

n. 5610/2020 r.g.



Tribunale di Perugia
SEZIONE III CIVILE

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

In composizione monocratica nella persona del giudice Teresa Giardino
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. 5610/2020 r.g.

promossa da

... rappresentato e difeso dall'avv. LUCA ZAMAGNI e
dall'avv. ACCIARI MATTEO, giusta procura in calce all'atto di citazione, elettivamente domiciliato in

ATTORE

nei confronti di

(C.F. ...), rappresentata e difesa dall'avv.
... e dall'avv. ... giusta procura in calce
alla comparsa di risposta, elettivamente domiciliata presso indirizzi telematici dei difensori

CONVENUTA

CONCLUSIONI

PER L'ATTORE (note di trattazione 4.3.2024): "Voglia l'Ecc.mo Tribunale, ogni contraria istanza disattesa e rigettata, in accoglimento di quanto esposto nella suesposta narrativa – previe le pronunce e declaratorie che riterrà del caso – ed esperito il tentativo di conciliazione: in via principale:

1) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la nullità dei contratti derivati in atti, stipulati con la convenuta dall'Ente attore, o, fra i contratti impugnati, di quelli per i quali sarà ritenuta fondata la domanda; e, per l'effetto, condannare ... in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tutte le somme a qualsiasi titolo versate dall'attore in esecuzione dei contratti ed al rimborso di tutte le spese sostenute, ovvero alla maggiore o minore somma che sarà reputata di giustizia all'esito della causa, oltre a interessi legali da ciascun esborso sino al saldo effettivo, disponendoli dalla data della domanda nella misura di cui all'art. 1284 comma 4 c.c., o della maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio; nonché, accertare e dichiarare, che l'Ente attore non è obbligato a corrispondere alla convenuta alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti derivati oggetto di causa, pronunciandosi su tale domanda, nel denegato caso in cui l'On.le Tribunale adito non ritenesse i contratti integralmente nulli, anche ex artt. 23 comma 2 TUF-1419 c.c. ovvero ex art. 1711 c.c.;

in via subordinata:

2) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, anche nel denegato caso di rigetto della sola domanda di nullità integrale del contratto, e dunque anche

pagina 1 di 28

congiuntamente all'accoglimento della sua invalidità parziale ex artt. 23 comma 2 TUF e 1419 c.c., per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la violazione degli obblighi di cui era dovuta l'osservanza da parte dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento inerenti la strutturazione, l'offerta e la negoziazione dei contratti derivati per cui è causa e, per l'effetto, dichiarare risolti ex artt. 1453 -1455 c.c. i contratti derivati in atti e condannare

in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tutti gli esborsi sostenuti e sostenendoli dall'attore in ragione di tali contratti derivati, oltre a interessi legali da ciascun esborso sino al saldo effettivo, disponendoli dalla data della domanda nella misura di cui all'art. 1284 comma 4 c.c., o della maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio; nonché, anche nel denegato caso di rigetto della domanda di risoluzione, accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale, della banca in qualità di controparte e/o consulente dell'attore nei contratti derivati impugnati e, per l'effetto, condannare in persona del legale rappresentante pro tempore, a risarcire all'attore i danni correlati all'esecuzione dei contratti derivati, da liquidarsi in misura pari a tutti gli esborsi sostenuti e sostenendoli dall'Ente in ragione dei contratti medesimi, o nella maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio (comunque da riconoscersi in importo non inferiore ai costi impliciti, come quantificati nella perizia in atti sub doc. n. 20), il tutto oltre, dal dovuto al saldo effettivo, interessi - da liquidarsi in caso di accertamento della responsabilità contrattuale dalla data della domanda nella misura di cui all'art. 1284 comma 4 c.c.- e rivalutazione monetaria; accertare e dichiarare, infine, ove non fosse accolta neppure la domanda di nullità ex artt. 23 comma 2 TUF-1419 c.c., che l'attore non è obbligato a corrispondere alla convenuta alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti derivati oggetto di causa;

in ogni caso:

con vittoria di spese e compensi, oltre spese generali ex art. 2 DM n. 55/2014 e s.m., CPA ed IVA come per legge.

Dato atto che la causa appare decidibile a favore di parte attrice senza necessità di svolgere ulteriori attività istruttorie, è per mero scrupolo difensivo che il Comune, opponendosi a tutte le avverse deduzioni ed istanze istruttorie, insta affinché il Tribunale, ammessi i documenti di parte depositati agli atti, apprezzato quanto dedotto e richiesto in via probatoria da parte attrice e valutato altresì l'esito della CTU disposta - soltanto nella denegata e non creduta ipotesi in cui non ritenesse la causa già decidibile a favore di parte attrice e/o nella parimenti denegata e non creduta ipotesi in cui non ritenesse provate, in tutto o in parte, le domande attoree - ammetta, in riforma di quanto in precedenza disposto, le prove articolate negli scritti difensivi di parte attrice da intendersi qui integralmente richiamati, ad eccezione, ovviamente, della consulenza tecnica già espletata".

PER LA CONVENUTA (note di trattazione 6.3.2024): "Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria richiesta, istanza ed eccezione:

(A) In via pregiudiziale

1) dichiarare l'improcedibilità delle domande proposte nell'atto di citazione ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 per le ragioni esposte in narrativa

2) accertare e dichiarare, per le ragioni esposte in narrativa, la nullità delle domande proposte nell'atto di citazione ai sensi dell'art. 164, 4 comma, c.p.c.;

(B) in subordine, nel merito

3) in via preliminare, accertare e dichiarare, per le ragioni esposte in narrativa, la prescrizione di ogni e qualsiasi diritto fatto valere dal Comune di nei confronti di e, per

l'effetto, rigettare tutte le domande proposte dal Comune di _____ nei confronti di _____

4) respingere perchè infondate, in fatto ed in diritto, le domande tutte proposte dal Comune di _____ nei confronti di _____, ove necessario previa rimessione della questione pregiudiziale, per le ragioni esposte in narrativa, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE;

C) in via riconvenzionale e condizionata all'accoglimento delle domande proposte dal Comune di _____ nei confronti di _____

5) in via principale, accertata e dichiarata la non veridicità delle dichiarazioni e garanzie rilasciate dal Comune di _____ agli artt. 1 e 2 del Contratto Quadro, in applicazione degli artt. 3 e 15 del Contratto Quadro, dichiarare risolti i contratti *de auibus* stipulati per responsabilità del Comune di _____; per l'effetto, condannare il Comune di _____ in persona del Sindaco pro tempore, a corrispondere a _____ gli importi di cui all'art. 12.1 del Contratto Quadro e segnatamente a) gli importi dovuti alla sentenza di risoluzione e non ancora pagati; b) gli importi che _____ ha speso per la stipulazione dei contratti che sostituiscano integralmente (e quindi in tutti gli elementi qualificanti) i contratti risolti (costo di sostituzione o MtM) come saranno precisati in corso di causa; c) il maggior danno subito da _____, da quantificarsi nella stessa somma per la quale l'On.le Tribunale, in accoglimento delle domande proposte in via principale dal Comune di _____, dovesse condannare la Banca in favore dell'attore ovvero nella diversa somma, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa, da determinarsi ove necessario anche in via equitativa, incrementata degli interessi stabiliti ex lege dall'art. 1284 del codice civile e della rivalutazione monetaria dalla domanda giudiziale al saldo, provvedendo, al contempo e ove necessario, alla compensazione giudiziale delle reciproche ragioni di debito e credito;

6) in subordine, accertata e dichiarata la non veridicità delle dichiarazioni e garanzie rilasciate dal Comune di _____ agli artt. 1 e 2 del Contratto Quadro, accertare e dichiarare, per tutti i motivi illustrati in narrativa, la violazione da parte del Comune di _____ del canone di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione dei contratti per cui è causa ai sensi degli artt. 1337, 1338 e/o 2043 c.c.;

per l'effetto, condannare il Comune di _____, in persona del Sindaco pro tempore, al risarcimento in favore di _____ dei danni subiti e subendi da quantificarsi nella stessa somma per la quale l'On.le Tribunale, in accoglimento delle domande proposte in via principale dal Comune di _____, dovesse condannare la Banca in favore dell'attore ovvero nella diversa somma, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa, da determinarsi ove necessario anche in via equitativa, incrementata degli interessi stabiliti ex lege dall'art. 1284 del codice civile e della rivalutazione monetaria dalla domanda giudiziale al saldo, provvedendo, al contempo e ove necessario, alla compensazione giudiziale delle reciproche ragioni di debito e credito;

7) in ogni caso, accertare e dichiarare che nulla è dovuto al Comune di _____ per l'ipotesi di accoglimento delle domande proposte da controparte nei confronti di _____;

8) in ogni caso, con vittoria di spese, diritti e onorari del presente giudizio oltre rimborso forfetario, i.v.a. e c.a.p. come per legge.

In via istruttoria, _____ :

a) in merito alla consulenza tecnica d'ufficio espletata dal dott. _____ unitamente l'ausiliario nominato _____, si reitera nuovamente l'eccezione di nullità del procedimento peritale e chiede che il Tribunale provveda alla integrale rinnovazione delle indagini ai sensi dell' art. 196 c.p.c. per le ragioni già rappresentate nelle istanze del 9 marzo 2023 e dell' 11 ottobre 2023, con cui è stata richiesta la revoca ex art. 177 c.p.c. dell'ordinanza del 26 aprile 2023;

b) in merito alle ulteriori istanze istruttorie proposte, si chiede a Tribunale di voler dichiarare inammissibili o comunque rigettare le istanze istruttorie depositate dal Comune di _____

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO.

1. Con atto di citazione notificato in data 18/12/2020 il Comune di _____ conveniva in giudizio innanzi all'instestato Tribunale _____, al fine di far accertare e dichiarare la nullità di n. 4 contratti derivati di tipologia "interest rate swap" ("derivati" o "IRS" o "swap") – e segnatamente l'IRS1 con scadenza 31/12/2024 e capitale nozionale Euro 33.064.275,00, l'IRS2 con scadenza 19/12/2024 e capitale nozionale Euro 3.993.042,00, l'IRS3 con scadenza 31/12/2022 con capitale nozionale Euro 2.216.054,00 e l'IRS4 con scadenza 10/12/2021 con capitale nozionale Euro 4.063.584,00-, tutti strutturati e offerti all'Ente da _____ e stipulati dal Comune con la Banca convenuta.

