



N. R.G. 4201/2019



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE PRIMA CIVILE

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

dott. Carla Romana Raineri

Presidente Relatore

dott. Alessandra Aragno

Consigliere

dott. Rossella Milone

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di impugnativa di lodo arbitrale promossa da:

Intesa Sanpaolo S.p.A. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. a seguito di fusione per incorporazione a far data dal 25.02.2019), con sede sociale in Torino, piazza San Carlo n. 156, e sede secondaria in Milano, via Monte di Pietà n. 8, Numero di Iscrizione al Registro delle Imprese di Torino e Codice Fiscale 00799960158, P. IVA 10810700152, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Manuela Grassi1 e Luca Traficante ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano, Via Monte di Pietà n. 15

Impugnante

contro

Fattoria Sant'Appiano S.a.r.l. (già Fattoria Sant'Appiano di Cappelli Maria Grazia & C. s.a.s.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, P.IVA 00538580481, con sede in Firenze, Via Carducci n. 20, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Michele Strammiello e Chiara Sambaldi ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Francesco Sforza n. 14, presso lo studio dell'Avv. Simona Franciosi

Resistente





CONCLUSIONI

Per parte impugnante:

Nel merito:

in accoglimento dell'impugnazione proposta da Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.), dichiarare la nullità del lodo impugnato per i motivi dedotti in atti; conseguentemente, ove previsto dall'art. 830, comma 2, c.p.c., decidere la causa nel merito e - in riforma del lodo impugnato - rigettare tutte le domande proposte da Fattoria Sant'Appiano Società Agricola a r.l. (già Fattoria Sant'Appiano di Cappelli Maria Grazia & C. s.a.s.) nei confronti di Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.); per l'effetto (e in ogni caso), condannare Fattoria Sant'Appiano Società Agricola a r.l. (già Fattoria Sant'Appiano di Cappelli Maria Grazia & C. s.a.s.) a restituire a Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.) l'importo di Euro 102.738,42 già corrisposto in esecuzione del lodo impugnato da Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.), oltre interessi legali dal 19.02.2020 sino al saldo effettivo;

in via subordinata e salvo gravame, ridurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le difese ed eccezioni di Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.), anche ai sensi degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c., e - per l'effetto - condannare Fattoria Sant'Appiano Società Agricola a r.l. (già Fattoria Sant'Appiano di Cappelli Maria Grazia & C. s.a.s.) a restituire a Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.) la differenza tra l'importo di Euro 102.738,42 (già corrisposto da Intesa Sanpaolo s.p.a. in esecuzione del lodo impugnato) ed il minor importo dovuto che verrà ritenuto di giustizia da codesta Ecc.ma Corte, oltre interessi legali dal 19.02.2020 sino al saldo effettivo.

In via istruttoria:

rigettare tutte le istanze istruttorie avversarie;

in gradato subordine, o comunque all'occorrenza, ammettere i capitoli di prova testimoniale formulati da Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.) al par. 2 della "Prima memoria autorizzata" (Fasc. Banca Arbitrato) con i testi indicati al par. 2.1. della "Seconda memoria autorizzata" (Fasc. Banca Arbitrato) e - nella denegata ipotesi di ammissione di alcuno dei capitoli di prova testimoniale proposti da Fattoria Sant'Appiano Società Agricola a r.l. (già Fattoria Sant'Appiano di Cappelli Maria Grazia & C. s.a.s.) - ammettere Intesa Sanpaolo s.p.a. (quale



incorporante di Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a.) a prova contraria con i testi indicati al par. 2.1. della “Seconda memoria autorizzata” (Fasc. Banca Arbitrato).

In ogni caso:

con il favore delle spese legali, arbitrali e peritali, oltre gli accessori di legge, ivi compreso il rimborso delle spese generali, per tutti i gradi di giudizio.

