, il cui contenuto apporta proprio tale dimostrazione, sana la nullità formalmente prevista, altrimenti, dall'art. 164 c.p.c., comma 3. Si rientra, anzi, nella regola generale che quest'ultima norma detta nella sua prima parte ("la costituzione del convenuto sana i vizi della citazione"), subordinando l'applicazione dell'eccezione disposta nella parte finale ad una concreta lesione del diritto difensivo del convenuto, così da evitare che l'eccezione di inosservanza dei termini a comparire (o della mancanza dell'avvertimento ex art. 163 c.p.c., n. 7) produca un mero effetto di rallentamento e aggravamento della sequenza processuale senza soccorrere alcuna reale necessità di tutela di chi l'eccezione ha proposto” (cfr. Cass. 2017 n. 10400).

Tanto premesso, il Tribunale evidenzia che:

-la domanda proposta dai coniugi

--non presenta nessuna difficoltà o complessità nella prospettazione e ricostruzione dei fatti empirico-materiali che sono pacifici tra le parti;

--implica l'esame di questioni giuridiche particolarmente complesse afferenti alla natura dei cd. “contratti di mutuo fondiario con doppia indicizzazione”;

--sottintende l'esame di questioni seriali come emerge dal deposito in giudizio, allegati alla comparsa di costituzione e risposta, da parte della Barclays di n. 35 precedenti giurisprudenziali relativi a cause in cui la Barclays è stata parte in giudizio;

la Barclays:

--ha svolto difese di mero diritto;

-- non ha dedotto la volontà di formulare eccezioni in senso stretto o una domanda riconvenzionale con la conseguente necessità di avere un maggiore spazio temporale per dedurre e articolare le proprie eccezioni e istanze;

-la prima udienza si è svolta in data 21.01.21, dopo che i coniugi _____ hanno adempiuto all'onere di attivare la procedura di mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 1 bis D.Lgs. 28/10 e, dopo che è stata disposta la conversione del rito sommario in rito ordinario. In definitiva, il Tribunale rileva che dalla data del 12 maggio 2020, data di cessazione degli effetti sospensivi previsti dalla normativa emergenziale e il 21.01.21 sono trascorsi 254 giorni, quindi, un termine ampio, superiore al termine di quaranta giorni



prescritto dall'art. 702 bis co. 3 c.p.c. entro cui parte resistente ha potuto svolgere la proprie difese in diritto.

2.Domanda di accertamento della nullità delle clausole 4, 4 bis, 7 bis del contratto di mutuo formulata dai coniugi

Il Tribunale ritiene di esaminare, in base al principio della ragione più liquida, le seguenti domande dei coniugi “accertare e dichiarare la illegittimità delle clausole contrattuali che stabiliscono la modalità del calcolo degli interessi (art. 4); di quelle che prevedono il funzionamento del cd. deposito fruttifero (art. 4 bis); di quelle che stabiliscono le modalità di calcolo della conversione del tasso di interesse riferito Franco svizzero ad un tasso di interesse riferito all'euro (art. 7 bis); di quelle che individuano le modalità di calcolo dell'importo del capitale residuo in caso di estinzione anticipata (articolo 7 estinzione anticipata)”; c) per l'effetto accertare e dichiarare il carattere gratuito del mutuo e la conseguente non debenza di tutti gli interessi maturati e maturandi, spese ed oneri pattiziamente stabiliti; d) conseguentemente, previa rideterminazione del piano di ammortamento accertare e dichiarare l'ammontare dell'importo dovuto dalla Banca Barclays PLC ai ricorrenti a titolo di interessi non dovuti condannando la stessa alla restituzione; e) accertare e dichiarare nulla la clausola di cui all'articolo 7 (risoluzione), dichiarando non dovuta la pretesa commissione di estinzione” (Le diverse eccezioni e doglianze fatte valere dagli oppositori vanno ritenute assorbite in virtù del principio della cd. “ragion più liquida” (cfr. Cass. Civ., sez. Lav., sent. n. 9309/2020, secondo cui: “La causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza necessità di esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c.”), essendo, il rilievo della carenza della legittimazione attiva dell'opposta, idoneo a determinare la decisione del presente giudizio. Il tutto in ossequio ai principi di economia processuale e di celerità del giudizio ispiranti il modello di “giusto processo” di cui all'art. 111 Cost.”.

2.1.Le domande sono fondate.

Il Tribunale ritiene che si debba procedere all'esame delle seguenti questioni:

- configurabilità nel nostro ordinamento giuridico dei contratti di finanziamento con componente derivativa;
- qualificazione giuridica dei contratti con componente derivativa;
- regime giuridico applicabile.

2.1.1.Con riferimento alla prima questione il Tribunale evidenzia che dall'esame sistematico delle norme che regolano il mercato dell'intermediazione creditizia, finanziaria e assicurativa si evince che il



legislatore ha contemplato la figura del contratto di finanziamento con componente derivativa o, secondo la definizione proposta in dottrina, di contratto di “credito strutturato”.

L'art. 1, comma 1, lett. u), TUF, riconduce alla categoria dei derivati gli “strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”. La Corte di legittimità ha interpretato la disposizione nel senso che “sebbene non sia tipizzato dal testo unico, il contratto di investimento si presta ad assurgere a forma giuridica di ogni investimento di natura finanziaria, ai sensi del citato art. 1, comma 1, lett. u). L'atipicità del contratto riflette la natura aperta ed atecnica di prodotto finanziario (...), la quale, se da un lato costituisce la risposta del legislatore alla creatività del mercato ed alla molteplicità di prodotti offerti al pubblico dai suoi attori, dall'altro risponde all'esigenza di tutela degli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal testo unico anche forme innominate di prodotti finanziari” (*cf.* Cass. 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contratti*, 2013, 1105).

L'art. 1, comma 6, lett. c), TUF sottopone al regime giuridico previsto per l'attività di intermediazione finanziaria i servizi di investimento accessori e, quindi, i negozi di concessione di un finanziamento per consentire all'investitore di compiere un atto di investimento di cui sia parte lo stesso intermediario finanziario.

Come è stato evidenziato in dottrina, la ragione della previsione normativa risiede nell'esigenza che l'intermediario, quando predisporre due contratti finanziamento ed investimento “agisca come il titolare di un ufficio di diritto privato che presta servizi di investimento” e “questa esigenza ricorre anche nel caso del finanziamento che incorpora un derivato”.

Inoltre, è stato rilevato che il nostro ordinamento riconosce forme “ibride” e, quindi, di contratti misti che hanno a oggetto prodotti assicurativi/finanziari. Invero, gli artt. 1 lett. w-bis e 25 bis TUF prevedono l'applicazione delle regole che conformano i doveri dell'intermediario finanziario ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione.

Il Tribunale evidenzia, peraltro, che l'art. 62 co. 3 D.L. n. 112/2008, come sostituito dal comma 572 della legge di stabilità 2014, vieta alla pubblica amministrazione di concludere contratti derivati e anche contratti di finanziamento che includono componenti derivate, con l'eccezione esplicita degli interest rate cap inseriti nei finanziamenti a tasso variabile.

Il legislatore ha quindi ritenuto configurabile i contratti di finanziamento con componente derivata e, in letteratura, è stato evidenziato che “con ciò, il legislatore ordinario dimostra di considerare in modo identico, dal punto di vista dello scopo della norma imperativa, il contratto derivato e la componente derivativa che sia inclusa in un contratto di finanziamento”.

È stato osservato, sempre in letteratura, che la Consob, con la Comunicazione n. 9019104 di Livello 3, ha preso atto dell'esistenza di contratti di finanziamento con componente derivativa.

Nel dettaglio, in tale comunicazione l'Autorità di vigilanza ha precisato che “per i prodotti composti che inglobano una componente derivativa l'indagine sull'idoneità delle conoscenze e dell'esperienza di



cui è dotato il cliente dovrà essere condotta dall'intermediario anche partitamente per ognuna delle sue componenti” e “tale valutazione dovrà specificamente tenere conto della intelligibilità, per il cliente, della natura e degli effetti aleatori del derivato incorporato, affinché sia verificata la consapevolezza delle scelte effettuate”.