1.1 Esponeva in fatto l'attore:

-che il Comune di _____, intendendo dar corso a strategie di gestione attiva del debito tramite ricorso alla finanza derivata, era stato all'uopo autorizzato dal Consiglio Comunale con Deliberazione n.4 del 14.1.2002, al "l'utilizzo di strumenti derivati applicabili ad operazioni finanziarie di indebitamento pregresse...nel rispetto degli obiettivi deliberati annualmente dalla Giunta..." e con la precisazione che "con determinazione del Dirigente del Servizio competente ...dovranno essere individuate le singole operazioni di indebitamento pregresso sulle quali potranno essere utilizzati gli strumenti derivati e le proposte di rimodulazione dell'indebitamento";

-che il programma operativo era stato attuato oltre quattro anni dopo con _____ (ora, _____), a seguito della Deliberazione della Giunta Comunale n.360 del 24.8.2006, con la quale si era inteso procedere alla rimodulazione dei piani di ammortamento del debito comunale come individuato nella medesima Delibera, conformemente ad uno studio rimesso da _____ all'Ente ed allegato alla delibera; in data 14.9.2006 erano poi stati stipulati i 4 contratti derivati per cui è causa, tutti con regolazione di un *up front* al Comune (IRS1, con *up front* € 330.642,75; IRS2, *up front* € 39.930,42; IRS3, *up front* € 22.160,54; IRS4, *up front* € 40.635,84);

-che in seguito alla richiesta di informazioni e documentazione sull'operatività dei contratti pervenuta al Comune da parte della Corte dei Conti, esso attore aveva inviato alla Banca in data 2.12.2010 una comunicazione finalizzata a richiedere informazioni sull'applicazione dei cc.dd. costi impliciti nella negoziazione dei contratti, nonché, in generale, sulle condizioni economiche praticate dall'intermediario finanziario; la richiesta era stata riscontrata dalla Banca con missiva del 7.3.2011, nella quale l'Istituto aveva affermato la sicura legittimità dei margini di intermediazione non comunicati al cliente, sostenendo che fossero congrui e comunque rientrassero nella media;

-che, resosi conto di evidenti criticità di contratti, esso attore in data 16.12.2019 aveva inviato apposito reclamo a _____, il cui riscontro -con missiva del 14.2.2020- era stato negativo;

-che, commissionata apposita relazione tecnica, il saldo dei flussi differenziali correlati alla complessiva operatività in contratti derivati stipulati dal Comune con _____ risultava pari all'attualità ad € 7.067.499,80 a carico dell'Ente, e che alla data di rilevazione della relazione tecnica il MtM delle quattro operazioni era così ripartito: € 3.161.793,30 per l'IRS1, € 979.410,56 per l'IRS2, € 219.080,82

per l'IRS3 ed € 189.147,64 per l'IRS4, con un totale aggregato a carico dell'Ente di € 4.549.432,32.

1.2 Sosteneva in diritto, in primo luogo, la nullità dei contratti derivati, per diverse ragioni:

- ex artt. 30-32 TUF, stante la considerazione del Comune quale operatore non "qualificato" ex art. 31 comma 2 Reg. Consob n. 11522/1998, e l'assenza nei moduli contrattuali di qualsivoglia indicazione in ordine alla facoltà di recesso del cliente, trattandosi di contratti conclusi a mezzo scambio di comunicazione a distanza;

- per assenza del requisito dell'accordo e/o per il carattere *ultra vires* dei contratti stipulati dal Comune, deliberati non tramite il Consiglio comunale e ponendo in essere operazioni costitutive di indebitamento al di fuori dei limiti consentiti dall'art. 119 comma 6 Cost e dal TUEL, anche alla luce di principi espressi dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 8770/2020, essendo ammesso il compimento di attività finanziarie da parte di enti pubblici solo per finalità di mera copertura e/o ammortamento del debito e non per il compimento di attività di speculazione finanziaria, come dovevano invece ritenersi i contratti di specie, posto che tutte le operazioni al momento della sottoscrizione presentavano un valore negativo per l'Ente (*mark to market*, o MtM), senza che la sperequazione delle condizioni di partenza del contratto fosse stata oggetto di pattuizione tra le parti o compensata dalla Banca, per la presenza di costi impliciti largamente superiori agli *up front* corrisposti (con una eccedenza negativa asseritamente pari, quanto a IRS1, a € 595.926,87 -MtM alla stipula di € 926.569,62, meno l'*up front* di € 330.642,75-; quanto a IRS2, pari a € 116.594,10 -MtM € 156.524,52 meno *up front* di € 39.930,42-; quanto a IRS3, pari ad € 46.737,89 -MtM € 68.898,43 meno *up front* di € 22.160,54-; quanto a IRS4, pari ad € 80.327,54 -MtM alla stipula di € 120.963,38, meno *up front* di € 40.635,84-); per la presenza di uno squilibrio tra i valori del *cap* e quelli dei *floor* delle componenti *collar* nelle operazioni in esame; per l'omessa indicazione dei cc.dd. scenari probabilistici, e cioè le analisi probabilistiche dei derivati con indicazione dettagliata della distribuzione dell'alea;

- per mancanza della previa pattuizione in forma scritta di eventuali, future rinegoziazioni dei contratti derivati stipulati;

- ex artt. 1346-1418 comma 2 c.c. per l'attribuzione alla banca del potere di determinare unilateralmente ed arbitrariamente l'oggetto del contratto, posto che l'oggetto dei contratti (indicato come il saldo dei flussi differenziali e/o il MtM) era stato determinato dalla banca sulla base di formule e criteri non esplicitati, con conseguente impossibilità per il cliente *retail* privo di competenze finanziarie specialistiche di verificare la correttezza dei calcoli della banca; con adduzione di ragioni di nullità in ogni caso (se non dell'intero contratto), quanto meno delle pattuizioni volti a determinare gli importi dovuti in corso di esecuzione ed anticipata estinzione del contratto, per contrarietà all'art 23 comma 2 TUF in combinato disposto con l'art. 1419 c.c.;

- ex artt. 1325 n.2-1418 comma 2 c.c. ovvero ex artt. 1322-1418 c.c. per difetto di causa astratta e concreta dei negozi impugnati, sia per la mancata condivisione del MtM e degli scenari probabilistici delle operazioni *swaps* da compiersi; sia per la deviazione dagli obiettivi normativamente previsti dagli artt. 119 comma 6 Cost, 41 L. 448/2001 e Decreto MEF n. 389/2003;

- ex art. 1418 c.c. per conflitto delle operazioni con norme imperative inerenti al contenuto dei contratti derivati degli Enti locali (artt. 117-119 Cost; art. 41 L. 448/2001; Decreto MEF n. 389/2003 e Circolare MEF 27.5.2004).

Chiedeva quindi, in via principale, che venisse dichiarata la nullità dei contratti derivati, con conseguente condanna di _____ alla restituzione di tutte le somme a qualsiasi titolo versate da esso attore in esecuzione dei contratti ed al rimborso di tutte le spese sostenute, oltre interessi dagli esborsi al saldo, e con declaratoria di non debenza per le somme future, con richiesta di pronuncia su tale domanda, in caso di ritenuta non integrale nullità, anche ex artt. 23 comma 2 TUF-14519 c.c. ovvero ex art. 1711 c.c.

pagina 5 di 28

In via subordinata sosteneva la sussistenza degli estremi per la pronuncia di risoluzione dei contratti derivati ex artt. 1453-1455 c.c., per la violazione degli obblighi di cui era dovuta l'osservanza da parte dell'intermediario finanziario, ed in particolare delle disposizioni del Reg. Consob n.11522/1998 in riferimento: all'omesso perseguimento delle migliori condizioni di negoziazione nell'interesse del cliente, ed alla mancata comunicazione del "prezzo" di negoziazione degli *swaps*, anche in riferimento ai costi occulti; agli obblighi informativi ex art. 28 Reg. Consob; al conflitto di interesse non segnalato, essendo state effettuate le operazioni in contropartita diretta OTC tra banca e cliente; all'inadeguatezza delle operazioni compiute. Asseriva altresì l'inadempimento degli obblighi dell'attività di consulenza a monte della stipulazione. Sosteneva quindi che il comportamento dell'intermediario finanziario potesse essere considerato tale da generare sia una responsabilità contrattuale, sia precontrattuale che extracontrattuale; con richiesta di condanna alla restituzione di tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi in caso di risoluzione, e comunque, anche in caso di rigetto di tale domanda, con condanna al risarcimento quanto meno dei danni legati ai costi impliciti, oltre interessi e rivalutazione, anche ex artt. 2033 o 2041 c.c.

2. La banca si costituiva in giudizio con comparsa di costituzione e risposta con domanda riconvenzionale condizionata ed istanza di rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. ex art. 267 T.F.U.E.

2.1 In fatto, contestava la ricostruzione dei fatti operata dal Comune attoreo, in primo luogo richiamando la Deliberazione n.4 del 14.1.2002 del Consiglio Comunale, che con voti unanimi espressi dai 25 consiglieri presenti e votanti aveva autorizzato "l'utilizzo di strumenti derivati applicabili ad operazioni finanziarie di indebitamento progressivo", demandando alla Giunta comunale il compito di deliberare annualmente gli obiettivi nel rispetto dei quali procedere all'utilizzo di strumenti derivati, individuando al contempo il servizio interno competente a perfezionare le singole operazioni derivati, ed al Dirigente del servizio competente il compito di individuare le singole operazioni di indebitamento progressivo sulle quali avrebbero potuto essere utilizzati gli strumenti derivati, escludendo espressamente l'utilizzo di strumenti derivati per intenti speculativi, il ricorso ad indicizzazioni a tassi di interesse fuori mercato e la possibilità di stipulare operazioni su importi di capitale sottostanti maggiori di quelli risultanti a debito dell'Ente in relazione a piani di ammortamento di mutui o prestiti obbligazionari in corso di restituzione.