Per parte resistente:

Piaccia all’On.le Corte d’Appello di Milano, per tutte le ragioni esposte nella comparsa di costituzione depositata:

- respingere la proposta impugnazione del Lodo Arbitrale n. 1018/33, sottoscritto in data 5.07.2019 e depositato in data 15.07.2019, nel procedimento arbitrale avanti alla Camera Arbitrale di Milano (ARB n. 10/2018 - Arbitro Unico Avv. Marco Marinaro), in quanto inammissibile ed infondata. Con il favore delle spese di lite e condanna di controparte all’ulteriore somma che l’Ecc.ma Corte Vorrà determinare in via equitativa, per responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3 c.p.c.;

- nella denegata e non creduta ipotesi in cui, pronunciata la nullità dell’impugnato Lodo, l’On.le Corte dovesse ritenere di sviluppare la fase rescissoria del presente giudizio, ci si oppone all’avversa richiesta di ammissione delle prove formulate nelle memorie autorizzate depositate nel giudizio arbitrale ed, ove occorrendo, si insiste per l’ammissione di tutte le istanze istruttorie già avanzate nella domanda di arbitrato e nelle depositate memorie autorizzate di parte attrice, oggi appellata, che qui si ritrascrivono:

Si chiede ammettersi prova per testi sui capitoli di seguito indicati:

- 1) “DCV che la società Fattoria Sant’Appiano è stata classificata dalla Banca CRF Firenze come cliente al dettaglio come si evince dal doc. 19 che vi si mostra”;
- 2) “DCV che in data 23 maggio 2008 durante un incontro presso il Centro Imprese della Banca CRF di Firenze, Viale Matteotti, proponevate alla società Fattoria di Sant’Appiano l’acquisto di un prodotto derivato Interest Rate Swap Step Up”;
- 3) “DCV che la Sig.ra Maria Grazia Cappelli, legale rappresentante della predetta società era priva di qualsivoglia competenza in materia di strumenti finanziari derivati e svolgeva la professione di insegnante delle scuole elementari”;
- 4) “DCV che la società Fattoria di Sant’Appiano è un’azienda agricola”



- 5) “DCV che al predetto incontro avete sottoposto alla Sig.ra Maria Grazia Cappelli per l'immediata sottoscrizione il contratto per l'acquisto del prodotto derivato Interest Rate Swap Step Up che Vi si mostra (doc. 1 allegato domanda arbitrale) ”;
- 6) “DCV che durante il predetto incontro, omettevate di informare la Si.gra Cappelli delle possibili conseguenze negative e dei rischi connessi a detto contratto in termini economico-finanziari”;
- 7) “DCV che indicavate l'operazione finanziaria proposta come sicura e prudente omettendo di illustrare i possibili scenari probabilistici sull'andamento del prodotto finanziario”
- 8) “DCV che tutta la documentazione contrattuale relativa all'acquisto del predetto prodotto finanziario venne predisposta dalla banca CRF e sottoposta per la firma alla legale rappresentante pro tempore della società Fattoria di Sant'Appiano”.

Si indica a testi il Dott. Cesare Mencattini – Firenze.

Sempre in via istruttoria, si chiede ammettersi prova per testi sui seguenti capitoli:

- 9) “DCV che la Si.gra Maria Grazia Cappelli Vi riferì che durante l'incontro tenutosi in data 23/05/08 presso il Centro imprese della banca CRF di Firenze Viale Matteotti, le venne proposto di sottoscrivere un contratto assicurativo;
- 10) “DCV che la Sig.ra Maria Grazia Cappelli Vi riferì che il contenuto di detto contratto non le venne illustrato”;
- 11) “DCV che il predetto contratto venne sottoscritto, su richiesta della Banca, il medesimo giorno dell'incontro avvenuto il 23/05/2008”;
- 12) “DCV che nessuno incaricato della banca CRF aveva mai prospettato alla Sig.ra Cappelli la sottoscrizione di un contratto di acquisto di prodotti derivati”.

Si indica a testi il Sig. Pierfrancesco Bertini – Firenze.

Con vittoria di spese e competenze del giudizio.





SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con domanda arbitrale depositata presso la Camera Arbitrale di Milano in data 19 gennaio 2018, Fattoria Sant'Appiano S.a.r.l. (di seguito, "Fattoria Sant'Appiano") conveniva davanti a tale organismo la Banca Cassa di Risparmio di Firenze S.p.a., successivamente fusa per incorporazione con Intesa San Paolo S.p.A. ("Intesa San Paolo"), in virtù della clausola compromissoria di cui all'art. 9 del contratto derivato "*Interest Rate Swap Step Up*" concluso tra le parti in data 23 maggio 2008, chiedendo preliminarmente al Consiglio Arbitrale di procedere alla nomina dell'arbitro unico ai sensi dell'art. 14.2 del Regolamento arbitrale vigente *ratione temporis*.