Infine, sono stati indicati tutta una serie di dati normativi che prevedono una forma di “ibridazione” tra contratti di finanziamento e “derivati”:

-la direttiva 2008/48/CE ha previsto che gli interessi possono essere costituiti, per il legislatore, anche da un tasso variabile.

-ricependo la Dir. 2014/17/UE l'art. 120-quaterdecies T.U.B. disciplina il contratto di credito denominato in valuta estera;

-l'art. 125 sexies, 120 ter e 40 TUB che prevedono un corrispettivo nel caso di anticipata estinzione del credito, “monetizzando”, quindi, il valore (mark to market) del contratto.

In conclusione, con riferimento alla prima problematica, si deve concludere che il legislatore ha contemplato nell'ordinamento i contratti di finanziamento con componente derivativa.

2.1.2. Con riferimento alla questione della qualificazione giuridica dei contratti di credito strutturato, il Tribunale evidenzia che sono emersi in dottrina e in giurisprudenza tre distinti orientamenti teorici

Secondo un primo orientamento teorico, si tratta di contratti di finanziamento che prevedono l'obbligo di restituzione del tantumdem eiusdem generis e il pagamento di interessi con clausole-valore dirette a determinare l'entità della prestazione dovuta dal mutuatario.

Secondo questo orientamento difettano nei contratti in esame gli elementi tipologici dei contratti derivati che sono i seguenti:

-la “differenzialità”, e cioè l'intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili cui le parti mirano e su cui fanno leva per il perseguimento dei rispettivi interessi (SS.UU. 5657/23 ha affermato che essa costituisce il “cuore dell'operazione economica”). Invece, nel contratto di finanziamento oggetto del negozio è il trasferimento della somma di denaro e la restituzione del tantumdem eiusdem generis con il pagamento di un interesse. Difetta, quindi, secondo l'impostazione teorica in esame, la speculazione su un titolo;

-l'esistenza di un “capitale nozionale”, cioè la somma di denaro astrattamente assunta quale base di calcolo dei reciproci flussi finanziari tra le parti. Nel contratto di finanziamento il capitale produttivo dei flussi finanziari è reale e realmente dovuto;

-non è prevista la possibilità, tipica dei derivati, di sciogliersi da esso avvalendosi dell'opzione “mark to market” (Cass. 8770/20, cit., p. 4.7).

Inoltre, è stato sottolineato che un contratto può essere qualificato atipico in presenza di tre condizioni (SS.UU. 5657/23) non ricorrenti nel caso di contratti di credito strutturati:



-la qualificazione del contratto come “atipico” deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici. Il giudice, pertanto, per qualificare un contratto deve avere riguardo all'intento negoziale delle parti, non al risultato economico di esso, e tanto meno alla sua convenienza per una delle parti (ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 10004 del 24/06/2003);

-quando il rapporto, per come disciplinato dalle parti, diventi “del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici”;

-le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico (principio, anche questo, pacifico e risalente, a partire da Sez. 3, Sentenza n. 116 del 14/01/1974, Rv. 367676 - 01).

Secondo un diverso orientamento teorico, si tratta di un contratto atipico che presenta gli elementi tipologici del contratto di finanziamento e del contratto derivato.

Si è precisato che vi è una “parte contrattuale di natura derivativa, la quale, unendosi ad un'altra parte contrattuale (ndr. di natura creditizia), con quest'ultima formerebbe l'ibridazione di un unico contratto atipico”.

Secondo un terzo orientamento deve enfatizzarsi la natura autonoma e la causa propria della componente derivativa, la quale integrerebbe un autonomo contratto collegato al contratto di finanziamento.

Il Tribunale ritiene di qualificare il contratto in esame come contratto atipico che presenta i tratti tipologici del negozio di finanziamento e dei negozi derivati.¹

¹È necessario osservare, sul piano metodologico, che la qualificazione del contratto attiene all'operazione di qualificazione giuridica della fattispecie negoziale che è diversa da quella d'interpretazione del contratto.

I procedimenti in esame sono connessi ma distinti.

La qualificazione giuridica del contratto è operazione che attiene alla sussumibilità/riconducibilità dello stesso a una figura negoziale delineata dal legislatore e incide sull'individuazione della fonte legale concorrente alla costruzione del regolamento contrattuale, della validità dell'intero contratto o di singole clausole.

L'operazione d'interpretazione del contratto e, nel suo ambito, della volontà delle parti è diretta a esplicitare il significato dei singoli elementi del negozio giuridico, elementi che devono essere assunti dall'interprete per l'attività di qualificazione giuridica dell'atto.

Il primo problema che deve esaminarsi è l'individuazione degli elementi che consentono di qualificare il tipo negoziale.

Sul piano metodologico è condivisibile l'impostazione teorica seguita in dottrina secondo cui l'operazione di qualificazione giuridica del contratto e, precisamente, la sua riconduzione al tipo contrattuale, impone l'esame di tutti gli elementi dell'atto che sono indicati secondo un'elencazione “esemplificativa”: la qualità delle parti (es. distinzione contratto di appalto e contratto di opera è basta sulla qualità di imprenditore di una delle parti); esistenza di un corrispettivo rispetto a una prestazione, natura della prestazione; natura del nesso tra le prestazioni (es. presenza dell'alea per distinguere rendita vitalizia dalla vendita e dal mutuo e il contratto di assicurazione dalla fideiussione onerosa); natura del bene oggetto del contratto; natura della prestazione; modo di perfezionamento dell'atto; fattore temporale, interessi che le parti vogliono realizzare.

È opportuna una preliminare dissertazione di teoria generale rispetto alla distinzione tra concetto e tipo quali criteri utilizzati dal legislatore per la formulazione delle fattispecie astratte e quale canone di qualificazione giuridica dei fatti empirici.

Con il metodo concettuale il legislatore quando delinea una fattispecie astratta indica tutti gli elementi comuni a determinati fatti empirici.

Si ha una produzione normativa per concetti: il legislatore prescrive per la sussumibilità del fatto concreto alla fattispecie astratta che il fatto concreto presenti tutti gli elementi della fattispecie astratta.

Come evidenziato in letteratura, il legislatore del 1942, rimanendo fedele alla tradizione francese, ha utilizzato il metodo concettuale nel definire i contratti, quindi, le relative disposizioni sono “norme” definitorie prive di portata precettiva.



La questione concernente la qualificazione della “componente derivativa” del contratto di finanziamento impone di analizzare, applicando il metodo tipologico, il sistema delle norme che regolano i contratti regolati dal T.U.F. che devono essere, per semplicità e chiarezza espositiva, definiti contratti di “regolazione del risparmio”.

L’esame sistematico della disciplina dei contratti rende valida un’operazione di ricostruzione in senso tipologico delle fattispecie legali dei contratti, operazione che consiste nella lettura:

-delle norme, dispositive e cogenti, che dettano principi e regole relative al settore di afferenza del contratto;

-delle norme, dispositive e cogenti, che costituiscono la disciplina del contratto. Tali norme dispositive si traducono nell’ordinaria regola di composizione dei conflitti di interesse che a quel contratto

Con il metodo tipologico, il legislatore nel delineare la fattispecie astratta indica solo gli elementi caratterizzanti un determinato fatto, quindi, per la riconducibilità del fatto concreto alla fattispecie astratta è necessario che il fatto concreto presenti gli elementi caratterizzanti la fattispecie astratta.

Sempre in letteratura si evidenzia che il legislatore del c.c. ha utilizzato il metodo tipologico nel prevedere la disciplina dei singoli tipi contrattuali, invero, dall’esame del regime giuridico si evince il tipo contrattuale che ha informato la produzione legislativa del codice civile.

Quindi secondo il metodo tipologico si deve verificare a quali elementi il legislatore ha voluto conferire forza caratterizzante la fattispecie astratta.

L’esame sistematico della disciplina dei contratti rende valida un’operazione di ricostruzione in senso tipologico delle fattispecie legali dei contratti, operazione che consiste nella lettura:

-delle norme, dispositive e cogenti, che costituiscono la disciplina del contratto. Le norme dispositive traducono l’ordinaria regola di composizione dei conflitti di interesse che a quel contratto sottendono. Le norme cogenti evidenziano elementi del tipo rispetto alle quali non sono ammesse deroghe da parte dei privati;

-delle norme che regolano contratti affini;

-dalla disciplina pattizia dei contratti atipici. La letteratura ha evidenziato che la reiterata deroga, nella prassi, a una norma dispositiva, è indizio che la disciplina legale è ispirata a un tipo diverso da quello che sottende alla prassi.