Precisava l'Istituto che la Deliberazione del Consiglio Comunale era stata adottata pochi giorni dopo l'entrata in vigore della L. 48/2001 (finanziaria per il 2002), e quasi due anni prima della pubblicazione del decreto di attuazione del MEF n. 389/2003, recante le norme relative all'operatività in strumenti finanziari da parte degli Enti locali, e che la Deliberazione, nel prevedere che "i flussi relativi alle operazioni sui derivati dovranno essere contabilizzati nel bilancio preventivo di competenza mediante creazione di apposite partite", aveva anticipato le disposizioni del D.M. 389, che avevano sempre escluso la natura di indebitamento degli *swaps*.

Aggiungeva che con successiva Deliberazione della Giunta comunale n.360 del 24.8.2006 il Comune di richiamando la delibera n.4 del 14.1.2002 con cui il Consiglio comunale aveva autorizzato l'utilizzo di strumenti derivati, aveva deliberato di procedere alla rimodulazione del piano di ammortamento di uno stock del debito residuo in essere alla data dell'1.7.2006 di € 43.336.954,54 con ; più nel dettaglio, la delibera aveva valutato l'opportunità di acquisire una copertura sui mutui a tasso variabile con l'acquisizione di un *collar* ai sensi dell'art. 3 comma 2 lett. d) del D.M. 389/2003; aveva chiesto alla "un'analisi del debito del Comune con eventuali proposte operative che l'Istituto di Credito ha accettato di proporre gratuitamente all'Amministrazione", e la Banca aveva presentato al Comune uno studio di fattibilità e convenienza economica pienamente rispondente all'art. 41 della legge finanziaria 2002 e al D.M. 389/2003, contenente le "Ipotesi di gestione attiva del debito mediante strumenti derivati" aggiornato

al 22.8.2006 e allegato alla delibera di Giunta, con successiva scelta dell'ipotesi n.1 ("rimodulazione dei flussi del debito" e altri Istituti a tasso variabile durata 18,5 anni dal 30/6/2006 al 31.12.2024"), oltre al *collar*.

Negava di avere ricevuto l'incarico di consulente, essendo il proprio coinvolgimento avvenuto a valle delle autonome determinazioni dell'Ente circa l'opportunità di rimodulare il debito, scegliendo tra un ventaglio di opzioni, intese non già come conseguenza di un'attività di consulenza, ma come valutazione di adeguatezza rientrante nella fase di negoziazione; lo studio di fattibilità rendeva peraltro evidente come la Banca avesse fornito tutte le possibili informazioni anche su curve *forward* e possibili scenari futuri, confermando la propria disponibilità a prezzare anche altre strutture ritenute opportune, trasmettendo versioni aggiornate dello studio di fattibilità, in esito a una ulteriore negoziazione circa le condizioni praticate, anche in vita dell'evoluzione dei tassi di interesse nel frattempo intervenuta.

Precisava che successivamente, con Determinazione Dirigenziale n.6 del 14.9.2006, il Comune aveva perfezionato i contratti derivati, sottoscrivendo il contratto di deposito, il contratto quadro, la dichiarazione ai sensi degli artt. 21-28 Delibera Consob n. 11522/1998, i 4 contratti IRS, ricevendo il documento sui rischi; aggiungeva che nel contratto quadro il Comune "dichiara e garantisce" che i contratti (sia il contratto quadro che i derivati) risultavano conformi alla normativa statutaria e regolamentare dell'Ente, nonché la propria "piena capacità ed i poteri" di stipulazione; e che nel documento rischi era stato espressamente segnalato l' "elevato grado di rischio", con la specificazione che "l'investitore deve essere sicuro di aver ben compreso in quale modo e con quale rapidità le variazioni del parametro di riferimento si riflettono sulla determinazione dei differenziali che dovrà pagare o ricevere".

Evidenziava come in data 7.3.2011 la Banca aveva riscontrato la richiesta di informazioni sulla presenza di costi impliciti che il Comune aveva inviato in data 2.12.2010, sottolineando come fosse legittima la previsione di un margine di intermediazione, che non era stato indicato al momento della stipula del contratto perché la sua esplicitazione era divenuta obbligatoria solo in seguito all'entrata in vigore della normativa MIFID, ovvero dall'1.11.2007, chiarendo che il proprio margine relativo ai quattro contratti sottoscritti fosse compreso tra i 18 e i 22 punti base per anno, remunerazione congrua rispetto ai margini correnti sui mercati dei derivati.

Riferiva che il Comune, oltre 13 anni dopo la sottoscrizione dei contratti, in data 16.12.2019 aveva trasmesso un formale reclamo, deducendo la nullità delle operazioni in derivati per violazione di norme imperative e/o l'annullabilità delle operazioni e/o la risoluzione per grave inadempimento, sostenendo la responsabilità contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale dell'intermediario finanziario; e che alla missiva era seguita una lettera in data 14.2.2020, con cui si era sostenuta la validità delle operazioni concluse e la loro conformità alla normativa. In data 28.5.2020 il Comune di ... aveva depositato un'istanza di mediazione ai sensi del d. lgs. 28/2010, conclusasi con esito negativo.

2.2 In punto di diritto, sosteneva la Banca convenuta:

-in rito, l'improcedibilità ex art. 5 d. lgs. 28/2010, in riferimento alle domande di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. e di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., non oggetto del procedimento di mediazione svolto; la nullità della citazione ex art. 164 c.p.c., per la presenza di un cumulo c.d. eventuale-subordinato di domande che avrebbe reso non individuabile il *petitum* sostanziale dell'atto introduttivo, chiedendosi genericamente la condanna al pagamento di somme non determinate e senza specificazioni, e non essendo stati chiaramente dedotti gli elementi fondanti le azioni di risoluzione o di responsabilità extracontrattuale, la ripetizione dell'indebito o l'ingiustificato arricchimento;

-nel merito, in via preliminare, la prescrizione dei diritti fatti valere dall'attore, sia quinquennale -ex art. 1442 c.c., con riferimento alle c.d. nullità relative per asserite violazioni degli artt. 30-32 TUF,

assimilate all'annullabilità; ex 2043 c.c.; per l'azione di risoluzione- che decennale -per le ipotesi di responsabilità contrattuale, nonché per le restituzioni anche in caso di ritenuta imprescrittibilità dell'azione di nullità-; in via principale, la manifesta infondatezza delle domande proposte.

2.3 Al riguardo, dopo avere richiamato la disciplina *ratione temporis* applicabile (*in primis*, art. 41 L. 448/2002, e art. 3 D.M.389/2003, oltre alla Circolare MEF 27.5.2004, ed al Regolamento Consob n. 11522 del 1998), e precisato l'irrelevanza del riferimento al secondo comma art. 41 L. 448/2001 (che limita la valutazione di convenienza economica per le sole operazioni di conversione dei mutui erogati dopo il 31.12.1996, senza estensione al caso di rimodulazione dei piani di ammortamento), contestava in primo luogo la sussistenza dell'eccepita nullità per violazione del regime dell'offerta fuori sede, precisando che il Comune non era stato considerato "operatore qualificato", e che il contratto quadro era stato concluso mediante scambio di corrispondenza, tecnica che non consentiva una interazione immediata con l'investitore e che non richiedeva l'obbligo di avvalersi di promotori finanziari.

Quanto alla nullità degli *swaps* per difetto di causa, negava la convenuta che fossero configurabili costi "occulti", nascosti al cliente, poiché i costi erano stati puntualmente indicati al cliente, all'interno del costo complessivo, anche se non separatamente indicati; poiché non era possibile sostenere l'illegittimità di qualsivoglia remunerazione per l'intermediario, dall'art. 32 comma 5 Regolamento Intermediari poteva trarsi il principio che doveva considerarsi trasparente per l'investitore che il prezzo contenesse implicitamente il compenso per l'intermediario (posto che, non potendosi applicare alcuna commissione sul prezzo pattuito, il margine per l'intermediario doveva provenire dalla differenza tra prezzo pagato sul mercato e prezzo praticato al cliente). Sosteneva che solo con la Direttiva 2014/65/EU, c.d. Mifid II, la disciplina sui costi aveva avuto la sua completa attuazione, imponendo agli intermediari l'obbligo di fornire agli investitori, in modo incondizionato, informazioni in forza aggregata su tutti i costi e oneri, obbligo in precedenza genericamente affermato dalla c.d. Mifid I (del 2007), e che consequenzialmente alla data di conclusione dei contratti non vi fosse alcun obbligo di comunicazione dei costi impliciti alla clientela.

In merito alla struttura delle operazioni, sosteneva la convenuta che la controparte non richiedesse la corretta esecuzione del contratto, ma la sua riscrittura sulla base di non meglio precisate motivazioni legate alla trasparenza delle condizioni contrattuali, ribadendo la conformità all'art. 3, lett. a) del D.M. 389/2003 degli *swaps* sottoscritti dal Comune, in quanto indicizzati sulla base del tasso Euribor 6M, da considerarsi come un principale parametro del mercato finanziario; e sostenendo, quanto al tema dell'equilibrio del *collar*, che la circolare non era volta ad introdurre un principio di equivalenza tra valore del *floor* e del *cap*, ma solo l'obbligo di contestualità tra le due operazioni (vendita *floor* ed acquisto *cap*).

Quanto all'analisi probabilistica, sosteneva la convenuta che lo scenario verificatosi era quello più favorevole per il Comune, che dal 2009 aveva pagato il tasso minimo previsto dal corridoio, come esplicitato dalle simulazioni presentate dalla Banca.