Nel merito, Fattoria Sant'Appiano chiedeva (i) che venisse accertata e dichiarata la nullità del predetto contratto derivato per indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto e/o per difetto di causa ovvero, in alternativa, che venisse dichiarata la risoluzione dello stesso *ex art. 1453 c.c.* per grave inadempimento della banca convenuta agli obblighi informativi, di diligenza e di buona fede di cui all'art. 21 T.U.F.; (ii) in ogni caso, che la banca venisse condannata al risarcimento dei danni subiti da Fattoria Sant'Appiano, quantificati nella somma complessiva di Euro 245.311,98 o, comunque, che venisse dichiarato il diritto di quest'ultima di ottenere la restituzione di tale somma da parte della banca ai sensi dell'art. 2033 c.c.

A sostegno delle proprie domande, l'attrice deduceva:

- di aver concluso con l'istituto bancario convenuto, il 23 maggio 2008, il menzionato contratto derivato denominato "*Interest Rate Swap Step Up*", con il quale, in relazione ad un capitale nominale di Euro 700.000,00, Fattoria Sant'Appiano si impegnava a pagare ogni 6 mesi, fino al 31 dicembre 2022, a favore della banca, un interesse fisso del 4,90%, a fronte del corrispettivo obbligo di quest'ultima a pagare con scadenza semestrale, a favore della società cliente, un interesse variabile pari ad Euribor 6 mesi.
- che tale contratto veniva stipulato con funzione di copertura del rischio assunto da Fattoria Sant'Appiano medesima con la contestuale stipulazione di un contratto di mutuo agrario per l'importo capitale di Euro 700.000,00, con durata di 15 anni, indicizzato al tasso variabile Euribor;
- che il contratto derivato non conteneva l'esplicitazione del "*Mark to Market*" (ovvero il valore di mercato del contratto), pur integrando tale indicazione un elemento informativo essenziale, in quanto necessaria per permettere alla società cliente di conoscere e valutare l'alea effettiva del contratto medesimo; da tale carenza sarebbe conseguita, secondo l'attrice, la nullità del contratto *de quo* per difetto di causa e/o per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto. Inoltre, la mancata indicazione del *Mark to Market* avrebbe altresì integrato una violazione, da



parte della banca convenuta, degli oneri informativi posti a carico dell'intermediario *ex art.* 21 T.U.F., con conseguente diritto della società cliente di ottenere la risoluzione giudiziale del contratto *ex art.* 1453 c.c.

- che, inoltre, al momento della sottoscrizione del contratto derivato in questione, il *Mark to Market* risultava negativo per la società cliente e, pur a fronte di ciò, la banca non offriva a Fattoria Sant'Appiano alcun accredito "*Up front*", necessario a riequilibrare i termini della transazione, con conseguente violazione del generale obbligo di diligenza, correttezza e trasparenza imposto dall'art. 21 T.U.F., nonché degli obblighi specifici prescritti in tal senso dal Regolamento Intermediari; anche tale circostanza avrebbe integrato, sempre nella ricostruzione di parte attrice, un inadempimento contrattuale della banca idoneo a determinare la risoluzione giudiziale del contratto derivato *ex art.* 1453 c.c.

Il danno patito da Fattoria Sant'Appiano in conseguenza degli asseriti vizi del contratto derivato concluso con la banca convenuta (o la somma da quest'ultima dovuta a titolo di ripetizione d'indebito) veniva, dunque, quantificato nell'importo corrispondente alla sommatoria dei flussi differenziali netti pagati a favore della banca fino al 31 maggio 2017.

La banca convenuta si costituiva nel giudizio arbitrale, chiedendo il rigetto delle pretese di Fattoria Sant'Appiano, in quanto infondate, e, in subordine, la riduzione della somma da quest'ultima richiesta a titolo di risarcimento, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c.

A seguito della nomina dell'Arbitro unico, avv. prof. Marco Marinaro, e della conseguente costituzione del Tribunale Arbitrale, si svolgeva l'istruttoria, all'esito della quale veniva ordinato l'esperimento di consulenza tecnica.

Più in particolare, l'Arbitro rilevava come, al fine di risolvere la controversia, fosse necessario accertare preliminarmente se il contratto derivato IRS con funzione di copertura concluso tra le parti, costituendo un contratto atipico, perseguisse interessi meritevoli di tutela *ex art.* 1322 c.c., ed evidenziava, altresì, come, con riferimento alla conclusione di operazioni di derivati IRS con funzione di copertura, l'interesse del cliente – che l'art. 21 TUF e l'art. 26 del Regolamento Consob fanno rientrare nell'ambito della valutazione di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. – potesse considerarsi soddisfatto soltanto qualora il contratto concluso avesse rispettato le condizioni previste dalla Determinazione Consob EI/99013791 del 26 febbraio 1999.