Logico corollario di tale impostazione è che la sussumibilità nel concetto legale nulla dice rispetto all’appartenenza al tipo normativo, un caso di specie potrà essere sottratto alla disciplina legale sebbene presenti le caratteristiche evidenziate dalla definizione del contratto speciale se non risponde al tipo che sottende a quella disciplina.

Per converso un fatto può essere sottoposto alla disciplina legale se risponde al tipo a essa sotteso anche se non presenta tutte le caratteristiche richieste dalla definizione.

Sul piano della qualificazione giuridica, il metodo concettuale impone l’utilizzo del procedimento di sussunzione, cioè al fine di ascrivere alla fattispecie prevista dalla norma il fatto materiale, si deve verificare se il fatto empirico presenti tutti gli elementi previsti nella fattispecie. Il procedimento di sussunzione determina un giudizio netto di appartenenza o non appartenenza al concetto.

Invece, il metodo tipologico impone l’utilizzo del procedimento di riconduzione, cioè di verificare se il fatto concreto presenti tutti gli elementi caratterizzanti il tipo ricostruito sulla base delle coordinate normative sopra indicate (le norme, dispositive e cogenti, che costituiscono la disciplina del contratto; le norme che regolano contratti affini; disciplina pattizia dei contratti atipici). Il procedimento di riconduzione, diversamente da quello di sussunzione, determina un giudizio graduabile di appartenenza al tipo contrattuale con conseguente e corrispondente applicazione maggiore o minore della disciplina legale. Infine, il metodo tipologico, tramite la gradualità caratteristica del tipo, consente di costruire, fra i poli estremi rappresentati dai contratti nominati, una serie d’ipotesi intermedie individuando per esse una congrua disciplina.

La forza caratterizzante degli elementi emerge o dal singolo elemento ovvero dalla sua interrelazione con gli altri elementi.

Per interrelazione degli elementi caratterizzanti si intende la valutazione di un elemento in rapporto a un altro elemento della fattispecie.

Se vi è un rapporto di influenza di un elemento rispetto a un altro allora il singolo elemento si presenta con una certa intensità.

L’intensità di un elemento dipende dal modo in cui influenza e incide sugli altri elementi.

Nel processo di riconducibilità al tipo normativo, quindi alla fattispecie prevista dalla norma e concepita nella sua dimensione tipologia (e non concettuale) non rileva la presenza o l’assenza di un elemento ma l’intensità, maggiore o minore con cui si presentano gli elementi caratterizzanti il tipo.

Sul piano del regime giuridico applicabile, si rileva che nell’ambito della disciplina normativa del tipo contrattuale devono distinguersi le norme che si applicano solo a quei contratti che s’identificano senza residui con il tipo normativo e norme che si applicano, invece, anche a contratti che appartengono in misura minore al tipo normativo.



sottendono. Le norme cogenti evidenziano elementi del tipo rispetto alle quali non sono ammesse deroghe da parte dei privati e che evidenziano, sul piano assiologico, la rilevanza che il legislatore ha riconosciuto, ai fini della “costruzione” del tipo contrattuale, a un determinato interesse;

-delle norme che regolano contratti affini;

-dalla disciplina pattizia dei contratti atipici. La letteratura ha evidenziato che la reiterata deroga, nella prassi, a una norma dispositiva, è indizio che la disciplina legale è ispirata a un tipo diverso da quello che sottende alla prassi.

Con riferimento ai contratti regolati dal T.U.F., vigente alla data della stipula del contratto oggetto di giudizio, assumono rilievo le seguenti disposizioni per la ricostruzione tipologica degli stessi:

-l'art. 47 Cost. Le norme del T.U.F. sono diretta applicazione dell'art. 47 Cost. e, quindi, sono presidio giuridico di rango primario del “risparmio” inteso, secondo l'elaborazione dei costituenti, come frutto del lavoro destinato alla realizzazione di interessi personali ed economici del cittadino traducendosi, secondo una dimensione individuale, come forma di previdenza, in senso ampio, per il futuro e, in una dimensione macroeconomica, come risorsa del Paese e dell'intero apparato produttivo. Questi sono i principi informatori del T.U.F. che governano, come canone ermeneutico, la lettura dell'art. 1 co. 1 lett.

u) che definisce i “prodotti finanziari” e dell'art. 1 co. 3 D.Lgs. 58/98 che nel definire gli strumenti finanziari derivati rinvia alle previsioni del comma 2, lettere d), e), f), g), h), i) e j), e alla previsione di cui al comma 1-bis, lettera d);

-l'art. 1 co. 1 lett. u). La disposizione in esame individua l'oggetto dei contratti regolati dal T.U.F. e, precisamente, definisce i “prodotti finanziari” quali “strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria” e precisa che “non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari”.

-l'art. 1 co. 2 D.Lgs. 58/98 che definisce gli strumenti finanziari;²

² La disposizione in esame prevede che sono gli strumenti finanziari: a) valori mobiliari; b) strumenti del mercato monetario; c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio; d) 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; e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto; f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap” e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione; g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine (“forward”) e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati alla lettera f) che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini; h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito; i) contratti finanziari differenziali; j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine sui tassi d'interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a



-l'art. 5 T.U.F. La disposizione in esame fissa le finalità dell'attività di vigilanza nel settore dell'intermediazione finanziaria che sono la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; la tutela degli investitori; la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; la competitività del sistema finanziario; l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria;

-l'art. 21 T.U.F. e 28 Regolamento Consob che prevedono l'obbligo dell'intermediario finanziario di procedere alla profilazione del cliente per verificare la sua attitudine al rischio e l'obbligo di informare il cliente sulle caratteristiche dell'operazione;

-l'art. 23 T.U.F. prevede l'obbligo della forma scritta ed esclude l'applicazione dell'art. 1933 c.c.;

-l'art. 29 Regolamento Consob il quale stabilisce che gli intermediari dovevano astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

Dall'esame descrittivo dell'impianto di norme sopra indicate si può procedere alla ricostruzione tipologica dei contratti regolati dal T.U.F. che presentano i seguenti elementi caratterizzanti:

-si deve trattare di atti di "regolazione" del risparmio. È irrilevante la struttura complessiva dell'atto, quindi, l'atto di regolazione del risparmio può essere autonomo, compiuto contestualmente ad altro atto ovvero può costituire una parte di un atto più articolato e complesso;

-essere stipulati con un intermediario finanziario;

-tali atti devono essere diretti alla realizzazione di un "guadagno" inteso come profitto o ulteriore risparmio e impiegato per la realizzazione di concrete operazioni su beni, servizi e merci.³ Invero, questa conclusione è giustificata:

inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini;

³Sul piano storico è stata sempre discussa la questione della natura dei contratti "differenziali" e se gli stessi dovessero avere un reale ed effettivo collegamento con una precisa e concreta operazione economica.

L'art. 4 co. 2 L. 3326 del 1876 sulla tassazione dei contratti borsa descriveva i contratti differenziali quali "contratti a termine che...abbiano ad oggetto il solo pagamento delle differenze".

La dottrina escludeva l'applicabilità dell'eccezione di gioco in presenza della "serietà", intesa come effettività, dei singoli negozi, che era indicativa della reale natura dei contratti di compravendita a termine eseguibili. Si precisava che la "serietà (ndr era) desumibile (ndr sia) dalla garanzia data dall'intermediazione degli agenti di cambio sia dalla combinazione di più compravendite effettive che pur producendo l'effetto di obbligare le parti a versarsi un delta di valore non declassava l'operazione a contratto sulla e per la differenza.

Con la legge in esame, si riconosceva nell'ordinamento il contratto differenziale purché concluso con una certa forma rilevante anche ai fini fiscali, in mancanza era prevista l'applicabilità del diritto comune e, secondo taluni, l'applicabilità dell'eccezione di gioco.

