

N. R.G. 321/2016



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Corte D'Appello di Trieste

PRIMA SEZIONE CIVILE

La Corte, in composizione collegiale nelle persone dei
seguenti magistrati:

Giuseppe De Rosa Presidente

Vincenzo Colarieti Cons. rel.

Manila Salva' Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello iscritta al n. 321
del ruolo 2016 avente ad oggetto: appello avverso la
sentenza del Tribunale di Udine n 263/16 di data e
depositata in data 29-2-2016 in punto: contratto di
leasing.



TRA

, attuale
denominazione di ..

s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in indirizzo telematico presso lo
studio , del foro di
Trieste, dal quale è assistita e difesa per procura di data
6-5-2016 in calce all'atto di citazione in appello
notificato in data 9-5-2016.

APPELLANTE

E

(), nella qualità di
titolare dell'impresa individuale "
() corrente in
elettivamente domiciliato in indirizzo telematico presso lo
studio dell'avv. () del foro
di , dal quale è rappresentato e difeso, in unione
con gli avv.ti () del foro di
e () del foro di
, per procura priva di data allegata alla comparsa



di costituzione in appello depositata in via telematica all'udienza di data 5-10-2016.

APPELLATO

Causa trattenuta per la decisione all'udienza di data 10-10-2017 e decisa nella camera di consiglio in data 9-1-2018 sulle seguenti:

CONCLUSIONI

Per l'appellante : << In parziale riforma della sentenza n. 263/2016 resa *inter partes* in data 29.02.16 dal Tribunale di Udine, rigettata ogni altra domanda (anche incidentale), annullato il capo 2 del dispositivo (che riconosce un credito risarcitorio dell'appellata di € 28.288,79 con accessori) e riformulato il successivo capo 3, condannare al pagamento della somma di € 122.220,13, oltre agli interessi al tasso di mora contrattualmente previsto (da contenersi comunque entro i limiti della normativa vigente), con rifusione integrale delle spese di lite e di c.t.u. relative al giudizio di primo grado e al presente gravame.>>

Per l'appellato << Voglia l'On.le Corte d'Appello adita, *contrariis reiectis*,

Nel merito:



per i motivi tutti esposti in narrativa, rigettare la domanda di appello principale.

In ogni caso

spese di lite interamente rifuse, oltre oneri di legge, da distrarsi in favore dei procuratori che si dichiarano antistatari.>>

I

GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

1.0) Con ricorso per decreto ingiuntivo depositato in data 6-11-2013, la _____ chiedeva ed otteneva - con decreto del Tribunale di Udine depositato data 9-11-2013 e notificato in data 25-11-2013 - l'ingiunzione all'impresa individuale

di pagare l'importo di € 122.220,13 per la posizione debitoria maturata in conseguenza dell'omesso pagamento dei canoni relativi ad un contratto di leasing immobiliare stipulato fra le parti in data 4-8-2008, integrato con il verbale di consegna di data 23-2-2009, infine rimodulato con scrittura privata di data 18-1-2011, oltre interessi moratori fino al saldo e spese.



1.1) Con atto di citazione in opposizione, notificato in data 27-12-2013, la debitrice, in persona del suo titolare , conveniva in giudizio - dinanzi al Tribunale di Udine - , in persona del legale rappresentante pro tempore, per sentir revocare l'ingiunzione e, in via riconvenzionale, accertare la nullità ovvero dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento del concedente, con restituzione di quanto versato in esecuzione di quel rapporto insieme agli interessi corrisposti, in quanto pattuiti oltre il tasso soglia dell'usura. In particolare si soffermava sulle clausole di indicizzazione del canone, collegate al rischio cambio, desumendo non solo l'alterazione degli interessi corrispettivi, ma soprattutto l'essenza del rapporto, che assumeva connotati di strumento finanziario, sul quale il cliente non era stato per nulla informato.

1.3) Con comparsa di risposta depositata in data 9-4-2014, si costituiva la convenuta , in persona del legale rappresentante pro tempore, contestando le pretese avversarie alle quali opponeva l'inapplicabilità delle norme del TUF ad un contratto regolato dal TUB,



mentre escludeva la sussistenza delle altre dedotte nullità, in particolare l'usura evidenziando come il TEG si fosse mantenuto ben al di sotto del tasso soglia in occasione delle tre negoziazioni dei tassi.

1.4) La causa, istruita con indagine tecnica e scambio di memorie, era decisa sulle conclusioni prese dalle parti all'udienza di data 21-9-2015.