In particolare, l'Istituto convenuto contestava i principi espressi dalle Sezioni Unite n. 8770/2020, sostenendo che la Corte, fornendo una risposta asimmetrica rispetto al quesito posto (se cioè lo *swap* costituisca per l'ente locale un'operazione che genera indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento), aveva collocato la questione sulla validità dei derivati conclusi con gli enti locali in un contesto più ampio, determinando un contrasto giurisprudenziale con le Sezioni Unite nn. 26724 e 26725/2007 (che avevano configurato le regole di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento come regole di responsabilità, prevedendo il solo rimedio risarcitorio), in evidente conflitto con il diritto dell'Unione Europea e derogando al principio di irretroattività della legge prevista dall'art. 11 disp. prel. c.c., posto che gli elementi che le Sezioni Unite avevano dichiarato necessari ai fini della misurabilità/determinabilità del contratto (il MtM, gli scenari probabilistici ed i costi impliciti) non erano previsti da nessuna norma né comunitaria né interna al momento della stipula

dei contratti di cui è causa, ed essendo l'ordinamento italiano obbligato a non introdurre norme di maggiore rigore rispetto a quelle previste dalle normative comunitarie.

Sostenendo pertanto che il diritto nazionale, così come interpretato dalle Sezioni Unite, non fosse conforme ai principi generali del diritto dell'Unione europea, in quanto in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza ed alla libera prestazione di servizi, avanzava richiesta di immediato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

In ogni caso, contestava che nel caso di specie i contratti stipulati difettassero di causa, posto che i contratti erano connotati da una certa funzione di copertura, ed erano stati sottoscritti nell'ambito di una autonoma strategia in derivati definita dal Comune, che aveva intrattenuto contrattazioni per mesi sulle condizioni contrattuali ed era in grado di apprezzare l'alea del contratto.

2.4 Escludeva infine la sussistenza degli estremi per la risoluzione dei contratti per violazione degli obblighi informativi, sostenendo di avere perseguito le migliori condizioni di negoziazione dell'interesse del cliente e negando il conflitto di interessi e l'asserita inadeguatezza delle operazioni concluse rispetto al profilo di rischio ed agli obiettivi dichiarati dal Comune.

2.5 In via riconvenzionale condizionata, tenendo presente che nel contratto quadro e nei contratti IRS collegati l'Ente "dichiara e garantisce" la conformità delle contratti alla normativa statutaria e regolamentare dell'Ente, nonché la "piena capacità ed i poteri" per la stipulazione contrattuale, e che il Comune si era obbligato "a tenere indenne la Banca da qualsiasi danno, spesa, perdita o costo in qualsiasi modo connessi e conseguenti alla non veridicità, comunque fatta valere ed accertata, delle dichiarazioni effettuate", chiedeva la convenuta di condannare il Comune a "tenere indenne" essa convenuta da qualsiasi "danno o spesa o costo" ai sensi dell'art. 3 del contratto quadro, ovvero, alternativamente, ai sensi dell'art. 15 del contratto quadro, dichiarare risolti i contratti per fatto e colpa del Comune, con la condanna al pagamento degli importi dovuti alla sentenza di risoluzione non ancora pagati, gli importi spesi dalla convenuta sostituendo integralmente i contratti risolti ed il maggior danno. Svolgeva inoltre in via ulteriormente subordinata la richiesta di condanna al risarcimento dei danni, da quantificarsi nella stessa entità della somma determinata in caso di accoglimento delle domande attoree, sostenendosi la violazione da parte del Comune dei principi di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative e nella formazione dei contratti, ex artt. 1337, 1338 e/o 2043 c.c..

3. L'udienza di prima comparizione veniva trattata in forma cartolare, in ragione dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19. Venivano indi concessi, dietro richiesta delle parti, i termini di cui all'art. 183, sesto comma c.p.c., con fissazione per il prosieguo dell'udienza del 4.11.2021, trattata sempre in forma cartolare.

Con ordinanza riservata 2.2.2022 questo G.I. escludeva la necessità di dar corso alla richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE avanzata dalla convenuta ex art. 267 TFUE; pur deducendo sul punto, riservava al merito la compiuta decisione sulle eccezioni preliminari di improcedibilità ex art. 5 d. lgs. 28/2010, di nullità della citazione ex art. 164 c.p.c., di prescrizione della c.d. nullità relativa e di quella concernente l'azione di risoluzione e/o di risarcimento del danno, ritenendo di dover invece dar rilievo, in punto di compiuta decisione sulle domande di nullità e sulle conseguenti ipotesi restitutorie in caso di accoglimento, all'eccezione di prescrizione decennale del credito restitutorio da indebito oggettivo; disponeva CTU, assegnando quesito del seguente testuale tenore:

"Il CTU, presa visione degli atti di causa, sentite le parti, i difensori ed i consulenti di parte, acquisita eventuale ulteriore documentazione concordemente consegnata dalle parti nonché eventuale documentazione in possesso della convenuta indispensabile per l'espletamento tecnico del mandato:
1) *Descriva il contenuto e le modalità di funzionamento dei contratti derivati sottoscritti dalle parti;*

pagina 9 di 28

- 2) Dica se le caratteristiche dei derivati, con una valutazione ex ante, fossero tali da fornire un'effettiva copertura al rischio di oscillazione dei tassi di cui ai mutui sottostanti, anche in relazione ai nozionali di riferimento ed alla durata della copertura (copertura che peraltro può essere anche parziale, dal punto di vista temporale e della percentuale quantitativa del rischio coperto) conformemente agli obiettivi perseguiti dall'attore, o se abbiano aumentato per il Comune il rischio di subire perdite;
- 2) Si esprima in modo particolare se al momento della sottoscrizione del derivato gli scenari probabilistici relativi al futuro andamento dei tassi rilevanti in questo giudizio fossero coerenti con il meccanismo di copertura concordato, ovvero in altre parole se il rischio oggetto di copertura fosse effettivamente esistente al momento della stipulazione del derivato;
- 3) Accerti se nei contratti stipulati tra le parti sia stato indicato il metodo di calcolo del mark to market/fair value, se siano stati indicati gli scenari probabilistici o la presenza di costi impliciti, provvedendo alla loro quantificazione;
- 4) Accerti la compatibilità delle strutture dei contratti in oggetto con le prescrizioni dettate dal D.M. 389/2003 e dalla Circolare MEF 27.5.2004 con particolare riferimento: alla componente basic swap, alla componente di scambio di capitale e al difetto di equivalenza del valore delle opzioni cap e floor in riferimento alla componente collar;
- 5) Quantifichi le somme corrisposte a titolo di differenziale negativo da parte del Comune, al netto di eventuali pagamenti ricevuti, dal dicembre 2009 all'attualità;
- 6) Riferisca ogni altro elemento utile alla decisione, con facoltà di conciliare la lite".

La causa veniva istruita con l'espletamento dell'incarico peritale; venivano indi disattese una prima e poi una seconda istanza di "rinnovazione delle indagini e sostituzione del consulente per gravi motivi ex art. 196 c.p.c." depositate dalla convenuta, che aveva dapprima evidenziato come il CTU ed il difensore attoreo avessero prestato la propria attività professionale, in epoca successiva all'assunzione dell'incarico peritale, in una medesima procedura concorsuale ("non ritenendosi sussistenti fattispecie determinanti incompatibilità, posto che -in ragione dell'ambito specifico di competenze, e della rilevanza nazionale dei professionisti-, non si è trattato di svolgimento di mandato comune tra il CTU ed il difensore di parte attorea, attesa la qualificabilità in chiave di autonomia dei rispettivi apporti professionali"-ord. 26.4.2023-); ed indi sostenuto la parzialità del consulente, posto che in quella vicenda concordataria sarebbero stati esaminati analoghi contratti derivati stipulati dalla società con diverse banche, tra cui ("posto che non è infrequente, vieppiù per materie altamente tecniche, che uno stesso soggetto possa rivestire -ovviamente, in procedimenti diversi- il ruolo di CTU e anche di CTP: si pensi al professionista sanitario nelle cause di responsabilità medica, non potendosi ipotizzare un divieto di nomina quale CTU di un medico (ordinariamente, specialisti settoriali) che avesse per avventura svolto un incarico di consulente di parte in diverso procedimento coinvolgente la stessa USL o Azienda Sanitaria, non venendo cioè a costituire il diverso incarico svolto, pure se afferente alla stessa materia, una fattispecie legale di "condizionamento" del CTU tale da inficiarne in astratto le risultanze. Nel caso di specie peraltro l'incarico svolto dall'ausiliario del CTU nel diverso procedimento -successivo all'assunzione dell'incarico nel presente- era relativo ad un procedimento nel quale non era "controparte", essendo solo uno degli istituti i cui derivati erano stati analizzati al fine della predisposizione di una proposta concordataria, ed aveva ad oggetto anche contratti non perfettamente sovrapponibili, senza peraltro che siano state originate controversie e con riconoscimento dei crediti degli Istituti"-ord.31.1.2024-).

La causa veniva quindi tratta a sentenza all'udienza dell'8.3.2024, con assegnazione alle parti dei termini massimi di legge per il deposito delle comparse, conclusionali e di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE.

1. *Sulle eccezioni pregiudiziali.*

Nonostante in comparsa conclusionale parte convenuta non abbia reiterato la illustrazione delle eccezioni di improcedibilità delle domande ex art. 5 d. lgs. 28/2010 e di nullità dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 164, 4° comma c.p.c., appare necessario ribadire la decisione sul punto, già sommariamente espressa nella citata ordinanza 2.2.2022, essendo le relative questioni state riproposte in sede di precisazione delle conclusioni.

1.1. In punto di improcedibilità delle domande di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. e di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 cc., relative agli asseriti costi occulti delle operazioni in derivati, sostiene parte convenuta che dette domande non sarebbero procedibili ex art. 5 d. lgs. 28/2010, perché non precedute dall'esperimento del procedimento di mediazione, che avrebbe unicamente riguardato la "nullità e/o annullabilità e/o risolubilità dei contratti derivati sottoscritti tra le parti e/o risarcimento danni in ragione della responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale di parte convocata per violazione della normativa applicabile in relazione alla negoziazione dei suddetti contratti", indicate come "ragioni nella pretesa" nel modulo utilizzato per l'attivazione del procedimento di mediazione, che menzionava come oggetto della controversia "contratti finanziari derivati (di tipologia Interest Rate Swap)" (doc n.18 attoreo).