La giurisprudenza interpretava in modo restrittivo la normativa, quindi, nel caso in cui non si riteneva applicabile la disposizione in esame, si prospettavano diverse soluzioni quali la nullità o irrilevanza di tutti i contratti a termine; l'applicazione della disciplina di diritto comune e quindi la validità dei contratti a termine "non seri" ed eventuale natura di scommesse di quelli differenziali; validità piena di ogni contratto con irrogazione di una multa; l'irrilevanza della "differenzialità" facendosi riferimento con questa espressione esclusivamente alle modalità esecutive del contratto.

Successivamente, l'art. 34 L. 1913 n 272 aveva elencato ai fini fiscali i contratti di borsa e l'art. 43 ammetteva l'efficacia del contratto perfezionato all'estero anche se fosse stato convenuto di risolverlo col pagamento della sola differenza dei prezzi di borsa purché regolarmente sottoposto alle tasse.

Era dominante in dottrina la tesi secondo cui i contratti differenziali non esistevano e che le operazioni costituivano sempre un intreccio di compravendite effettive



--dal concetto di “risparmio” previsto dall’art. 47 della Costituzione quale risorsa per la crescita del sistema economico;

--dalla previsione normativa di cui all’art. 1 co. 3 T.U.F. che prevede, in modo esemplificativo, tra gli strumenti finanziari, titoli connessi all’esercizio di attività di impresa ovvero atti negoziali collegati ad attività di natura economica;

--dal complesso di norme del nostro ordinamento (artt. 1325 co. 1 n. 2 c.c., 1343 e ss. c.c., 2041) che sono dirette a promuovere e tutelare strumenti negoziali di circolazione della ricchezza fondati sullo “scambio” benché presentino forme di aleatorietà con negazione, invece, di tutela per forme di circolazione della ricchezza fondate sull’ “azzardo”. In questo senso la previsione di cui all’art. 23 T.U.F. che esclude per i contratti derivati l’ eccezione di gioco o scommessa ha valenza dichiarativa ed è diretta a eliminare rischi, sul piano interpretativo, di confusione tra contratti derivati, che sono atti di circolazione della ricchezza aleatori e giustificati, rispetto al gioco e alla scommessa che, di contro, sono atti di circolazione della ricchezza fondati sull’azzardo;

-il “guadagno” derivante dal negozio di “regolazione” del risparmio deve essere collegato a parametri di natura finanziaria, oggetto di studio e analisi da parte di soggetti specializzati, gli intermediari finanziari. Tale elemento caratterizzante il contratto di regolazione del risparmio si desume dal complesso di norme del T.U.F. che prevedono doveri informativi da parte degli intermediari finanziari in favore del risparmiatore/investitore;

-il carattere ineliminabilmente aleatorio dei contratti per il collegamento stabilito tra i parametri finanziari e il “risultato” economico programmato con il negozio di “regolazione” del risparmio;

Tanto premesso, il Tribunale ritiene che il contratto oggetto del giudizio presente una “componente derivativa” rappresentata, precisamente, delle pattuizioni contenute negli artt. 4 e 4 bis, 7 bis del contratto le quali stabiliscono che:

-“Nel corso dei mesi di giugno e di dicembre la Banca determinerà: A)Per il primo semestre scadente il 31 maggio o il 30 novembre: a. L’eventuale differenza tra gli interessi calcolati al tasso di interesse convenzionale e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso Libor Franco Svizzero sei mesi rilevato per valuta ultimo giorno lavorativo del mese di erogazione, maggiorato di 1,30 punti percentuali; b. L’eventuale differenza tra il tasso di cambio convenzionale Franco Svizzero/Euro e quello rilevato per valuta sulla pagina FXBK del circuito Reuter. c. La differenza così determinata sarà

La giurisprudenza (Cass. 1925 in Giur. It. 1925, I, c. 1117) sosteneva che la L. 1913 non concerneva i contratti differenziali i quali, erano regolati dal diritto comune e, quindi erano riconducibili alla scommessa. Il RDL 1925 n. 601 escludeva l’applicabilità ai contratti di borsa di cui all’art. 34 L. 272/13 pur se conclusi fuori dalla borsa l’eccezione di gioco.

In dottrina si sosteneva che gli affari differenziali non avevano unità giuridica nella normalità dei casi atteggiandosi a incroci tra compravendite effettive, si evidenziava, inoltre, che la confusione che aveva condotto a un diverso intendimento taluni studiosi era causata dal meccanismo della “stanza di compensazione” in virtù del quale le varie compravendite si elidevano a vicenda per lasciar spazio alla sola liquidazione dei differenziali.



applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri di quanto liquidato alla parte mutuataria in linea capitale ed interessi nel corso dei sei mesi o frazione che precedono le date del 1°giugno e 1°dicembre. B) Per i semestri successivi sino alla scadenza del contratto di mutuo: a. L'eventuale differenza tra gli interessi calcolati nel semestre precedente in base al tasso di interesse convenzionale e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso Libor Franco Svizzero sei mesi per valuta 31 maggio relativamente al semestre 1 giugno – 30 novembre e per valuta 30 novembre relativamente al semestre 1 dicembre – 31 maggio, rilevato sulla pagine Libor02 del circuito Reuter, maggiorato di 1,300 punti percentuali; b. L'eventuale differenza tra il tasso di cambio convenzionale Franco Svizzero/Euro e quello rilevato per valuta, il 31 maggio per il semestre scadente a tale data, rilevato sulla pagina FXBK del circuito reuter. C). La differenza così determinata sarà applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri di quanto liquidato alla Parte mutuataria in linea capitale ed interessi nel corso dei sei mesi che precedono le date del 1°giugno e del 1°dicembre”;

-- “Ad ogni scadenza l'importo globale determinato dalla somma algebrica delle cifre rinvenenti dalle operazioni sopra descritte, costituirà il conguaglio positivo o negativo e sarà regolato come segue:- In caso di conguaglio positivo in favore della parte mutuataria l'importo sarà accreditato in uno speciale rapporto di deposito fruttifero appositamente acceso; In caso di conguaglio negativo per la parte mutuataria, l'importo sarà addebitato sul rapporto di deposito fruttifero di cui sopra”.

Tali pattuizioni presentano i requisiti tipologici dei contratti regolati dal T.U.F. atteso che:

- sono atti con i quali i coniugi hanno regolato il loro “risparmio” e, quindi, il quantum della somma da restituire alla Banca a titolo di restituzione di capitale e interessi;
- sono inseriti in un atto collegato all'acquisto di un bene;
- sono strumentali alla realizzazione di un “guadagno” per i coniugi nei termini di una eventuale minore spese di interessi programmata con il contratto di mutuo;
- il collegamento con parametri, non governati e controllabile dalle parti, che essendo costituiti da valori proprio del mercato finanziario conferiscono all'operazione natura finanziaria. È stato sottolineato in dottrina che: “Chi riceve soldi nella propria valuta nazionale, e restituisce soldi nella stessa valuta, va incontro al rischio di fluttuazione del tasso variabile, che però è intimamente legato all'economia del mercato in cui vive e, presumibilmente, lavora e investe denaro. Si tratta, quindi, di un rischio inevitabile e immediatamente percepibile, essendo consentaneo a qualsiasi operazione di finanziamento; esattamente come lo è il rischio di non riuscire, per disavventure della vita, a restituire capitale e interessi. Allorché, però, l'indicizzazione avviene sulla base di parametri che si allontanano da questi, il discorso muta. In tal caso il mutuatario finisce per andare incontro a rischi meno controllabili (perché meno legati a circostanze a lui vicine) e, soprattutto, di stampo assai diverso...i pericoli non sono più quelli creditizi, percepibili in quanto tali e con semplicità, ma divengono quelli tipici di un'operazione finanziaria (peraltro connotata da un effetto leva)”.



Si deve segnalare che in dottrina è stato seguito un diverso approccio metodologico.

È stato sostenuto che nel contratto di finanziamento che incorpora la componente derivativa, la clausola che contempla i flussi finanziari a titolo di interessi e la clausola che contempla i flussi finanziari dipendenti dal derivato non danno luogo a prestazioni distinte, bensì danno luogo ad una prestazione di denaro che è contemplata dai contraenti come soggettivamente unitaria.