II

SENTENZA IMPUGNATA

2.0) Con sentenza depositata in data 29-2-2016 Il Tribunale accoglieva parzialmente l'opposizione revocando il decreto ingiuntivo in relazione al credito (di natura risarcitoria) maturato dall'opponente, per effetto dell'indicizzazione del cambio, pari alla somma capitale di € 28.288,79, oltre rivalutazione e interessi, da compensare con la maggior somma ingiunta di € 122.220,13; e condannando

nella qualità, al pagamento del credito residuo vantato dalla banca opposta. Rigettava le altre domande, compensando per la metà le spese di lite, accollate, per la frazione residua, all'opponente maggiormente soccombente.



2.1) Pur qualificando la clausola di indicizzazione al cambio quale strumento derivato, respingeva la tesi della nullità dell'intero contratto di leasing, il quale manteneva la sua autonomia rispetto al negozio collegato, rappresentato dal patto sul rischio cambio, regolante autonomo e distinto rapporto riconducibile ad uno strumento finanziario. Esclusi, però, i profili di nullità eccepiti dall'attrice, riteneva violati i doveri previsti dall'art 21 TUF con l'effetto dell'obbligo di risarcire il danno per responsabilità contrattuale dell'intermediario.

III

APPELLO

3.0) Avverso la predetta sentenza proponeva appello la convenuta opposta

con atto di citazione notificato in data 22-7-2016, chiedendone parziale riforma per la quale si affidava a tre motivi di doglianza.

3.1) Con il primo attingeva la radice della motivazione, partita dall'errata considerazione che la clausola del rischio cambio fosse stata introdotta solo al momento del verbale di consegna (equiparabile al contratto definitivo),



mentre l'inequivocabile dato testuale del contratto dell'agosto 2008 (preliminare, in attesa della costruzione del fabbricato) riportava chiaramente le condizioni relative all'oscillazione delle valute, proprio perché l'utilizzatore voleva contrarre un finanziamento in valuta estera. Osservava che il predetto errore genetico aveva condotto il Tribunale a ritenere il rapporto regolato in euro, mentre tutta l'operazione, fin dal suo esordio, era stata ideata in franchi svizzeri, con la necessità di regolare il pagamento in valuta nazionale secondo un canone parallelo in valuta svizzera con i tassi bancari (Libor) utilizzati su quel mercato estero. Concludeva per l'unicità del negozio, erroneamente frazionato dal primo Giudice per poi creare un irrazionale collegamento.

3.2) Con il secondo motivo censurava la qualificazione giuridica data alla clausola in parola, considerata alla stregua di un prodotto finanziario derivato violando il disposto dell'art 1 D. Lgs. n. 58/1998, per il conclamato difetto dei requisiti di astrattezza e cartolarità, invece tipici dei derivati, finalizzati proprio alla circolazione del titolo.



3.2) Con il terzo motivo rimproverava al Giudice di aver applicato ad un unico contratto due distinte discipline normative, così discostandosi da consolidato indirizzo giurisprudenziale che prevede, in caso di contratto misto, il principio dell'assorbimento, in virtù del quale si applica la disciplina della parte di contratto che ha causa prevalente, ossia il godimento della cosa in cambio di un canone.

3.4) Con comparsa depositata in data 5-10-2016, si costituiva l'appellato nella qualità, contestando le argomentazioni critiche dell'appellante all'impugnata sentenza chiedendone conferma integrale.

3.4) La causa era decisa nell'odierna camera di consiglio, sulle conclusioni prese dalle parti all'udienza di data 10-10-2017, con invito ad esaminare la questione rilevabile d'ufficio della meritevolezza ex art 1322 c.c. della regolamentazione pattizia.

IV

RAGIONI DELLA DECISIONE

4.0) Gli argomenti critici, pur sviluppati con non comune abilità espositiva, non appaiono convincenti. L'appello va



respinto, sia pure con la sostituzione della motivazione, attesa la correttezza sostanziale della disposta compensazione fra i rispettivi crediti, a prescindere dal titolo del credito portato in parziale compensazione dal De Luca.

4.1) Il primo motivo di appello riguarda l'inquadramento in fatto ed è provato (per espressa ammissione dell'appellato) nella sola parte in cui sostiene la raccolta della provvista sul mercato svizzero, ma non anche sulla volontà del cliente di contrarre un debito in valuta estera, motivo a contrarre fortemente negato dall'appellato, il quale si era limitato ad acquistare il pacchetto preconfezionato dall'istituto finanziatore. In tal senso va correttamente ricostruito il contorno di fatto dell'operazione che trova la sua soluzione giuridica, nel giudizio di meritevolezza di tutela per la singola clausola, distonica con il contratto nel quale è inserita e senza assumerne caratteristiche di essenzialità, perché il leasing avrebbe potuto vivere con o senza la clausola sul rischio cambio che ha il solo scopo di proteggere dall'oscillazione del cambio il contraente più forte, il quale, per sue



convenienze economiche, si è procurato la provvista in valuta estera, non su mandato del cliente (di cui non vi è prova) ma per autonoma scelta.