Tale determinazione, infatti, chiarisce che un'operazione in strumenti finanziari derivati può essere considerata di copertura quando: a) è esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di altre



posizioni detenute dal cliente; b) sussiste correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) della copertura e lo strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) sono state adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.

Pertanto, l'Arbitro riteneva preliminare ad ogni ulteriore valutazione del merito alla controversia la verifica del rispetto delle condizioni predette e, al fine di ottenere l'illustrazione degli indici tecnici necessari a compiere tale accertamento, incaricava il CTU di rispondere al seguente quesito:

“Il CTU, letti gli atti ed esaminati i documenti prodotti, acquisito se del caso e nei limiti dell'art. 198 c.p.c. ogni altro documento contabile utile ai fini della descrizione del meccanismo previsto nel contratto derivato sottoscritto dalle parti, considerati i criteri indicati nella Direttiva 26 febbraio 1999, n. 99013791 Consob per qualificare di copertura le operazioni sui derivati, dica, con riferimento alle operazioni poste in essere con il contratto derivato denominato “Interest Rate Swap Up” stipulato in data 23 maggio 2008, quanto segue:

- a) Se le operazioni siano state esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente;*
- b) Se vi fosse elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine, con riguardo al: rapporto tra il nozionale del contratto derivato ed il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; al tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS, alle scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; alla durata del debito e quella dell'IRS, nonché ad altri indici che il Consulente dovesse ritenere di individuare;*
- c) Se siano state adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.*

Dica il CTU quant'altro possa essere utile ai fini di giustizia”.

La CTU veniva depositata in data 18 marzo 2019. Il CTU così concludeva:

- con riguardo al requisito di cui alla lett. a), l'operazione di acquisto del derivato IRS *Step-Up* conclusa delle parti era stata esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità del tasso di interesse relativo ad un contratto di mutuo stipulato dalla società cliente;
- con riguardo al requisito di cui alla lett. b), vi era elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine;



- con riguardo al requisito di cui alla lett. c), dalla documentazione in atti non emergevano evidenze che la banca convenuta avesse concretamente adottato procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare l'effettiva sussistenza delle condizioni di cui alle lett. a) e b) – come definite nella Comunicazione Consob n. 9019104: Livello 3 – Regolamento Intermediari del 2 marzo 2009, la quale definisce il dovere dell'intermediario di comportarsi secondo correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari.

Più in particolare, il CTU evidenziava come la banca avesse omesso (i) di indicare alla società cliente il *pricing* del prodotto derivato nonché la scomposizione (c.d. “*unbundling*”) del *Mark to Market*; (ii) di fornire alla società cliente l'analisi di scenario legata al derivato, avente ad oggetto l'illustrazione nel dettaglio degli elementi che compongono l'IRS e le peculiarità del prodotto; (iii) di illustrare alla società cliente un'adeguata comparazione con prodotti alternativi.

All'esito dell'udienza di discussione, previa assegnazione dei termini per il deposito delle memorie conclusionali e di replica, la causa veniva trattenuta in decisione.

Con lodo arbitrale depositato in data 5 luglio 2019, l'Arbitro unico decideva come segue:

“a) accoglie la domanda proposta dalla società attrice e dichiara l'inefficacia del contratto “Interest Rate Swap Step Up” stipulato tra le parti in causa il 23 maggio 2008;

b) per l'effetto condanna la banca convenuta al pagamento, in favore della società attrice, della somma di € 70.477,54, con gli interessi legali dalla data dei singoli addebiti all'effettivo saldo;

c) condanna la banca convenuta al pagamento delle spese processuali in favore società attrice che vengono liquidate in € 16.148,50 (€ 704,00 per esborsi, € 13.430,00 per compensi ed € 2.014,50, per spese forfettarie al 15%), oltre agli accessori fiscali e previdenziali dovuti per legge”.

La parte soccombente veniva inoltre condannata all'integrale pagamento degli onorari spettanti alla Camera Arbitrale ed all'Arbitro unico, nonché alle spese di CTU ed al rimborso degli oneri sostenuti dall'Arbitro e dal CTU nel corso del giudizio.