La prestazione è dunque dedotta in contratto come prestazione unitaria e presenta quindi una rilevanza causale unitaria.

Se la prestazione ha per oggetto una cosa, che non è suscettibile di divisione, per il modo in cui è stata considerata dalle parti contraenti, l'obbligazione è indivisibile ai sensi dell'art. 1316 c.c.

Se l'obbligazione è indivisibile, anche il contratto è indivisibile e poiché la clausola che integra l'atto di investimento ha natura aleatoria, il contratto, atipico, diviene aleatorio per volontà delle parti con la conseguenza che ad esso si applica il TUF ed in generale la disciplina dell'intermediazione finanziaria.

2.1.3. Con riferimento alla terza questione relativa al regime giuridico applicabile ai contratti con componente “derivativa”, il Tribunale evidenzia che il metodo tipologico consente tramite “la gradualità caratteristica del tipo...di costruire, fra i poli estremi rappresentati dai contratti nominati, tutta una serie di ipotesi intermedie, e di individuare per esse una congrua disciplina”.

Quindi, nel caso di contratti di credito strutturati o di finanziamento con componente derivativa deve essere applicata la disciplina in parte relativa al primo segmento contrattuale, relativa al contratto di finanziamento, e in parte, con riferimento alle clausole di natura derivativa, dello strumento finanziario e, quindi, la normativa dettata dal TUF.

2.1.4. Nel presente giudizio, avendo la Barclays Bank Ireland PLC violato le regole di cui all'art. 21 T.U.F., art. 18, 19 Regolamento Consob, che impongono il dovere di profilazione della clientela e doveri informativi, in ragione del rischio connesso all'operazione, il contratto di mutuo si presenta, in parte qua, nullo.

2.1.4.1. L'affermazione della nullità della componente derivativa del contratto di finanziamento impone l'esame della natura delle norme del T.U.F. che regolano i rapporti tra intermediario finanziario e risparmiatore-investitore.

Questo giudicante osserva, rispetto alla questione concernente la natura delle disposizioni in esame che nel compendio normativo che regola il diritto dei mercati finanziari, le regole dettate dal legislatore e, tramite il rinvio della normativa primaria, quelle regolamentari emanate dall'autorità indipendente di settore, con riferimento specifico ai rapporti tra intermediario finanziario e soggetto investitore, sono dirette alla tutela immediata della sfera giuridica dell'investitore e, solo in forma mediata e indiretta, tramite la protezione del singolo investitore, alla tutela dell'interesse generale a esso strettamente connesso rappresentato dal regolare funzionamento del mercato finanziario, interesse generale che sintetizza l'interesse delle imprese a concorrere in modo leale e corretto nel mercato.



Pertanto le norme dettate dal D.Lgs. 58/98 e dal Reg. Consob 11522/98 sono poste a presidio della sfera giuridica dell'investitore garantendo la regolare formazione del processo decisionale diretto al compimento di una determinata operazione di investimento tutelando, tramite la protezione del singolo investitore, il regolare funzionamento del mercato finanziario.

Le conclusioni del tribunale sono fondate sulla lettura dell'enunciato dell'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 58 del 1998 secondo cui "La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria".

Questa duplice finalità trova riscontro espresso, nel contesto delle norme di comportamento degli intermediari finanziari, nell'art. 21 comma 1 lett. A) D.Lgs. n. 58 del 1998 che rubricato "Criteri generali" il quale, al co. 1, dispone "Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati".

La lettura sistematica delle disposizioni della Carta Costituzionale consente di riconoscere particolare rilevanza, in una prospettiva assiologica e, quindi, sulla base dei valori fondanti il nostro ordinamento, al regolare funzionamento dei mercati finanziari nel cui ambito ciascuno ha il diritto di determinarsi liberamente nel gestire, tramite operazioni di investimento, il proprio risparmio.

Infatti, nel testo costituzionale, sotto il titolo, Principi fondamentali, sono inserite le norme che riconoscono i diritti della persona, solo successivamente, nel corpo della Costituzione e, precisamente, nel Titolo III, sono dettate le regole fondamentali che regolano i rapporti di natura economica e, in questo ambito, è tutelato il diritto del singolo di utilizzare i propri risparmi con la conseguente necessità di regolare i contesti, i mercati dell'intermediazione creditizia e finanziaria, nel cui ambito sono compiute le transazioni tramite le quali è impiegato il risparmio.

Come sopra precisato, nella prospettiva costituzionale, le norme del T.U.F. sono dirette alla tutela del diritto del singolo quale investitore del proprio risparmio tramite la previsione di regole che governano il mercato finanziario, garantendone il regolare funzionamento, e che disciplinano in modo diretto il rapporto tra l'intermediario finanziario e il singolo investitore.

La rilevanza assiologica degli interessi protetti impone di riconoscere natura necessariamente imperativa alle norme del T.U.F. che disciplinano i rapporti tra intermediario finanziario e risparmiatore/investitore.

La qualificazione delle norme del T.U.F. rappresenta il passaggio preliminare per verificare l'incidenza della relativa violazione sul contratto di intermediazione finanziaria e sui singoli atti di investimento e per la conseguente individuazione del regime giuridico applicabile.



2.1.4.2. È dominante in giurisprudenza la tesi sostenuta dalle SS.UU. della Corte di Cassazione 26725/07, secondo cui è necessaria la preliminare distinzione tra norme che dettano prescrizioni in ordine ai comportamenti che le parti devono seguire nella fase delle trattative precontrattuali e le norme che prevedono requisiti di validità degli atti.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale l'art. 1418 co. 1 c.c. ricollega la sanzione della nullità alla violazione di norme imperative che prescrivono requisiti afferenti la struttura o il contenuto del contratto.

Le norme nazionali d'ispirazione comunitaria che sanzionano con la nullità la violazione di regole di comportamento dirette a disciplinare, nella fase precontrattuale, relazioni caratterizzate da asimmetrie informative in ordine al contenuto del contratto, sono qualificate norme eccezionali poiché prevedono testualmente la nullità limitandone lo spettro di operatività a singole e determinate clausole negoziali.

Pertanto, è stato affermato, sulla base della lettura di queste norme, che non può evincersi la regola generale secondo cui la violazione di regole di comportamento nei rapporti di asimmetria informativa si traduca necessariamente nella invalidità dell'intero contratto.

Si è concluso, quindi, che la violazione delle regole di condotta nella fase precontrattuale determina solo la responsabilità per i danni cagionati alla controparte per la lesione del cd. interesse differenziale rappresentato dalla differenza, misurabile in termini economici, tra il contratto che le parti avrebbero stipulato se fossero state rispettati gli obblighi informativi e le condizioni previste dal contratto effettivamente stipulato.

Sebbene sia autorevolmente sostenuta in giurisprudenza, la tesi in esame appare incompiuta perché fondata sulla mera affermazione dell'esistenza nel nostro ordinamento del principio di "non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto".

L'art. 1418 co. 1 c.c. dispone che salvo diversa previsione legislativa, il contratto è nullo quando è contrario a norma imperativa.

La disposizione in esame utilizza la locuzione norma imperativa omettendo di svolgere ulteriori specificazioni, quindi, si deve ritenere, in ragione anche della preliminare considerazione secondo la quale nell'ordinamento giuridico le norme sono dirette sempre a conformare i comportamenti dei consociati, che l'art. 1418 co. 1 cit., fa riferimento sia a norme imperative che regolano i comportamenti delle parti che caratterizzano la fase delle trattative contrattuali (norme sui comportamenti secondo la dizione utilizzata dalla Corte di Cassazione) sia a norme che impongono alle parti di stipulare il contratto corredandolo di precisi elementi rappresentati dalla causa, dell'oggetto e della forma (norme sugli atti secondo la concezione della Corte di legittimità).

Inoltre, seppure si dovesse condividere l'orientamento della Corte di legittimità che distingue in modo netto tra norme sugli atti e norme sui comportamenti, escludere che la violazione delle norme



imperative sui comportamenti possa incidere sulla validità del contratto determinerebbe l'interpretatio abrogans dell'art. 1418 co. 1 c.c.