4.1.1.) Il contratto può vivere di vita propria anche senza la clausola di rischio tasso e cambio, tanto che le parti hanno previsto due diverse fatturazioni, l'una per il canone mensile espresso in euro, l'altra per lo scambio di flussi di denaro autonomamente determinati dalla clausola in questione che presenta non solo una sua autonomia, ma soprattutto una **causa propria** perché i pagamenti reciproci trovano la loro fonte non già nelle prestazioni contrattuali, bensì nelle oscillazioni del cambio (e del tasso svizzero), queste, a loro volta, parametrize al canone e agli altri costi del contratto.

4.1.2) Accertata l'autonomia della clausola, all'interno dell'alveo contrattuale nel quale è inserita, la qualificazione giuridica della medesima perde di significato per quanto si dirà a breve. Tuttavia conviene precisare che la clausola in questione contiene una scommessa sul futuro andamento del cambio fra due divise. Partendo da questo dato oggettivo, pur in assenza di



caratteristiche di astrattezza e cartolarità, sembra difficile negare l'esistenza di un domestic currency swap (assimilabile ad una scommessa tra privati) a fronte dell'inequivoca finalità perseguita dalle parti, caratteristica di scopo negoziale sufficiente, anche senza la struttura cartolare, a qualificare la clausola come strumento finanziario (cfr. Cass. Sez I n. 10598 del 19-5-2005).

4.1.3) Quale che sia la qualificazione giuridica della clausola denominata rischio cambio e la normativa ad essa applicabile, non possono nutrirsi dubbi non solo sulla sua autonomia rispetto al corpo pattizio nel quale è inserita, ma anche sulla sua natura atipica, con il corollario dell'indagine d'ufficio ex art. 1322 c.c., rivolta sulla meritevolezza di tutela giuridica per quella pattuizione, **singolarmente** considerata, non sull'intero contratto di leasing, di sicuro meritevole di tutela per gli interessi perseguiti dalle parti, a prescindere dalla sua natura atipica o tipizzata ex art 1 comma CXXXVI L n. 124 del 2017.



4.2) Il contratto in esame presenta una natura mista a fronte della componente fortemente maggioritaria di contratto di locazione finanziaria, accompagnata da una componente minoritaria di contratto di scommessa. E' innegabile che il contratto, nel suo insieme, trovi la sua regolamentazione nel TUB e non nel TUF, la cui applicazione alla singola clausola in esame non può essere consentita.

4.2.1) L'esame in concreto della meritevolezza di tutela giuridica della pattuizione in giudizio va preceduto da un passo della motivazione di corretto insegnamento giurisprudenziale (richiamato negli scritti conclusivi dalla stessa appellante) che tratteggia i principi generali ai quali il Giudice di merito deve attenersi per stabilire il confine fra la libertà dell'autonomia negoziale e il limite della meritevolezza, oltre il quale l'ordinamento cessa di prestare la sua tutela: <<La "meritevolezza" di cui all'art 1322, comma secondo, c.c., non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un **giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della**



dottrina), e deve investire non il **contratto** in sé, ma il **risultato** con esso perseguito.

Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, § 603, II capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta Costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma, cost.

Affinchè dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.

L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del **risultato** che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII ad edictum,



ovvero non omne quod licet, onestum est (Dig., 50, XVII, 144)>> (così pag 11 e 12 motivazione Cass. Sez. III n. 10506 del 28-4-2017)>>.

Il principio esposto determina l'ambito dello scrutinio al quale è chiamato il Giudice, che ha per oggetto la comparazione fra il risultato del patto e la sua rispondenza: a) al principio di parità delle posizioni dei contraenti, cardine dell'ordinamento civile; b) all'economia nazionale, attesa la massiccia diffusione della clausola nelle migliaia di contratti offerti al pubblico.

4.2.3) Prima di entrare nell'esame specifico di meritevolezza, giova ancora premettere che, nel panorama delle varie fattispecie nelle quali la Corte di Cassazione ha ritenuto immeritevole di tutela giuridica l'accordo fra le parti, meritano richiamo, fra le altre, le decisioni concernenti contratti fra banca e cliente con i quali, la prima riceveva vantaggi certi e garantiti, mentre il secondo non aveva alcuna garanzia di trarre lucro dal proprio investimento (cfr Cass Sez I sent. n. 22950 del 10-



11-2015, per il contratto Myway; e Cass. Sez. VI - 3 ord. n. 1959 del 30-9-2015 per il contratto 4You).