L'Arbitro unico motivava la propria decisione evidenziando che, alla luce delle risultanze della CTU, risultava accertata l'inefficacia *ab origine ex art. 1322 c.c.* del contratto derivato oggetto di causa, in quanto lo stesso non perseguiva un'oggettiva funzione di copertura nell'interesse della società cliente, non essendo in particolare stata soddisfatta la terza delle condizioni predisposte a tal fine dalla Determinazione Consob EI/99013791 del 26 febbraio 1999.



Conseguentemente, l'Arbitro accertava il diritto di Fattoria Sant'Appiano alla ripetizione di quanto (indebitamente) versato ad Intesa San Paolo nel corso del rapporto contrattuale, quantificando tale importo nella somma complessiva di Euro 70.477,54.

Il lodo arbitrale veniva impugnato dinanzi a codesta Corte *ex artt.* 828 e ss. c.p.c. da Intesa San Paolo, deducendosi la nullità dello stesso per i seguenti motivi:

- con il primo motivo, l'impugnante adduce, *ex art.* 829, comma 1, n. 4) c.p.c., che l'Arbitro sarebbe incorso nel vizio di ultrapetizione, avendo pronunciato l'inefficacia del lodo *ex art.* 1322 c.c. nonostante tale declaratoria non fosse oggetto di una specifica domanda di parte;
- con il secondo motivo, deduce la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 9) c.p.c., per violazione del principio del contraddittorio; difatti, ad avviso dell'impugnante, l'Arbitro avrebbe mancato di provocare il contraddittorio tra le parti in merito all'inefficacia *ex art.* 1322 c.c. del contratto derivato oggetto della vertenza;
- con il terzo motivo, l'impugnante lamenta la nullità del lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 5) c.p.c., nella parte in cui tale disposizione richiama l'art. 823, comma 2, n. 5) c.p.c., per essere la motivazione formulata dall'Arbitro viziata da carenze tali da rendere non comprensibile l'*iter* logico-giuridico seguito, nonché la *ratio* della decisione adottata;
- con il quarto e quinto motivo, infine, Intesa San Paolo allega la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 12), per aver l'Arbitro ommesso di pronunciarsi sull'eccezione formulata dall'odierna impugnante in merito all'effettiva sussistenza delle "procedure e misure di controllo interno" di cui alla lett. c) della Comunicazione Consob n. DI/9913791 del 26 febbraio 1999, nonché sulla subordinata eccezione relativa all'assenza di potenzialità lesiva di un'eventuale carenza delle predette procedure.

In relazione alla fase rescissoria del giudizio, Intesa San Paolo si richiamava interamente alle proprie difese ed eccezioni svolte in fase arbitrale, insistendo per l'integrale rigetto delle domande avversarie.

L'impugnante proponeva altresì, *ex art.* 830, comma 4, c.p.c., istanza di sospensiva della provvisoria esecutività del lodo. Tale istanza veniva rinnovata con apposito, separato, ricorso.

Si costituiva nel giudizio d'impugnazione così introdotto la Fattoria Sant'Appiano, eccependo l'inammissibilità dell'impugnativa per carenza dei presupposti di cui all'art. 829, e richiedendo, con riferimento all'eventuale fase rescissoria, l'integrale conferma del lodo impugnato.

Con ordinanza del 30 gennaio 2020 la Corte respingeva l'istanza sospensiva proposta da Intesa San Paolo, non ritenendo sussistenti i presupposti di cui all'art. 830, comma 4, c.p.c. All'esito delle



conclusioni precisate, tratteneva la causa in decisione, assegnando i termini per il deposito delle comparse conclusionali e rispettive repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare, è opportuno evidenziare che trattasi di lodo regolato dalle norme successive alla Riforma del 2006, che ha modificato, *inter alia*, il disposto dell'art. 829 c.p.c., il quale, nella formulazione attualmente in vigore, prevede che “*l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa [unicamente] se espressamente disposta dalle parti o dalla legge*”. Come del resto non contestato da alcuna delle parti, la clausola compromissoria prevista dall'art. 9 del contratto “*Interest Rate Swap Step Up*” non contiene un'esplicita previsione in tal senso.

Il lodo impugnato potrà, pertanto, essere oggetto di revisione ad opera di questa Corte unicamente qualora risulti integrata taluna delle cause di nullità espressamente disposte dall'art. 829 c.p.c., comma 2, e l'analisi dagli eventuali *errores in iudicando* nei quali l'Arbitro sia eventualmente incorso è consentita, nella presente sede, solo ove venga preliminarmente dichiarata la nullità del lodo ai sensi della menzionata disposizione codicistica.