Invero, l'art. 1418 co. 2 c.c. indica le norme che dettano prescrizioni sul contratto la cui infrazione determina la nullità dell'atto, pertanto, ritenere, come sostiene la Cassazione, che l'art. 1418 co. 1 c.c. si riferisce alle norme imperative che dettano regole sugli atti comporta come conseguenza ermeneutica l'eliminazione di ogni significato precettivo alla disposizione in esame.

Si deve peraltro rilevare, come è stato sottolineato in letteratura, che la Corte di legittimità nel distinguere tra regole di condotta e regole sugli atti, distinzione che ha un fondamento solo teorico e non in una espressa previsione di legge, doveva ancorare questa differenza a criteri certi e oggettivi strettamente connessi alla struttura della disposizione, tuttavia, nessun tipo di indicazione in questo senso è stata formulata.

In senso contrario all'orientamento sostenuto dalle Sezioni Unite con la sentenza 26725/07 si deve osservare anche che nelle pronuncia in esame, nella parte in cui è affermata la natura eccezionale delle norme dettate dalla legislazione speciale le quali, derogando l'asserito principio della "non interferenza", ammettono che la violazione delle norme sugli atti possa determinare la invalidità del contratto, non è indicato, neppure incidentalmente, il criterio, comunque discusso, che consente di distinguere nell'ambito dell'ordinamento tra norme regolari e norme eccezionali.

Il Tribunale, ritenuto di potersi discostare, sulla base delle premesse svolte, dall'orientamento della Corte di legittimità, osserva preliminarmente, sul piano metodologico, che l'individuazione del regime giuridico applicabile alla violazione delle norme che regolano le condotte delle parti che precedono la stipula del contratto, deve avvenire tramite un'interpretazione che origini dalla necessaria ricognizione delle norme dell'ordinamento giuridico che disciplinano il tema e da un'analisi ermeneutica delle singole disposizioni che sia governata oltre che da criteri di natura formale anche da criteri sostanziali diretti alla individuazione, sotto il profilo teleologico, degli interessi perseguiti dal legislatore e, sotto il profilo assiologico, della rilevanza degli stessi interessi nell'ambito dell'ordinamento giuridico, per delineare lo spettro applicativo del divieto e fissare un criterio diretto a verificare se la violazione ha limitato i propri effetti alla relazione precontrattuale o se invece ha inciso sulla determinazione del regolamento d'interessi negoziale.

Dall'esame delle norme del codice civile si evince che la violazione delle norme di natura imperativa può determinare la invalidità del contratto.

L'art. 1418 co. 1 c.c., già esaminato, ricollega alla violazione delle norme imperative la sanzione della nullità del contratto, salva la diversa previsione da parte della legge.

L'art. 1434 c.c. prevede che la violenza, esercitata nella fase delle trattative contrattuali, determina l'annullabilità del contratto.



L'art. 1439 c.c. dispone che il dolo è causa di annullabilità del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.

L'art. 1440 c.c. sotto la rubrica "Dolo incidente" prevede che se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni.

L'art. 1440 c.c., lungi dall'affermare il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole sugli atti, deve essere letto in modo coordinato con l'art. 1439 c.c.

Invero, l'art. 1439 c.c. prevede il rimedio dell'annullabilità del contratto quando la violazione delle norme di correttezza che devono informare la condotta delle parti nella fase delle trattative sia stata tale da determinare un totale squilibrio normativo oltre che economico del contratto, in questo senso deve essere interpretata la disposizione nella parte in cui prevede che il giudice deve verificare se il contratto non sarebbe stato stipulato.

Invece, l'art. 1440 c.c. prevede che la violazione delle norme che regolano la fase precontrattuale non determina l'annullabilità del contratto se, per effetto dei raggiri di una delle parti, sia stato realizzato un parziale squilibrio normativo o economico del contratto, con il diritto, del contraente leso, solo al risarcimento del danno.

Pertanto, la lettura coordinata degli artt. 1439, 1440 c.c. indica la regola in forza della quale il giudice, verificata la violazione delle norme che regolano i comportamenti precontrattuali delle parti, deve analizzare se essa abbia determinato uno squilibrato assetto degli interessi consacrato nel contratto.

Si evince, peraltro, che il legislatore ricollega alla violazione della norma un rimedio che in base al principio di ragionevolezza, canone conformante l'attività legislativa, deve essere adeguato e proporzionato agli interessi delle parti, stabilendo l'annullabilità, per mano del contraente la cui autonomia negoziale è stata lesa, nel caso in cui il contratto non sarebbe stato stipulato in assenza dei raggiri della controparte e, di contro, il mero risarcimento del danno nel caso in cui il contratto, in assenza dei raggiri di una parte, sarebbe stato stipulato a condizioni differenti.

L'art. 1892 c.c. prevede che le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave.

L'art. 1971 c.c. dispone che se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa l'altra può chiedere l'annullamento della transazione.

L'art. 1471 c.c. prevede particolari divieti di comprare in relazione alle qualità soggettive delle parti stabilendo una sanzione negoziale che può essere, a seconda del tipo di qualità rivestita dalla parte acquirente e della natura dell'interesse protetto, la nullità ovvero l'annullabilità del contratto.



Questa preliminare indagine, avente a oggetto le norme del codice civile, rappresenta una conferma dell'orientamento secondo il quale la violazione delle norme che regolano le condotte precontrattuali possono incidere sulla validità del contratto.

L'orientamento sostenuto dal tribunale risulta corroborato dall'esame delle norme nazionali di matrice comunitaria.

L'art. 33 D.Lgs. 206/05 sanziona con la nullità le clausole che, essendo il risultato delle asimmetrie informative tra professionista e consumatore e di una condotta precontrattuale violatrice del canone della buona fede, determinano lo squilibrio normativo del contratto.

L'art. 67 septiesdecies co. 4 del codice del consumo prevede che il contratto è nullo nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

L'art. 9 co. 3 L 192/98 (legge sulla subfornitura) prevede che il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.

L'art. 7 D.lgs. 231/02 che sanziona con la nullità la pattuizione con cui l'impresa impone alla controparte una pattuizione iniqua con riguardo alla disciplina degli interessi moratori.

In determinati casi, la giurisprudenza di legittimità ha ricollegato alla violazione di norme penali nella fase delle trattative contrattuali la nullità del contratto.

È il caso della violazione dell'art. 643 c.p.c. che prevede il reato di circonvenzione di incapaci, secondo la Cassazione, pur trattandosi di una norma diretta a conformare il comportamento delle parti nella fase delle trattative, la relativa violazione determina la nullità del successivo contratto (cfr. Cass. 2860/08).

2.1.4.3. La violazione delle norme imperative che regolano il comportamento delle parti e la sanzione della nullità del contratto.

Secondo la disposizione dettata dall'art. 1418 co. 1 c.c., quindi, la violazione delle norme di natura imperativa che regolano la fase precontrattuale, conformando i comportamenti delle parti determina la nullità del contratto salvo che la legge, locuzione da intendersi in senso ampio con un significato idoneo a comprendere il complesso di norme dell'ordinamento giuridico, interpretate anche analogicamente, preveda una diversa misura che deve essere individuata anche secondo criteri di ragionevolezza e adeguatezza rispetto agli interessi protetti.

La lettura sistematica delle norme indicate e l'analisi degli orientamenti seguiti dalla Corte di legittimità, determinano, sul piano ermeneutico, l'individuazione di un preciso significato precettivo dell'art. 1418 co. 1 c.c. in forza del quale il giudice deve verificare se la violazione della norma imperativa che regola in modo immediato il comportamento è stata decisiva per la determinazione del precetto negoziale con conseguente condizionamento della funzione del contratto e realizzazione di un assetto squilibrato di interessi delle parti.



Secondo la disposizione dettata dall'art. 1418 co. 1 c.c., quindi, la violazione delle norme di natura imperativa che regolano la fase precontrattuale, conformando i comportamenti delle parti determina la nullità del contratto salvo che la legge, locuzione da intendersi in senso ampio con un significato idoneo a comprendere il complesso di norme dell'ordinamento giuridico, interpretate anche analogicamente, preveda una diversa misura che deve essere individuata anche secondo criteri di ragionevolezza e adeguatezza rispetto agli interessi protetti.