L'eccezione non è fondata, dovendosi ritenere che l'indicazione dell'oggetto della controversia e delle ragioni della pretesa poste a fondamento della mediazione fossero idonee a ricomprendere nell'ambito delle domande oggetto del procedimento anche le istanze restitutorie riconnesse alle conseguenze dell'accertamento della nullità o della pronuncia di annullamento o di risoluzione: per giurisprudenza costante, non occorre la specifica indicazione di ogni singola articolazione della domanda, apparendo sufficiente la compiuta indicazione delle pretese sostanziali, sì che ogni domanda connessa, per oggetto o titolo, a quella per la quale si è avanzata istanza di mediazione dovrebbe ritenersi compresa, quale indubbiamente la domanda di ripetizione ex art. 2033 c.c. rispetto alla invocata nullità -si veda altresì Cass. n°21418/2018, che, seppure in tema di efficacia interruttiva della prescrizione, sottolinea la "medesimezza" del bene della vita ricollegato all'esercizio della domanda di nullità, annullamento e risoluzione e della connessa domanda di ripetizione-, alla pari dell'azione ex art. 2041 c.c.-vieppiù in ragione dell'affermata possibilità di sua proposizione in sede di memoria ex art. 183, sesto comma n. 1 c.p.c. operata da Sez. Un. N°22404/2018-.

In ogni caso, per affermazione incontestata della parte attorea, tra gli atti allegati alla istanza di mediazione era ricompreso anche il reclamo dell'Ente, nel quale era stata fatta espressa questione della presenza di costi impliciti non comunicati, sì che la pretesa sostanziale diretta alla rivendicazione della restituzione di tale costo illegittimo era stata esplicitata anche in quella sede.

In senso conforme, Trib. Verona, 26.4.2021, che ha affermato che la difformità tra istanza di mediazione e atto introduttivo del successivo giudizio quanto a oggetto e ragioni della pretesa è rilevabile quando, nel giudizio di merito, la domanda abbia non soltanto un *petitum* più ampio ma anche, al suo fondamento, fatti costitutivi ulteriori rispetto a quelli dedotti nell'ambito della procedura stragiudiziale; Trib. Milano 23.4.2024, che richiama la necessità che in sede stragiudiziale sia stato menzionato il medesimo "nucleo fattuale" del giudizio; Cass. n°29333/2019, che ha fatto leva sulla nozione di "sovrapponibilità" dell'oggetto.

Va poi conclusivamente ricordato come la mancata proponibilità della mediazione per domanda connessa non determinerebbe l'improcedibilità dell'intera domanda, ma al più della sola articolazione non sottoposta a previa mediazione, ed in ogni caso come ancor prima la improcedibilità potrebbe comunque essere evitata, sussistendo l'obbligo per il giudice di attivare il procedimento di mediazione per la subordinata, come comprovato dal tenore letterale dell'art. 5, comma 1bis d. lgs.

pagina 11 di 28

28/2010 (secondo cui “L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”): potere/dovere (esercitabile anche in appello: cfr. Cass. n°28695/2023; n°25155/2020) che non si è ritenuto necessario esercitare, per quanto dianzi precisato sulla ricomprensione delle articolazioni della domanda nelle pretese sostanziali dedotte in sede stragiudiziale.

1.2 Va ribadita anche l'infondatezza dell'eccezione di nullità dell'atto di citazione ex art. 164 c.p.c.: come precisato dalle Sezioni Unite (sent. N°8077/212); “La nullità della citazione, ai sensi dell'art. 164, quarto comma, cod. proc. civ., può essere dichiarata soltanto allorché l'incertezza investe l'intero contenuto dell'atto, mentre, allorché sia possibile individuare uno o più domande sufficientemente identificate nei loro elementi essenziali, l'eventuale difetto di determinazione di altre domande, malamente formulate nel medesimo atto, comporta l'improponibilità solo di quelle, e non anche la nullità della citazione nella sua interezza”, né può ritenersi che la domanda attorea così come complessivamente formulata sia stata intrinsecamente ed obiettivamente inidonea a porre il convenuto in condizione di conoscere l'oggetto della domanda dalla quale deve difendersi, alla luce della completezza della difesa approntata dalla convenuta; deve infine escludersi l'incertezza della determinazione del *petitum* in ragione dell'omessa quantificazione monetaria della pretesa nelle conclusioni (cfr. Cass. n°7074/2005; n°12567/2009), in presenza dell'indicazione dei titoli su cui la pretesa è stata fondata, vieppiù in ragione della pendenza del rapporto contrattuale e dell'incremento quantitativo della somme di cui è stata invocata la restituzione, avendo avuto ad oggetto la domanda anche gli importi “futuri” corrisposti in dipendenza dei derivati, di cui è causa.

2. Sull'eccezione di prescrizione.

Parte convenuta ha sostenuto l'intervenuta prescrizione di tutte le pretese in ragione della decorrenza sia del termine prescrizione quinquennale -riferito sia alla prescrizione ex art. 1442 per la c.d. nullità relativa, sia alla prescrizione per responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.-; sia di quello decennale -per le ipotesi di responsabilità contrattuale-.

2.1 In particolare, quanto alla nullità dei contratti sostenuta dall'attore, reputava la convenuta che fosse invocabile la peculiare categoria delle nullità c.d. relative, cioè quelle nullità che possono essere fatte valere solo dalla parte nel cui interesse sono stabilite e che in quanto tali sarebbero assimilabili alla annullabilità e sottoposte al termine prescrizione quinquennale; tra tali nullità, in materia di intermediazione finanziaria, venivano dalla convenuta ricomprese sia la nullità prevista per inosservanza della forma scritta del contratto, ex art. 23 TUF, che la nullità per violazione dell'offerta fuori sede, ex art. 30, comma 7 TUF.

In realtà, oramai da epoca risalente la Suprema Corte ha sconfessato quelle opinioni che, sulla base della ritenuta non rispondenza delle nullità di protezione ad interessi generali, ma solo privatistici, avevano portato alla creazione del *genus* particolare di invalidità della “nullità relativa”, collocantesi tra la nullità e l'annullabilità, da cui facevano discendere l'applicabilità del termine prescrizione quinquennale di cui all'art. 1442 c.c.: come Cass. n°30555/2019 ha precisato, richiamando Sez Un. nn. 26242 e 26243/2014, “accanto alla protezione dell'interesse del contraente ritenuto di volta in volta come debole da parte del legislatore, la nullità relativa ha lo scopo anche di assicurare la protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità”, potendo gli interessi dei privati “addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento

pagina 12 di 28

del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), atteso che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese".

Continua la Corte, "Sarebbe del tutto eccedente rispetto alla risoluzione della presente controversia interrogarsi sulla correttezza delle perplessità manifestate in un non remoto passato dalla dottrina circa la stessa giuridica configurabilità dell'istituto della nullità relativa (in quanto verrebbe a confliggere con gli aspetti salienti della nullità assoluta, quale quello della sua rilevabilità d'ufficio, della sua operatività erga omnes, della legittimazione di chiunque vi abbia interesse all'esperimento dell'azione di nullità). Si tratta, del resto, di profili che ormai possono ritenersi superati dai successivi approdi della giurisprudenza di questa Corte che, proprio con gli arresti a Sezioni Unite del dicembre del 2014, ha offerto alcuni strumenti interpretativi per rendere compatibili le peculiarità del regime delle nullità relative con le regole generali dettate dal codice civile in tema di nullità. Sulla scorta di tali arresti può ora ritenersi superato l'approccio riduttivo, pur manifestatosi nella dottrina, volto a fornire una sostanziale assimilazione delle nullità relative all'annullabilità": con la conseguente applicabilità sia del principio dell'impossibilità di convalida dell'atto nullo, ex art. 1444 c.c., che dell'inoperatività del termine prescrizione quinquennale.

2.2 Quanto alla prescrizione relativa all'azione di risoluzione e/o di risarcimento del danno, come precisato da Cass. n. 2066/2023 proprio in materia di intermediazione bancaria, "In ambito di intermediazione finanziaria, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria per inadempimento degli obblighi formativi, la prescrizione non decorre dal momento in cui viene impartito l'ordine d'acquisto dei titoli, bensì da quello in cui si manifesta in concreto il pregiudizio patrimoniale, ossia la conseguenza dannosa rappresentata dalla perdita patrimoniale sofferta" (cfr. altresì Cass. n°29328/2024 che precisa come "In tema di diritto al risarcimento del danno, la regola per la quale il termine di prescrizione decorre da quando il danneggiato ha avuto o avrebbe potuto avere conoscenza della ingiustizia del danno, ossia del fatto che esso si è prodotto e che va attribuito a taluno, non muta a seconda del titolo di responsabilità, se contrattuale o extracontrattuale, valendo anche in caso di responsabilità contrattuale").

Non appare pertanto possibile far decorrere il termine decennale di prescrizione dalla data di stipula dei contratti, decorrendo invece dal momento di verificarsi del pregiudizio, e cioè nel caso di specie da quando il Comune ha iniziato a subire esborsi netti per l'operatività in derivati, e cioè al più dal 31.12.2009, qualora non si aderisse a quelle opinioni giurisprudenziali che fanno riferimento al momento in cui la parte è stata posta in condizione di riconoscere l'ingiustizia del danno subito e l'imputabilità alla banca attraverso l'esperimento di approfondimenti istruttori (cfr. Cass. n°5504/2012; n°1889/2018), richiedendosi comunque una "manifestazione oggettiva" del danno (così, Cass. n°23236/2016).

2.3 Come già evidenziato nella più volte citata ordinanza 2.2.2022, reputa questo Giudice che possa invece ritenersi parzialmente fondata l'eccezione di prescrizione, con riferimento all'azione di ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c., conseguente all'esercizio delle azioni di nullità (sia ex art. 30-32 TUF che ex art. 1418 c.c. per indeterminabilità dell'oggetto e/o difetto di causa- astratta e/o concreta- e/o per violazione di norme imperative).

Come è noto, ai sensi dell'art. 1422 c.c., "l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione".