Venendo ora ai motivi di impugnazione, la Corte osserva quanto segue.

Con il **primo motivo** Intesa San Paolo lamenta la nullità del lodo per vizio di ultrapetizione, avendo l'Arbitro rilevato d'ufficio l'inefficacia *ab origine* ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c. del contratto derivato concluso dalle parti, a seguito della preliminare valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti dallo stesso.

Il motivo è infondato e insuscettibile di dar luogo alla invocata declaratoria di nullità.

Va, in primo luogo, osservato che il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* costituisce, nei procedimenti ove taluna delle parti chieda accertarsi la nullità di un contratto atipico, un *prius* logico-giuridico rispetto all'esame della validità dell'operazione contrattuale, posto che il contratto atipico immeritevole di tutela non è idoneo a vincolare le parti medesime. Tale accertamento rientra tra i poteri d'ufficio del giudice chiamato a decidere sulla validità del contratto (cfr. Cass. 1° febbraio 2018, n. 2521; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950).

Inoltre, nel caso di specie, la valutazione svolta dall'Arbitro unico ai sensi dell'art. 1322 c.c. appare direttamente connessa alla domanda, proposta dall'allora attrice Fattoria Sant'Appiano, concernente la



dichiarazione di nullità del predetto contratto derivato per difetto di causa (legata, ad avviso dell'attrice, alla mancata indicazione del *Mark to Market* ed alla mancata offerta da parte della banca di un accredito "*Up front*" pur a fronte del *Mark to Market* negativo registrato al momento della sottoscrizione del contratto). Difatti, come recentemente precisato anche da questa stessa Corte (cfr. App. Milano 16 settembre 2021), il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto atipico ha ad oggetto, in ultima istanza, la valutazione della causa concreta dell'accordo stipulato dalle parti, in quanto è proprio l'eventuale assenza della stessa a determinare l'inefficacia del contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.

In conclusione, non può ritenersi che l'Arbitro unico sia incorso nel vizio di ultrapetizione pronunciando l'inefficacia *ab origine* del contratto atipico oggetto di causa, posto che, da un lato, tale valutazione è consentita al giudice, anche d'ufficio, ogniqualvolta la controversia sottoposta alla sua attenzione riguarda la validità di un contratto atipico e, dall'altro, la valutazione *ex art.* 1322 c.c. svolta dall'Arbitro risulta, comunque, prodromica alla chiesta declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto per mancanza di causa, espressamente e specificamente formulata da Fattoria Sant'Appiano.

Tale conclusione non viene, del resto, in alcun modo intaccata dalla contestazione, sollevata da parte impugnante nell'ambito del motivo in esame, secondo la quale l'arbitro si sarebbe erroneamente basato, nel formulare il giudizio di immeritevolezza del contratto IRS, sui requisiti di conformità del contratto derivato agli interessi del cliente disposti dalla Comunicazione Consob n. DI/9913791 del 26 febbraio 1999, invece che su quelli di cui alla Comunicazione Consob n. 9019104: Livello 3 – Regolamento Intermediari del 2 marzo 2009, presa in considerazione dal CTU. Tale censura, infatti, attiene evidentemente al merito della decisione arbitrale, non sindacabile da questa Corte in assenza di preventiva declaratoria di nullità del lodo impugnato.

Parimenti infondato e inidoneo a comportare la declaratoria di nullità del lodo impugnato è il **secondo motivo** d'impugnazione, con il quale Intesa San Paolo lamenta la violazione del principio del contraddittorio per non avere l'Arbitro provocato il dibattito in merito all'inefficacia *ex art.* 1322 c.c. del contratto derivato ed ai presupposti della stessa (con particolare riferimento alla mancata adozione, da parte della banca convenuta, delle "procedure e misure di controllo interno" di cui alla lett. c) della Comunicazione Consob DI/9913791 del 26 febbraio 1999).



Sul punto occorre rilevare che, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, il Giudice (o, in luogo di questo, l'Arbitro) è tenuto a provocare il contraddittorio delle parti unicamente sulle questioni "di fatto" o, al più, su quelle c.d. "miste", ossia contenenti elementi sia di fatto che di diritto (cfr., più di recente, Cass. 5 maggio 2021, n. 11724, ove la S.C. ha esplicitato che *"l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, stabilito dall'art. 101, comma 2, c.p.c., non riguarda le questioni di solo diritto, ma quelle di fatto ovvero quelle miste di fatto e di diritto, che richiedono non una diversa valutazione del materiale probatorio, bensì prove dal contenuto diverso rispetto a quelle chieste dalle parti ovvero una attività assertiva in punto di fatto e non già mere difese"*; in senso pienamente conforme cfr. Cass. 19 maggio 2016, n. 10353; Cass. 23 maggio 2014, n. 11453).