4.3) Analoga situazione di irrazionalità dello scambio fra le parti contraenti può individuarsi nella clausola denominata rischio cambio, per plurimi profili.

4.3.1) La prima vistosa alterazione del sinallagma fra le reciproche prestazioni risiede nel maggior vantaggio assicurato alla banca in caso di esito favorevole al cambio denominato storico (in realtà deciso dal concedente), così descritto nell'elaborato peritale: <<Il meccanismo di variazione della rata rispetto al tasso di cambio **opera diversamente** a seconda la variazione avvenga a favore della banca ovvero del cliente.

Se il cambio storico è superiore a quello di scadenza rilevato (cambio di riferimento della Banca Centrale Europea) la variazione è a favore della Banca ed è determinata moltiplicando il canone maturato (canone **comprensivo dell'indicizzazione al tasso di interesse**) **maggiorato dell'IVA**, per la differenza fra cambio storico e cambio a scadenza e diviso per il cambio a scadenza.



*Se il cambio storico risulta inferiore al cambio a scadenza, la variazione è a favore del cliente ed è determinata moltiplicando **la sola quota capitale** per la differenza tra cambio storico e cambio a scadenza e divisa per il cambio a scadenza.*

*Tale meccanismo determina una **condizione svantaggiosa per il cliente** in quanto le variazioni sfavorevoli allo stesso vengono determinate su un importo maggiore (intera rata più variazione dovuta al tasso d'interesse più IVA) rispetto a quello su cui vengono determinate le variazioni favorevoli (sola quota capitale)>> (cfr pag 14 elaborato CTU depositato in forma cartacea il 24-2-2015).*

La palese iniquità del meccanismo di calcolo è stata avvertita finanche dalla banca che ha spontaneamente espunto la maggiorazione IVA, ma non quella sugli interessi, rimettendoli al cliente. Comportamento resipiscente che conforta la non meritevolezza giuridica della pattuizione in esame.

4.3.2) La seconda posizione di irragionevole svantaggio emerge dalla quotazione del cambio denominato storico, però non individuato secondo il calcolo dell'oscillazione media



nell'arco di un determinato lasso temporale, bensì in base ad unilaterale insindacabile e non trattabile scelta dell'istituto finanziatore, il quale proclama il suo diritto di garantirsi dal rischio cambio, ma non esplicita nel contratto, né allega in qualche scritto difensivo, né prova, fornendo il documento (a lui vicino), quale fosse il cambio al quale si era procurato, sul mercato estero, la provvista in franchi, poi utilizzata per finanziare l'operazione richiesta dal cliente.

In assenza di questo dato obbiettivo, che solo l'appellante può fornire, la quotazione inserita nel verbale di consegna appare capricciosa e non in linea con quello che fu il cambio ufficiale fra le due divise nel mese di febbraio del 2009 chiuso al fixing di €/CHF 1,4881 (cfr. archivio listino cambi BCE sul sito internet ufficiale, ovvero numerosi siti di conversione di monete), valore sensibilmente inferiore rispetto a quello arbitrariamente eletto da una sola delle parti contrattuali.

Nel verbale di consegna (redatto dalla banca) è testualmente affermato che l'utilizzatore <<**accetta** la *determinazione del cambio di riferimento Euro/CHF, 1 Euro =*



1,4965>> (cfr doc. 8 fasc. cartaceo appellante) dimostrando così di non aver partecipato ad un accordo su un cambio fittizio e disancorato da qualsiasi valore storico, ma di averlo solo subito accettando il complessivo pacchetto negoziale offerto al pubblico dalla banca.

4.4) La funzione concreta della clausola, sostenuta dall'appellante, sarebbe stata quella di permettere al cliente di contrarre un leasing in valuta estera, ma un simile risultato poteva facilmente essere raggiunto mediante una semplice operazione di conversione della provvista originaria (parametrata al cambio del giorno in cui la banca l'aveva acquisita, ovvero alla data del verbale di consegna, non invece ad un cambio immaginario) ed altre, mensili, fra l'importo in euro del canone corrispettivo del godimento dell'immobile e il controvalore in franchi svizzeri al momento di ciascuna scadenza di pagamento. Metodica semplice e facilmente controllabile dal cliente, mentre il risultato cui tende la clausola del rischio cambio non è quello della semplice conversione fra la valuta che regola il contratto e quella estera, in tesi, richiesta dal cliente, bensì quello di assicurare maggiori



vantaggi alla banca, mediante l'aggiunta degli interessi e dell'IVA (poco funzionale al leasing in valuta estera) nel caso di cambio in discesa a lei favorevole, al contrario dell'utilizzatore, il quale non solo non gode di quel vantaggio, ma parte da una posizione contrattuale oggettivamente sfavorita **dal tasso di cambio non ancorato al fixing del giorno** della stipula del contratto o altro elemento certo, bensì ad un tasso deciso dalla banca (diverso da quello ufficiale del giorno di stipula del contratto e ancor meno a quello ignoto di acquisto della provvista in valuta estera) e **accettato** dall'utilizzatore, quindi non **consapevolmente** concordato.