In passato (cfr. ad es. Cass. n°12038/2000; isolata, in epoca recente, Cass. n°1828/2022, che si limita a richiamare espressamente il primo precedente), si era ritenuto che "L'accertamento con sentenza della nullità del titolo sulla base del quale è stato effettuato un pagamento dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito oggettivo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza medesima; infatti, prima di tale momento permane l'esistenza del

titolo che aveva dato luogo al versamento della somma ed è esclusa la possibilità legale dell'esercizio del diritto". A seguito di successivi approfondimenti, la Cassazione è invece arrivata all'opposta conclusione che "L'accertata nullità del negozio giuridico, in esecuzione del quale sia stato eseguito un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito oggettivo, volta ad ottenere la condanna alla restituzione della prestazione eseguita in adempimento del negozio nullo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data del passaggio in giudicato della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso" (così, Cass. n°15669/2011). In quest'ultima sede, andando espressamente contro il precedente orientamento, la Suprema Corte ha precisato che "Risulta infatti invincibile il rilievo che l'azione di nullità, in quanto azione dichiarativa o di mero accertamento, che dir si voglia, ha effetti retroattivi, ripristinando ex tunc la situazione giudica preesistente e rendendo perciò stesso indebito, sin dal momento della sua esecuzione, l'effettuato pagamento. Del resto siffatta opzione ermeneutica appare l'unica in grado di garantire l'unitarietà e l'intrinseca coerenza del sistema, in ragione della sua omogeneità con il principio, assolutamente pacifico nella giurisprudenza di questa Corte, per cui la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione di quanto pagato, in applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, decorre, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., dal giorno del pagamento stesso, non già dalla data della pronuncia d'incostituzionalità o della pubblicazione della medesima, configurandosi la vigenza della norma viziata da incostituzionalità non ancora dichiarata, come una mera difficoltà di fatto, che non impedisce la possibilità di far valere la pretesa restitutoria (confr. Cass. civ. 15 marzo 2001 n. 3796; Cass. civ. 1 giugno 2000 n. 7289; Cass. civ. 19 maggio 2000 n. 6486)."

La giurisprudenza successiva è conforme: da Cass. n°10250/2014 a Cass. n°7749/2016, a Cass. n°26600/2020, fino a Cass. n°20427/2024, operando il diverso *dies a quo* della data della pronuncia solo nel caso in cui il difetto della *causa solvendi* sopravvenisse al pagamento e non riguardasse invece gli elementi genetici di un contratto nullo (così, Cass. n°24628/2015).

Secondo una -minoritaria- opinione dottrinarica, in materia di contratti derivati swap IRS, il *dies a quo* da cui far decorrere il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c. andrebbe individuato nella data di estinzione naturale del contratto derivato, e non dalla data in cui è stato effettuato il pagamento dei singoli differenziali, "trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi"; il contratto d'intermediazione finanziaria seguirebbe – per analogia – lo schema del contratto di conto corrente (che viene qualificato come un contratto misto di conto corrente e di mandato), e nella logica di questa ricostruzione risulterebbero pertanto ripetibili tutti i differenziali negativi corrisposti indebitamente all'istituto di Credito quale intermediario finanziario con decorrenza del termine decennale di prescrizione dall'estinzione del contratto derivato.

Va peraltro sottolineato che, dopo l'intervento di Sez. Unite n 24418/2010 -in tema di decorrenza delle prescrizione per le azioni restitutorie ex art. 2033 c.c. in riferimento ai conti correnti- non è più accolta la tesi posta a fondamento dell'opinione sopra riportata (e cioè la decorrenza della prescrizione in ogni caso dalla estinzione del conto), che potrà operare per le sole rimesse ripristinatorie della provvista- nozione difficilmente predicabile con riferimento ai contratti IRS-, e non per le rimesse solutorie, la cui prescrizione inizierà comunque a decorrere dal momento del pagamento. Come precisato da Cass. n°20455/2023, "è certo che se il conto non è collegato ad un'apertura di credito, le rimesse eseguite in presenza di un passivo del conto sono da riferirsi ad un conto scoperto e risultano, per ciò solo, solutorie".

Quindi neppure l'asserita parificazione del contratto IRS al conto corrente -peraltro, di per sé di tutt'altro che palese evidenza- realizzerebbe lo scopo di far decorrere la prescrizione dalla estinzione del rapporto.

2.4 Alla luce di tutto quanto esposto, pertanto, nel caso di specie potrebbero venire in considerazione tutti i pagamenti asseritamente indebiti effettuati nel decennio anteriore alla formale messa in mora: valenza, che non può essere assegnata alla missiva del 2.10.2010 (doc. 14 di parte attorea), che non era stata configurata quale “reclamo” (anche se così ora definita dall’attore), ma come mera richiesta di chiarimenti, allo scopo di fornire riscontro ad una richiesta di notizie e documenti da parte della Guardia di Finanza, attivata dalla Corte dei Conti: come è noto, infatti, per giurisprudenza più che consolidata, ha effetto interruttivo della prescrizione ex art. 2943 c.c., oltre che l’atto giudiziale, “ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore”, con ciò intendendosi un atto formale “che, a norma del quarto comma del citato art. 2943 c.c., deve contenere una manifestazione scritta di esercizio e di tutela del diritto da parte del creditore, comunicata personalmente al debitore” (così, Cass. n°25171/2024) che contenga una intimazione ad adempiere (così, Cass. n°22267/2024). Secondo Cass. n°279/2024, “Per avere efficacia interruttiva della prescrizione, ai sensi dell’art. 2943 c.c., un atto deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato, l’esplicitazione della pretesa e l’intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l’inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l’effetto sostanziale di costituirlo in mora”: valenza che non è certo possibile assegnare ad una missiva in cui si richiedano informazioni sull’esistenza ed il calcolo dei costi impliciti, senza neppure esplicitare pretese restitutorie e senza alcuna diffida ad adempiere a dette restituzioni.

Il primo documento che presenta queste caratteristiche è il reclamo (questa volta, davvero così denominato) datato 16.12.2019 (doc. n.16 allegati attore), nel quale si “reclamava” la restituzione di tutte le somme indebitamente corrisposte, oltre al risarcimento del danno, preannunciando l’attivazione di controversia legale, con l’espreso avvertimento che “valga la presente ad ogni effetto di legge, ivi espressamente compresa la messa in mora e l’interruzione della prescrizione”; lettera, oggetto di espreso riscontro con missiva dell’Istituto del 14.2.2020.

Devono pertanto in ogni caso ritenersi prescritti tutti gli eventuali crediti restitutori anteriori di oltre un decennio rispetto alla lettera di messa in mora: da qui, la necessità del conferimento dell’incarico peritale, oltre che in riferimento alle domande di nullità ex artt. 1418 e 1419 c.c. (cioè per il vaglio del contenuto dei contratti), anche in riferimento alle eccezioni più “formali” di nullità ex artt. 30-32 TUF o per assenza di autorizzazione del Consiglio comunale, posto che in ogni caso sarebbe stato necessario defalcare i pagamenti prescritti, e sussistevano contrasti tra le parti in ordine alla quantificazione degli esborsi, stante la contestazione ad opera della convenuta della perizia di parte depositata dall’attore.

3. Sul merito. Il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Parte convenuta ha sostenuto che, posto che la domanda attorea di nullità era stata fondata sui principi espressi da Sez. Un. n°8770/2020, e posto che con quella sentenza la Suprema Corte aveva dichiarato necessari ai fini della verifica della validità dei contratti IRS stipulati dai Comuni elementi (quali il mark to market, gli scenari probabilistici e i costi impliciti) che, al momento della stipulazione dei contratti (14.9.2006) non erano stati previsti da nessuna norma, né comunitaria né interna -essendo divenuti obbligatori solo successivamente, nel 2007 (con la Direttiva 2004/39/EU, c.d. MiFID I, divenuta operativa in Italia con il d. lgs. 17.9.2007 n.164 a partire all’1.11.2007), la normativa nazionale dovesse considerarsi in contrasto con quella europea, perché avrebbe determinato una applicazione retroattiva di regole introdotte successivamente, con violazione dell’art. 11 preleggi e della regola del c.d. *gold plating*, di cui alla Direttiva 2006/73/CE, recepita nel nostro ordinamento all’art.6, comma 2 TUF, secondo cui è fatto divieto gli Stati di introdurre norme di maggior rigore rispetto a quelle delle direttive, salvo casi eccezionali.

Con la già citata ordinanza 2.2.2022, questo G.J. aveva escluso la necessità del rinvio pregiudiziale, con la seguente testuale motivazione: “Ritenuto che non sussiste la necessità di dar corso alla richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE avanzata dalla convenuta ex art. 267 TFUE, dovendo la domanda di

pronuncia pregiudiziale “riguardare l’interpretazione o la validità del diritto dell’Unione, e non anche l’interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate nell’ambito del procedimento principale (punto 8 delle “Raccomandazioni ai giudici nazionali” pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea, C 439/5 il 25.11.2016); nel caso di specie peraltro trattasi di interpretazione giurisprudenziale di normativa interna che, per quanto dotata di rilevanza in ragione della natura particolarmente qualificata dell’organo decisorio (Cassazione a Sezioni Unite), non ha effetto di stare decisis direttamente vincolante, legittimando pronunciamenti contrari (peraltro, già verificatesi: cfr. ad es. Trib. Bologna 5.1.2021, edita ne ilcaso.it)”.

Avendo la parte convenuta reiterato la richiesta in sede di precisazione delle conclusioni, appare possibile richiamare le motivazioni sopra esposte, che si reputano del tutto confermabili, posto che la domanda di pronuncia pregiudiziale non era diretta a provocare l’interpretazione o la validità del diritto dell’Unione, ma esclusivamente l’interpretazione delle norme del diritto nazionale, come ricostruite dalla Suprema Corte.