Al contrario, rientra nel potere discrezionale del Giudice, in applicazione del generale principio *iura novit curia*, dare qualificazione giuridica agli elementi di fatto introdotti nel procedimento, senza che su tale operazione di qualificazione sia necessario l'intervento in contraddittorio delle parti; ciò in quanto la valutazione e qualificazione in diritto delle circostanze fattuali alla base della controversia costituisce attività tipica dell'organo giurisdizionale, da svolgersi per mezzo della discrezionalità che gli è propria.

Ebbene, dagli atti di causa risulta in maniera indubbia che l'Arbitro unico ha ampiamente stimolato e garantito il contraddittorio tra le parti in relazione agli elementi di fatto su cui la successiva dichiarazione di inefficacia *ex art. 1322 c.c.* del contratto derivato IRS è stata fondata - ossia, in particolare, sulla conformità o meno di tale contratto alle condizioni di cui alla Comunicazione Consob DI/9913791 del 26 febbraio 1999 (lett. a, b e c) - e ciò tanto in sede di esperimento della CTU quanto, successivamente, con lo scambio delle memorie conclusionali.

Ed invero, dal verbale della riunione di inizio delle operazioni peritali, tenutasi in data 5 dicembre 2018 (allegato alla CTU e prodotto da Fattoria Sant'Appiano *sub. doc. 1*), risulta che, in tale sede, i difensori delle parti (i quali partecipavano all'incontro unitamente ai rispettivi CTP) hanno avuto occasione di discutere, *inter alia*, anche dell'interpretazione del quesito peritale e, in particolare, proprio della parte in cui si chiedeva al CTU di accertare l'adozione o meno, da parte della banca, delle idonee "procedure e misure di controllo interno" di cui al predetto requisito *sub. c)*.

Sempre da tale verbale, oltre che dallo stesso lodo impugnato (cfr. pag. 18), emerge che il CTU, preso atto della mancanza di accordo tra le parti in merito alla corretta portata del requisito di cui alla lettera c) della menzionata Direttiva Consob del 1999, ha richiesto ai CTP di depositare un'apposita memoria vertente su tale specifico tema (allegata anch'essa alla CTU finale).



Inoltre, le parti, per mezzo dei propri consulenti, hanno avuto ulteriormente modo di esprimersi in merito all'oggetto del quesito peritale in sede di osservazioni alla bozza finale di CTU, depositate peraltro solo dall'odierna impugnante (cfr. pag. 74 CTU ed allegati).

Infine, posto che la CTU (avente ad oggetto, come si è detto, l'analisi degli elementi di fatto su cui la pronuncia dell'arbitro si è interamente basata) è stata depositata anteriormente all'assegnazione alle parti dei termini per il deposito delle memorie conclusive, le parti medesime sono state messe nella condizione di svolgere tutti i rilievi ritenuti opportuni anche in tale sede. Il principio del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c., comma 2, può dirsi, pertanto, pienamente rispettato.

Non senza osservare che la stessa Intesa San Paolo ha indirettamente confermato, nel proprio atto di impugnazione di lodo, l'avvenuto rispetto del contraddittorio in merito alla conformità del contratto derivato oggetto di causa ai requisiti di cui alla predetta Direttiva Consob.

Ciò, in particolare, nella parte in cui (in relazione ai motivi quarto e quinto di impugnazione, sopra descritti) l'impugnante lamenta la mancata esposizione, nella motivazione del lodo impugnato, delle ragioni di mancato accoglimento dell'eccezione, formulata dalla banca in sede di comparsa conclusionale, relativa alla effettiva sussistenza delle summenzionate "procedure e misure di controllo" di cui alla lett. c) della Comunicazione Consob del 26 febbraio 1999: il che rende evidente come la banca abbia potuto sollevare tale eccezione non solo mediante la discussione in tema di CTU, ma anche successivamente, mediante lo scambio delle memorie conclusive.

Con il **terzo motivo**, l'impugnante lamenta la nullità del lodo ai sensi dell'art. 823, comma 2, n. 5) c.p.c., il quale dispone che "*il lodo deve contenere (...) l'esposizione sommaria dei motivi*".