Tanto premesso, il tribunale rileva che la nullità della componente derivativa del contratto di finanziamento in esame per violazione degli artt. 21 T.U.F. e dell'art. 28 Reg. Consob 11522/98 è fondata.

Gli artt. 21 T.U.F. e 28 Reg. Consob 11522/98 sono norme imperative che, nel dettare prescrizioni di natura comportamentale relativa alla fase esecutiva del contratto di intermediazione finanziaria e preliminare rispetto ai contratti di investimento, possono determinare l'invalidità di quest'ultimo negozio solo se l'infrazione incide sull'assetto degli interessi delle parti.

Si deve verificare, ora, in base all'art. 1418 co. 1 c.c., nel suo significato precettivo precedentemente indicato, se la violazione delle norme in esame, avvenuta, nel caso sottoposto all'esame del tribunale, nella fase di esecuzione del contratto avente a oggetto servizi di investimento, ha inciso sulla concreta esecuzione delle regole contrattuali e, quindi, sugli interessi delle parti.

Il tribunale ritiene che la violazione delle norme indicate ha inciso sulla validità della componente derivativa del contratto di finanziamento considerato che

- essa ha comportato un'alea giuridica del contratto;
- non è stata verificata la effettiva propensione al "rischio" degli attori;
- non è stata data nessuna informazione da parte dell'intermediario finanziario in ordine a tutti i fattori incidenti sui parametri del mercato finanziario presi in considerazione dalla componente derivativa del contratto.

2.1.5. Le conclusioni raggiunte dal Tribunale sul piano dei rimedi applicabili al contratto oggetto del giudizio rimangono immutate pur sostenendo la tesi, seguita dalla Corte di legittimità con la sentenza 5657/23, che il contratto di credito strutturato in esame sia un contratto di mutuo.

Invero, in questo caso deve ritenersi applicabile l'art. 34 co. 2 D.Lgs. 206/05 come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con particolare riferimento ai contratti di credito strutturato.

Deve osservarsi, con riferimento al contratto di finanziamento in esame, che i coniugi rivestono la qualità di consumatori atteso che, ai sensi dell'art. 3 D.Lgs. 206/05, hanno stipulato il negozio per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale.

L'art. 34 co. 2 D.Lgs. 206/05 dispone che: "La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile".



Il Tribunale condivide l'orientamento della dottrina secondo cui che il difetto di trasparenza comporta già un *vulnus* suscettibile, di per sé, di condurre alla declaratoria di nullità della clausola.

La trasparenza contribuisce a promuovere la giustizia contrattuale, lasciando, come evidenziato in letteratura “fuori dal regolamento privato clausole che comporterebbero costi occulti per il consumatore e che, quindi, andrebbero ad aggravare, a discapito di quest'ultimo, il rapporto tra i diritti e gli obblighi delle parti”. La trasparenza non ha la semplice funzione di promuovere “l'equilibrio materiale tra le posizioni dei contraenti, quanto, invece, una più ampia funzione di contrasto dell'abuso che il predisponente faccia del proprio maggior potere negoziale ai fini della definizione, anche formale, dei contenuti contrattuali - potere che gli deriva dal fatto di essere normalmente l'unico autore degli stessi”: solo in tal modo, si potrebbero evitare potenziali alterazioni del processo decisionale del consumatore.

La disposizione in esame attribuisce al canone della trasparenza carattere autonomo e sufficiente a fondare il giudizio di abusività prescindendo dalla valutazione delle relative conseguenze sull'equilibrio normativo ed economico del contratto.⁴

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che:

-l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, quale risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, non è limitato al carattere della comprensibilità sul piano formale e grammaticale ma, poiché il sistema di tutela istituito dalla suddetta direttiva si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, dunque, di trasparenza deve essere interpretato in modo estensivo (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 71 e 72, nonché del 9 luglio 2015, *Bucura*, C-348/14, non pubblicata, EU:C:2015:447, punto 52);

-il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile deve essere inteso nel senso che impone anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola in parola nonché, se del caso, il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che

⁴ In dottrina è stato precisato che la direttiva 1993/13/CEE trae ispirazione dalla disciplina tedesca delle condizioni generali di contratto, all'epoca racchiusa nell'AGB-Gesetz, che imponeva un controllo sulla trasparenza del contratto. La dottrina ha peraltro svolto un parallelismo tra la norma comunitaria e l'attuale § 307 I S. 2 BGB precisando che la letteratura prevalente evidenzia che il difetto trasparenza è per sua natura suscettibile di porre la controparte del predisponente in una condizione materiale di "svantaggio inadeguato" rilevante ai fini della norma ritenendo, anzi, che la tale indebito svantaggio sia oggetto di presunzione assoluta. Invero, come rilevato in letteratura, la “clausola oscura o incomprensibile, da un canto, impedisce all'aderente di soppesare in maniera appropriata l'opportunità, o anche solo la semplice accettabilità, del contratto rispetto alle altre offerte presenti sul mercato, e, da un altro canto, può altresì indurlo a un'errata valutazione della situazione giuridica che ne deriva, sì da non permettergli poi, nella fase esecutiva del rapporto, ove intenda rivolgere contestazioni al predisponente, o avanzare pretese nei suoi confronti, di avere un'esatta contezza dei propri diritti né, quindi, di farli convenientemente valere”.



gliene derivano (sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 75, nonché del 23 aprile 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, punto 50);

-spetta al giudice nazionale, quando valuta le circostanze ricorrenti al momento della conclusione del contratto, verificare che, nella causa in discussione, sia stato comunicato al consumatore il complesso degli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno e che gli consentono di valutare, segnatamente, il costo totale del suo mutuo. Svolgono un ruolo determinante in siffatta valutazione, da un lato, la questione di accertare se le clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile tale da consentire a un consumatore medio, ossia un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, di valutare un costo del genere e, d'altro lato, la circostanza collegata alla mancata menzione nel contratto di credito delle informazioni considerate come essenziali alla luce della natura dei beni o dei servizi che costituiscono l'oggetto del suddetto contratto (v., in tal senso, sentenza del 9 luglio 2015, Bucura, C-348/14, non pubblicata, EU:C:2015:447, punto 66);

-nel caso di prestiti in valuta estera (come ricordato dal Comitato Europeo per il rischio sistemico nella sua raccomandazione CERS/2011/1, del 21 settembre 2011, sui prestiti in valuta estera (GU 2011, C 342, pag. 1), gli istituti finanziari devono fornire ai prenditori di mutuo informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere decisioni prudenti e consapevoli e che indichino l'impatto sulle rate di rimborso derivante da un forte deprezzamento della moneta avente corso legale nello Stato membro nel quale il prenditore di mutuo è domiciliato e da un aumento del tasso di interesse estero (raccomandazione A - Consapevolezza dei rischi da parte dei prenditori, punto 1);

-il mutuatario deve essere chiaramente informato del fatto che, sottoscrivendo un contratto di mutuo formulato in una valuta estera, si espone a un determinato rischio di cambio che gli sarà, eventualmente, economicamente difficile sostenere in caso di svalutazione della moneta nella quale egli percepisce il proprio reddito;

-l'istituto bancario, deve esporre le possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, segnatamente nell'ipotesi in cui il consumatore mutuatario non percepisca il proprio reddito in tale valuta (CGUE sent. 10.06.21 c. 609/19);

-le simulazioni numeriche possono costituire un elemento d'informazione utile, se fondate su dati sufficienti ed esatti, e se contengono valutazioni oggettive che sono comunicate in modo chiaro e comprensibile al consumatore. Unicamente a tali condizioni siffatte le simulazioni possono consentire al professionista di attirare l'attenzione di detto consumatore sul rischio delle conseguenze economiche negative, potenzialmente significative, delle clausole contrattuali di cui trattasi. Orbene, al pari di qualsiasi altra informazione relativa alla portata dell'impegno del consumatore, comunicata dal professionista, le simulazioni numeriche devono contribuire alla comprensione da parte di tale consumatore della portata reale del rischio, a lungo termine, connesso alle possibili variazioni dei tassi



di cambio e, quindi, dei rischi inerenti alla conclusione di un contratto di mutuo espresso in valuta estera (CGUE sent. 10.06.21 c. 609/19);