Peraltro, vi è di più: nelle more dell’istruzione della causa, è intervenuto espresso pronunciamento della Cassazione (n°7368/2024), che ha ritenuto nel merito infondata la questione concernente la pretesa contrarietà dei principi espressi dalla Suprema Corte nella citata sentenza n° 8770/2020 con la normativa unionale -che dovrebbe essere oggetto del rinvio-. Secondo Cass. n°7368/2024, infatti, “*Quanto disposto nell’art. 19 della dir. 2004/39/CE e nell’art. 33 della dir. 2006/73/CE esclude che la necessità di dare evidenza, nel contratto, al mark to market e ai costi impliciti — necessità postulata dalle Sezioni Unite, e su cui ci si è in precedenza soffermati — si ponga in conflitto con la disciplina euro-unitaria: le indicazioni relative a tali elementi sono piuttosto coerenti con la necessità di specificare i rischi associati all’investimento, le caratteristiche dello strumento finanziario e il prezzo che il cliente deve pagare in relazione allo strumento finanziario e ai servizi ad esso correlati. E del resto, pure la Consob, con la richiamata comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009, si pone in linea di continuità con tali prescrizioni. Essa, infatti, nel definire i doveri di correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi, ha espressamente raccomandato agli intermediari «di effettuare la scomposizione (c.d. unbundling) delle diverse componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente per l’assunzione della posizione nel prodotto illiquido, distinguendo fair value (con separata indicazione per l’eventuale componente derivativa) e costi — anche a manifestazione differita — che gravano, implicitamente o esplicitamente, sul cliente», chiarendo che a quest’ultimo deve essere «fornita indicazione del valore di smobilizzo dell’investimento nell’istante immediatamente successivo alla transazione, ipotizzando una situazione di invarianza delle condizioni di mercato». Inoltre la Corte ha escluso che sia vietato “qualificare come regole di validità quelle attinenti alle indicazioni di cui il contratto in contestazione era mancante. Infatti, la Corte di giustizia, pronunciandosi sugli obblighi previsti dall’art. 19, paragrafi 4 e 5, dir. 2004/39/CE ha affermato che spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le conseguenze contrattuali del mancato rispetto degli obblighi in materia di valutazione ivi previsti da parte di un’impresa di investimento che propone un servizio di investimento, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (Corte giust. UE 30 maggio 2013, Genil 48 SL, C-604/11, 57): val la pena qui di precisare che in base alle regole di equivalenza ed effettività i richiamati requisiti non devono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna, né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione. L’enunciato di cui alla citata sentenza è conforme a un principio di carattere generale (si vedano, ad esempio: Corte giust. UE 19 luglio 2012, Littlewoods Retail, C-591/10, 27; Corte giust. CE 6 ottobre 2005, MyTravel, C-291/03, 17) che deve trovare pertanto applicazione anche con riguardo alla fattispecie di cui all’art. 19.3 della nominata direttiva”.*

4. Sulla nullità. Nullità ex artt. 30-32 TUF.

pagina 16 di 28

Venendo al vaglio nel merito delle domande attoree, deve preliminarmente essere precisato come non sia del tutto corretta l'affermazione di parte convenuta, secondo la quale, in presenza di un pronunciamento delle Sezioni Unite, solo le sezioni semplici della Cassazione sarebbero obbligate *ex lege* a conformarsi quanto statuito dalle Sezioni Unite, ex art. 374 c.p.c., e non anche i giudici di merito -al di là dell'ipotesi di cui all'art. 384 c.p.c., e cioè il giudice del rinvio in riferimento ai principi di diritto espressi dalla sentenza che ha originato il rinvio-, dando inoltre maggiore rilievo alla presenza di sentenze di merito contrarie rispetto a conformi sentenze di legittimità; in realtà, per quanto la sentenza delle Sezioni Unite non determini un effetto di *stare decisis* vincolante in senso assoluto, potendo essere motivatamente oggetto di contestazione, vi è anche per i giudici di merito l'obbligo di seguirne i precetti, a meno di motivate contestazioni; l'obbligo di tener conto dei precedenti conformi (di legittimità, più che di merito) è inoltre espressamente menzionato nell'art. 118 disp. att. c.p.c. e nell'art. 348 ter c.p.c., oltre che nell'art. 360 bis c.p.c. Le stesse sezioni semplici non sono d'altro canto "obbligate" ad adeguarsi alle Sezioni Unite, potendo in caso di non condivisione dei principi di diritto enunciati rimettere nuovamente la questione alle Sezioni Unite, sì che non può non assumere rilievo l'eventuale conferma dei principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite da parte di successivi pronunciamenti di legittimità.

Nella sostanza, quindi, più che i pronunciamenti di merito, che non è infrequente che possano essere ispirati a principi contrapposti, allorché si tratti di materie controverse, è proprio alle sentenze di legittimità che occorre fare riferimento per la soluzione delle questioni dubbie, che abbiano originato contrastanti pronunciamenti di merito.

Così, ad esempio, quanto alla problematica relativa all'applicabilità o meno ai contratti di swap dell'art. 30 TUF (il cui primo comma prevede che "*Per offerta fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività*"), il cui settimo comma prevede la nullità dei contratti che abbiano omissso di indicare la facoltà di recesso in caso di sottoscrizione di offerta fuori sede da parte di clienti *retail* (ipotesi, cui viene equiparata -anche qui, non senza contestazioni- la "*promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari*"), di cui all'art. 32 TUF).

Sul punto, era stato necessario l'intervento delle Sezioni Unite (n°13905/2013), in quanto vi era un forte contrasto dottrinale e giurisprudenziale circa il significato da attribuire al termine "collocamento", utilizzato nell'art. 30 TUF. Occorre infatti precisare che, *stricto sensu*, il servizio di collocamento si caratterizza per essere prestato dall'intermediario in favore del soggetto che emette gli strumenti finanziari, o che comunque li offre in vendita al pubblico, di regola sul mercato primario, onde è con quest'ultimo soggetto che l'intermediario medesimo anzitutto instaura un rapporto contrattuale e nell'interesse del quale presta il servizio (che assuma o meno egli stesso un impegno diretto di acquisto o una qualche forma di garanzia), addossandosi il compito di promuovere l'acquisto da parte dei terzi investitori degli strumenti finanziari offerti in vendita o in sottoscrizione. Le Sezioni Unite, invece, hanno utilizzato il termine "collocamento" in senso ampio, come sinonimo di atto negoziale mediante il quale lo strumento finanziario viene fatto acquistare al cliente e quindi inserito nel suo patrimonio o nel suo portafoglio, a prescindere dalla tipologia del servizio di investimento che abbia dato luogo a tale operazione.

Ulteriore motivo di contestazione è sorto dopo la modifica del sesto comma dell'art. 30 apportata dall'art. 56-quater, comma 1, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, che ha aggiunto al comma 6 dell'art. 30 TUF il seguente inciso: "*Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5 lett. c), cbis) e d), per i contratti sottoscritti*

a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lettera a)”: secondo alcuni infatti la norma avrebbe avuto valenza interpretativa e retroattiva, sanando la nullità per i contratti non menzionanti il recesso stipulati prima di quella data, a fronte della previsione dell’obbligo solo dal 1° settembre 2013; secondo altri la disposizione non avrebbe implicato una efficacia sanante per i contratti, che non prevedono il diritto di recesso per l’investitore, stipulati prima della suddetta data, in quanto altrimenti sarebbe stata contraria ai principi di ragionevolezza e del rispetto di altri valori ed interessi costituzionalmente protetti (così, Cass. n°7776/2014).

Sul punto, l’analisi della giurisprudenza più recente di legittimità deve portare a rigettare la dedotta questione di nullità, come infatti precisato da Cass. n°16097 del 10.6.2024, che ha ribadito il principio affermato da Cass n°2675 del 29.1.2024, *“la sentenza delle Sezioni Unite n. 13905 del 2013, pur affermando che il diritto di recesso deve essere espressamente rappresentato all’investitore in ogni ipotesi in cui l’investimento venga effettuato “fuori sede”, ha tuttavia precisato che l’estensione dell’operatività del diritto di recesso non ha luogo automaticamente e in ogni caso, ma solo a condizione che ricorra l’esigenza di tutela prevista dalla norma; esigenza che può in concreto dirsi non sussistente ove l’investimento rientri in una più complessa operazione economica, che consenta di ritenere escluso quell’effetto “sorpresa” costituente la ragion d’essere del diritto di recesso a favore dell’investitore”.*

Questo, il percorso argomentativo seguito da Cass. n°2675/2024, che in un caso, analogo a quello di specie, in cui la stipulazione dei contratti *swaps* era stata preceduta da una modalità di gestione attiva del debito, ha così motivato: *“A tal proposito è opportuno ricordare il contenuto della decisione delle S.U. n. 13905/2013, secondo cui: «Il diritto di recesso accordato all’investitore dal sesto comma dell’art. 30 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell’intermediario sia intervenuta nell’ambito di un servizio di collocamento prestato dall’intermediario medesimo in favore dell’emittente o dell’offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d’investimento diverso, ivi compresa l’esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro, ove ricorra la stessa esigenza di tutela». Si evidenzia nella menzionata decisione che la parola «collocamento» è «da intendere in un’accezione più ampia ed in qualche misura atecnica, cioè come sinonimo di qualsiasi operazione implicante la vendita all’investitore di strumenti finanziari, anche nell’espletamento di servizi d’investimento diversi (negoziante, esecuzione, ricezione o trasmissione di ordini), se effettuata dall’intermediario al di fuori della propria sede». È, secondo le Sezioni Unite, «la circostanza che l’operazione d’investimento si sia perfezionata al di fuori dalla sede dell’intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l’investitore al dettaglio ..., perché ciò significa che, di regola, l’iniziativa non proviene da lui. È logico cioè presumere che, in simili casi, l’investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell’intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l’intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l’investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata». Dunque, prosegue la citata decisione, «il diritto di recesso accordato all’investitore dal sesto comma dell’art. 30 del d.lgs. n. 58 del 1998 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell’intermediario sia intervenuta nell’ambito di un servizio di collocamento prestato dall’intermediario medesimo in favore dell’emittente o dell’offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d’investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela».*