Anche tale motivo è privo di fondamento.

Come in più occasioni precisato anche dalla Suprema Corte, il lodo arbitrale impugnato può essere considerato carente del requisito previsto dall'art. 823 comma 2 n. 5) c.p.c. unicamente qualora la motivazione sia del tutto non conforme al modello "legale" e "funzionale", ossia "*manchi del tutto ovvero sia a tal punto carente da non consentire l'individuazione della "ratio" della decisione adottata o, in altre parole, da denotare un "iter" argomentativo assolutamente inaccettabile sul piano dialettico, sì da risolversi in una non-motivazione*" (così da ultimo Cass. 18 maggio 2018, n. 12321; in senso conforme cfr., *ex multis*, Cass. 18 dicembre 2013, n. 28218).



La motivazione del lodo impugnato, al contrario, risulta logica e consequenziale: difatti, è chiaramente individuabile l'*iter* logico-giuridico seguito dall'Arbitro unico nel pervenire alla decisione contenuta nel dispositivo, così come sono individuabili gli elementi di fatto e di diritto su cui la stessa risulta basata.

Parimenti infondato è il **quarto motivo** d'impugnazione, avente ad oggetto l'asserita nullità del lodo *ex art. 829, comma 1, n. 12)*, per aver l'Arbitro omesso di pronunciarsi sull'eccezione formulata dall'odierna impugnante in merito all'effettiva sussistenza delle "procedure e misure di controllo interno" di cui alla lett. c) della Comunicazione Consob del 26 febbraio 1999.

Ed infatti, come correttamente rilevato da parte resistente, l'Arbitro non ha affatto omesso di pronunciarsi sul punto, avendo, al contrario, basato la propria decisione - sulla scorta delle risultanze della CTU - proprio sulla accertata assenza di prova in ordine al rispetto delle procedure e misure predette. E ciò a prescindere dalla correttezza o meno di tale decisione (aspetto - questo - che attiene al merito della controversia e non è, pertanto, sindacabile in questa sede).

Privo di qualsivoglia fondamento appare, infine, anche il **quinto motivo** d'impugnazione, relativo, anch'esso, alla nullità del lodo *ex art. 829, comma 1, n. 12)*, per aver l'Arbitro omesso di pronunciarsi sulla "eccezione" formulata dall'odierna impugnante in merito all'assenza di potenzialità lesiva dell'eventuale mancata adozione, da parte della banca, delle procedure e misure di controllo di cui alla Direttiva Consob del 1999.

La questione di cui Intesa San Paolo lamenta l'omessa pronuncia non costituisce un'eccezione in senso tecnico, ma una mera argomentazione difensiva; sicché l'Arbitro non era chiamato a pronunciarsi specificamente sulla stessa. Ed invero, come è noto, il Giudice (o, in sua vece, l'Arbitro) non è tenuto ad analizzare, in sede di motivazione, ogni argomento sollevato dalle parti, potendo limitarsi a porre in evidenza solo gli elementi argomentativi di cui intenda avvalersi a supporto della propria decisione.

E ciò, ancora una volta, a prescindere dalla effettiva fondatezza del rilievo prospettato da Intesa San Paolo e della sua concludenza ai fini della decisione (aspetto che inerisce unicamente al merito e, quindi, non vagliabile da questa Corte nell'ambito della fase rescindente).

Stante l'infondatezza di tutti i motivi di impugnazione formulati da Intesa San Paolo, l'impugnazione promossa va integralmente rigettata.



La spese del presente giudizio seguono la soccombenza e sono, dunque, poste integralmente a carico di Intesa San Paolo. Le stesse vengono quantificate nell'importo di Euro 9.515,00, in applicazione dei "valori medi" previsti dal D.M. n. 55/2014, scomputandosi i costi relativi alla fase istruttoria che non si è celebrata.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda ed eccezione assorbita e/o disattesa, così provvede:

- rigetta l'impugnazione promossa da Intesa San Paolo S.p.a. avverso il lodo arbitrale reso *inter partes* in data 5 luglio 2019;
- condanna Intesa San Paolo S.p.a. alla rifusione, in favore della parte resistente, delle spese di lite del presente giudizio, liquidate nell'importo complessivo di Euro 9.515,00, oltre spese generali, IVA e c.p.a. come per legge.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 18 novembre 2021

Il Presidente estensore
dott. Carla Romana Raineri