4.5) Agli svantaggi per il cliente, va aggiunta la farraginosità dei calcoli, non in linea con il principio di trasparenza predicato dal TUB, nel cui alveo lo stesso appellante inserisce il contratto e la clausola che esso contiene. L'intrinseca opinabilità delle metodiche di calcolo descritte nella prima parte della complessiva clausola sub E del contratto del 2008 (indispensabile per il calcolo della differenza fra il canone *nazionale* e quello *svizzero*) è stata tale da indurre in errore



(sfavorevole al cliente) perfino i contabili della banca che aveva ideato il meccanismo descritto, come emerge dalle rettifiche sia dell'indicizzazione al tasso che al cambio, sicchè il risultato della clausola è ben lontano dai principi generali di correttezza e buona fede contrattuale, tenuto conto del fatto che il contraente, ideatore del calcolo, non era in grado di fornire adeguata informazione alla clientela sulle modalità applicative del medesimo, perché, neanche i suoi funzionari capivano come interpretare la complessa dinamica matematica dell'articolata pattuizione.

4.5) L'astrusità dei calcoli e lo sbilancio delle posizioni dei contraenti non depongono certo ad evidenziare un semplice risultato di conversione fra due valute del costo totale dell'operazione e dei singoli canoni, operazione matematica che non esige le rielaborazioni indicate nella clausola e ancor meno l'inclusione nel calcolo dell'IVA, elemento del tutto dissonante con la conversione in valuta estera di quella nazionale che regola il contratto, i cui canoni di godimento sono stati versati in euro. Le parti possono stabilire di convertire in una divisa estera le



prestazioni pagate in euro, pattuizione in astratto meritevole di tutela giuridica, non però nel caso in esame, connotato da un risultato che conduce ad elementi di prevaricazione contrastanti con il nostro ordinamento, fondato sui principi opposti di solidarietà e parità dei contraenti.

4.6) Per il resto il contratto si presenta come un normale leasing immobiliare con un canone di godimento prestabilito con tasso corrispettivo fisso, al quale accede la clausola in questione, del tutto stridente con lo scopo concreto dell'affare, finalizzato al finanziamento dell'acquisto di un locale da destinare all'esercizio dell'attività dell'impresa del Poiché il risultato offerto al cliente (contrarre un finanziamento in valuta estera) non era raggiungibile con la clausola in questione (tendente ad altro scopo: avvantaggiare la concedente), la medesima non merita alcuna tutela giuridica, con la conseguenza dell'obbligo di restituire i guadagni ottenuti con l'applicazione di quel patto. Quindi, anche se per una ragione diversa da quella ritenuta dal Tribunale, la cui



motivazione va sostituita, il dispositivo resta sostanzialmente confermato.

4.7) La novità della questione trattata rispetto ai numerosi casi consimili e l'assenza di pronunce di legittimità sulla clausola in giudizio, consigliano la compensazione integrale fra le parti delle spese di lite di questo solo grado del giudizio, per effetto della sostanziale conferma dell'impugnata sentenza, non emendabile in punto spese in assenza di specifico motivo d'appello.

P.Q.M.

La Corte definitivamente pronunciando nella causa d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Udine n 1179/15 promossa da

nei confronti di nella qualità, ogni diversa istanza eccezione deduzione disattesa così decide:

- a) Dichiarare ex art. 1322 c.c. la non meritevolezza di tutela giuridica della clausola sub E del contratto fra le parti del 4-8-2008 in relazione al rischio



cambio e, per l'effetto, rigetta l'appello confermando integralmente l'impugnata sentenza;

b) compensa fra le parti le spese di lite di questo grado del giudizio;

c) dichiara la sussistenza, in capo all'appellante

delle condizioni per l'applicazione dell'art 13 comma 1 quater D.P.R. n. 115 del 2002.

Così deciso nella camera di consiglio della prima sezione della Corte d'Appello di Trieste in data 9-1-2018.

Il cons. est.

Vincenzo Colarieti

Il Presidente

Giuseppe De Rosa