-non soddisfa il requisito di trasparenza la comunicazione a tale consumatore di informazioni, anche numerose, se queste ultime sono fondate sull'ipotesi che la parità tra la moneta di conto e la moneta di pagamento rimarrà stabile per tutta la durata del contratto in parola. Ciò vale in particolare quando il consumatore non è stato avvertito dal professionista del contesto economico che può avere ripercussioni sulle variazioni dei tassi di cambio, cosicché il consumatore non è stato messo in grado di comprendere concretamente le conseguenze potenzialmente gravi, che possono derivare dalla sottoscrizione di un mutuo espresso in valuta estera, sulla sua situazione finanziaria (CGUE sent. 10.06.21 c. 609/19);

-l'assenza di termini o di spiegazioni che avvertano il mutuatario, in modo esplicito, dell'esistenza di rischi particolari connessi ai contratti di mutuo espressi in valuta estera può confermare che il requisito di trasparenza, quale risulta segnatamente dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, non è soddisfatto (CGUE sent. 10.06.21 c. 609/19);

-è pur vero che, nel caso di un contratto di mutuo indicizzato a una valuta estera e con una durata ultradecennale, il mutuante non può essere in grado di prevedere l'evoluzione dell'onere economico che il meccanismo di indicizzazione previsto da tale contratto può comportare. Tuttavia, il rispetto da parte di un professionista del requisito di trasparenza di cui all'articolo 5 della direttiva 93/13 deve essere valutato con riferimento agli elementi di cui tale professionista disponeva il giorno della conclusione del contratto con il consumatore (ordinanza del 3 marzo 2021, I.B., C-13/19, non pubblicata, EU:C:2021:158, punto 57 e giurisprudenza ivi citata). Il fatto che i tassi di cambio siano soggetti a mutamenti nel lungo termine non può giustificare l'assenza di qualsiasi menzione, nelle clausole contrattuali nonché nel contesto delle informazioni fornite dal professionista al momento della negoziazione del contratto, dei criteri utilizzati dalla banca per fissare il tasso di cambio applicabile per il calcolo delle rate di rimborso, che consenta così al consumatore di determinare tale tasso di cambio in qualsiasi momento. Questa considerazione è corroborata dal fatto, secondo la Corte europea, che, poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si basa sull'idea che il consumatore si trova in una posizione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il livello di informazione, l'obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, conseguentemente, di trasparenza, deve essere inteso come rispondente alla necessità di consentire al mutuatario di comprendere gli impegni che assume, in particolare le modalità di calcolo delle rate mensili di rimborso del mutuo che sta contraendo (cfr. CGUE sent. 18 novembre 2021, causa C-212/20);



-il giudice nazionale deve verificare che il professionista abbia comunicato ai consumatori interessati tutte le informazioni pertinenti che permettano loro di valutare le conseguenze economiche di una clausola, come quella oggetto del procedimento principale, sui loro obblighi finanziari;

- l'articolo 5 della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il contenuto della clausola di un contratto di mutuo concluso tra un professionista e un consumatore che fissa i tassi di acquisto e di vendita di una valuta estera, alla quale il mutuo è indicizzato, deve consentire a un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto di comprendere, in base a criteri chiari e comprensibili, il modo in cui viene fissato il tasso di cambio della valuta estera utilizzato per calcolare l'importo delle rate di rimborso, in maniera che il consumatore sia in grado di determinare da solo, in qualsiasi momento, il tasso di cambio applicato dal professionista (CGUE sent. 18 novembre 2021, causa C-212/20);

-costituiscono elementi particolarmente pertinenti ai fini della valutazione che il giudice nazionale deve effettuare al riguardo, da un lato, la circostanza che gli elementi principali relativi al calcolo di tale tasso siano facilmente accessibili a chiunque intenda stipulare un mutuo ipotecario, grazie alla pubblicazione del metodo di calcolo di detto tasso, nonché, dall'altro, la comunicazione di informazioni sull'andamento, nel passato, dell'indice sulla base del quale è calcolato questo stesso tasso (CGUE 3 marzo 2020 c. 125/18).

Tale orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stato sostanzialmente seguito anche dalla Corte di legittimità (SS.UU. 5657/23) la quale nel richiamare gli orientamenti della stessa Corte europea ha affermato: “Tali principi, proprio con riferimento ad una clausola-valore inserita in un contratto di mutuo, sono stati condivisi anche da CGUE 20.9.2017, in causa C-186/16, Andriuc vs. Banca Româneasca, secondo cui se il finanziatore, pur essendo a conoscenza o potendo conoscere eventuali future fluttuazioni del cambio a sfavore del mutuatario, non lo avverte di tale circostanza in sede precontrattuale, viola il dovere di buona fede e, se il contratto è stipulato con un consumatore, pattuisce una clausola che produce un significativo squilibrio tra le parti (è conforme CGUE 20.9.2018, in causa C-51/17, OTP Bank vs. Ilyès and Kiss)”.

Il Tribunale osserva, con riferimento al presente giudizio che il contratto stipulato tra Barclays Bank Ireland PLC e i coniugi _____ non contiene:

- nessuna indicazione dell'andamento del tasso di interessi e del tasso di cambio con riferimento alle annualità precedenti alla sottoscrizione dell'accordo;
- simulazioni in relazione a possibili mutamenti significativi del tasso di interessi e del tasso di cambio;
- indicazione dei fattori di natura politica ed economica che potevano incidere sul tasso di interesse e di cambio.

L'assenza di queste indicazioni rendono le clausole relative al tasso di interesse e di cambio prive del requisito della trasparenza con la conseguenza che i coniugi _____ non erano, alla data di stipula



del contratto, nelle condizioni di avere effettiva contezza dei rischi gravanti sull'obbligazione che avevano assunto.

2.1.6. La violazione delle disposizioni di cui le regole di cui agli artt. 21 T.U.F., 18, 19 Regolamento Consob, comporta la nullità delle clausole 4, 4 bis del contratto con l'obbligo dei coniugi di restituire la sola somma a titolo di capitale.

L'orientamento del Tribunale è coerente con la dottrina del “giusto rimedio” che si fonda sulla metodologia ermeneutica della modulazione dell'interpretazione sistematica delle norme in funzione di tutela ragionevole, proporzionata e adeguata degli interessi presidiati e perseguiti dal legislatore.

È stato sottolineato che il sistema normativo dei rimedi del diritto civile si connota, in quanto informato ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, per la sua flessibilità in relazione all'analisi dell'interesse giuridicamente rilevante oggetto di riconoscimento legislativo con la conseguenza che bisogna privilegiare non le mere declamazioni di regole ma “l'effettività delle soluzioni concretamente offerte dall'ordinamento di fronte alla violazione di uno specifico interesse”.

Quindi, si è sostenuto che: “L'intero sistema rimediario va ...ripensato in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, dei valori riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, dell'esigenza di realizzare il “giusto processo”

Logico corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale affermato dall'art. 13 CEDU, rubricato “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”, e dall'art. 24 Cost. è proprio la concezione di un sistema normativo rimediario “mobile” corredato da strumenti “preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all'inattuazione di quell'interesse o alla sua violazione”.

Rifiutando, quindi, tentativi di concettualizzazione, il Tribunale, seguendo la prospettiva assiologico-funzionale, ritiene che in base alla sistematica normativa possa definirsi rimedio ogni strumento idoneo ad attuare un interesse. Il nesso tra rimedio e interesse deve essere ragionevole proporzionato, adeguato ed effettivo.

Sul piano processuale della connessione tra “giusto rimedio” e oneri assertivi e probatori delle parti, si condivide l'orientamento teorico secondo cui “l'intervento dell'organo giudicante rappresenta l'unico strumento idoneo a dare attuazione agli artt. 3, 24 e 111 cost.” e che il “chiesto” non può esaurirsi nella domanda dedotta in giudizio (petitum immediato) – corrispondendo piuttosto al petitum mediato e, dunque, all'esigenza di protezione dell'interesse concretamente meritevole – con la conseguenza che non si ravvisano ragioni sufficienti per qualificare eccezionali le ipotesi di intervento officioso del giudice ove orientato alla miglior tutela del particolare bene della vita.