Ora, si farebbe torto alla decisione delle Sezioni Unite se non si attribuisse il debito rilievo all'affermazione secondo cui l'estensione dell'operatività del diritto di recesso non ha luogo sic et simpliciter, ma solo a condizione che ne ricorrano siffatte esigenze di tutela. Il ragionamento seguito, dunque, può assumersi in ciò, che, se per un verso si può presumere — i.e. non ve n'è certezza — che l'investimento operato al di fuori dei locali commerciali non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, deve per altro verso riconoscersi che l'estensione della tutela non è applicabile, se non ricorra «la stessa esigenza di tutela». Ciò premesso, occorre considerare che, nel caso in esame, la pattuizione intercorsa tra le parti potrebbe prestarsi ad essere qualificata come operazione economica — volendo deliberatamente utilizzare l'espressione da tempo coniata dalla dottrina e sovente impiegata anche nel linguaggio di questa Corte — complessa, all'interno della quale siano stati stipulati più contratti tra loro collegati, avvinati dall'unica funzione economica perseguita: il che rende necessario interrogarsi se possibile isolare la tutela della negoziazione di intermediazione mobiliare, valutando la sua funzione autonomamente, e così chiedersi se esistano i presupposti menzionati dalla sentenza delle Sezioni Unite». La Corte prosegue nell'illustrare l'operatività degli swaps e, chiarita la differenza tra IRS speculativi e IRS di copertura, pur ribadendo la inscrivibilità dei due tipi contrattuali sotto lo stesso genus, ha comunque chiarito che "Ai fini che qui interessa la distinzione è, dunque, rilevante poiché nella fattispecie di copertura il collegamento negoziale con il contratto di finanziamento, che nel caso di specie è stato anche stipulato per atto notarile, potrebbe far presumere una pianificazione complessiva dell'intera operazione economica programmata che potrebbe escludere quell'effetto di «sorpresa» rispetto al quale il legislatore ha previsto la tutela del recesso, con conseguente nullità per inadempimento agli obblighi informativi, nel caso di stipulazione fuori sede".

In sostanza, nel caso di specie non può ritenersi che nella stipulazione degli swaps, preceduta da delibera del Consiglio comunale legittimante al loro utilizzo in una dichiarata funzione di rimodulazione del debito comunale legati a pregressi finanziamenti, e sottoscritti dopo contatti e interlocuzioni incontestatamente durati mesi, anche con l'espressa indicazione di più vantaggi di possibilità, vi possa essere stato un qualsiasi "effetto a sorpresa", da controbilanciare con l'espressa menzione dello *ius poenitendi* a pena di nullità.

5. La nullità in assenza di autorizzazione del Consiglio comunale.

Questi stessi motivi che hanno condotto alla reiezione dell'eccezione di nullità ex artt. 30-32 TUF (e cioè il rilievo da assegnare alla giurisprudenza di legittimità) devono invece condurre all'accoglimento del profilo di nullità riferito al carattere *ultra vires* dei contratti in relazione all'assenza di delibera consiliare approvativa degli specifici termini contrattuali degli IRS, prevedenti tutti *up front* e pertanto dovendo considerarsi costitutivi di indebitamento.

Non può infatti non essere sottolineato come il caso oggetto della decisione delle Sezioni Unite n°8770/2020 fosse totalmente sovrapponibile a quello di specie; non può inoltre non essere sottolineato il fatto che tutte le sentenze successive di legittimità abbiano confermato i principi di diritto espressi da Sez. Un n. 8770/2020 (Cass. n°7412/2014; n°7368/2024; n° 22014/2023; n°32705/2022; n°24654/2022; n°24014/2021; n°21830/2021), omettendo di rimettere nuovamente la questione alle Sezioni Unite; a fronte di pronunciamenti contrari di merito indicati dalla convenuta, numerosi sono anche i provvedimenti di merito conformi, citati dalla parte attrice.

Nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite, si trattava di contratti IRS stipulati negli anni 2003 e 2004 dal Comune di Cattolica con la _____, sulla base di una delibera del Consiglio comunale prevedente una linea di indirizzo in ordine alla scelta degli swaps come strumento per la rimodulazione del debito, linea di indirizzo poi posta in atto dalla giunta e dal dirigente, quanto al primo contratto; e solo da determinazione dirigenziale, per i successivi. Anche nella fattispecie in esame, vi è parimenti stata una delibera del Consiglio comunale del 14.1.2002 con la quale, manifestando l'intenzione di

“perseguire una politica di gestione attiva del proprio indebitamento”, veniva autorizzato l'utilizzo da parte dell'ente di strumenti finanziari derivati, che si reputavano tali da consentire dal rimodulazione del debito “senza costituire nuovo indebitamento”, da individuarsi tra diverse tipologie “a mero titolo esemplificativo: swap di tasso di interesse, acquisto/vendita di cap, vendita/acquisto di floor e collar formati dall'acquisto/vendita di cap e dalla vendita/acquisto di floor, ecc”; veniva indi specificato che gli obiettivi dovessero essere deliberati annualmente dalla Giunta, con individuazione del Servizio interno competente per il perfezionamento delle singole operazioni derivate. Il concreto utilizzo degli strumenti derivati, la compiuta identificazione dello stock di debito il cui piano di ammortamento doveva essere rimodulato (€ 43.336.954,54), l'identificazione dell'intermediario erano poi operazioni contenute nella Deliberazione della Giunta comunale n.360 del 24.8.2006, intervenuta a distanza di oltre quattro anni, che, sulla base di uno studio di fattibilità e convenienza predisposto dalla Banca , aveva poi concretamente prescelto le operazioni, come indicate “nell'ipotesi n.1 dello studio allegato”, oltre all'acquisizione di un collar ai sensi dell'art. 3, comma 2 lett. d) del D.M. 389/2003, che appariva “in linea con l'andamento dei tassi di interesse che stanno evidenziando una ripresa”. I contratti IRS venivano poi perfezionati , unitamente al collar, con determinazione dirigenziale del 14.9.2006.

Parimenti, come nella fattispecie per cui è causa, anche nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite si trattava di contratti IRS conclusi ante 2008 (epoca in cui era intervenuta la L. n. 133 del 2008, di conversione del d.l. n. 112 del 2008, che per la prima volta aveva espressamente previsto che costituisse “indebitamento, ai sensi dell'art. 119, comma 6, Cost., «sulla base dei criteri definiti in sede europea dall'Ufficio statistico delle Comunità europee (EUROSTAT), l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate» [E il detto approdo è rimarcato nella successiva versione dell'art. 3, comma 17, cit., come risultante dall'art. 75, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 118 del 2011, secondo cui integra indebitamento «l'eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di swap (cosiddetto upfront)»); da qui, il dubbio sulla possibilità per gli enti locali, anteriormente alla l. 147/2013 che li aveva vietati, di stipulare contratti derivati.

È da segnalare che l'intervento delle Sezioni Unite era stato provocato da una ordinanza della Prima sezione civile (ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019), che aveva rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., “delle questioni così sintetizzate: a) «se lo swap, in particolare quello che preveda un upfront — e non sia disciplinato razione temporis dalla l. n. 133 del 2008, di conversione del d.l. n. 112 del 2008 —, costituisca per l'ente locale un'operazione che generi un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, a norma dell'art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002»; b) «se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al Consiglio comunale, implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l.»”.

La Suprema Corte, effettuate alcune premesse sugli swaps, con importanti puntualizzazioni su contenuto e causa, e precisata la cornice normativa nella quale gli enti locali si trovavano ad operare anteriormente al 2008 ed in vigenza dell'art. 41 L. 448/2001 (finanziaria del 2002, “con il quale, al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica (comma 1), è stata estesa agli enti locali la facoltà di emettere titoli obbligazionari (e di contrarre mutui) con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza - cd.titoli bullet - previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di swaps per l'ammortamento del debito”: così, sent. 8770 cit.),e valutato il successo disfavore legislativo che aveva portato al divieto, ha comunque concluso nel senso che, oltre ai limiti “contenutistici” (su cui, appresso), in via preliminare dovesse comunque operare un limite formale, costituito dal soggetto legittimato all'assunzione dell'obbligazione, allorquando, come nel caso di specie, fossero previsti upfront, “considerati sempre

pagina 20 di 28

come indebitamento ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'articolo 119 Cost., anche per il periodo antecedente l'approvazione dell'articolo 62, comma 9, del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dalla legge n. 133 del 2008 in sede di conversione e, successivamente, sostituito dall'articolo 3 della legge n. 203 del 2008 (finanziaria per il 2009), il quale ha stabilito che "sulla base dei criteri definiti in sede europea dall'Ufficio statistico delle Comunità europee (EUROSTAT), l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate costituisce indebitamento dell'Ente". La normativa del 2008 ha perciò preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con l'upfront, senza innovare l'ordinamento", e da qui arriva a precisare che "In ordine all'organo comunale tenuto ad autorizzare il ricorso agli IRS, la dottrina e la giurisprudenza perciò attribuiscono, in grande prevalenza e condivisibilmente, la relativa competenza al Consiglio comunale".

Continua la Corte: "Più in generale, si tratta di valutare sia il caso della ristrutturazione dei debiti da parte dei Comuni e sia quello del loro finanziamento mediante la previsione di una clausola di upfront: se in entrambi i casi si tratti o meno di una forma d'indebitamento e, quindi, di materia di competenza consiliare. Poiché, com'è noto, l'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL, stabiliva che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) — spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo». 10.4. — A favore della scelta consiliare, oltre che le condizioni sostanziali di tali forme di finanziamento, depone anche la necessità di assicurare il coinvolgimento degli schieramenti assembleari di minoranza, i quali sono chiamati ad esercitare un controllo sull'operazione finanziaria. Infatti, la possibilità che i contratti derivati oggetto del contendere, seppur pattuiti da un Comune con lo scopo di rinegoziare in termini più favorevoli i mutui precedenti, comportino spese per l'amministrazione che li stipula e che tali spese gravino a carico degli esercizi successivi a quello di sottoscrizione del contratto è un'eventualità non remota, ma conmaturata alla natura aleatoria del negozio. 10.4.1. — L'organo consiliare deve valutare la convenienza di operazioni che porranno vincoli all'utilizzo di risorse future, precisando che l'attività negoziale dell'ente territoriale deve avvenire secondo le regole della contabilità pubblica che disciplinano lo svolgimento dei compiti propri dell'ente che utilizza risorse della collettività. Pertanto, ove il Comune intenda procedere ad un'operazione di ristrutturazione del debito, deve individuare le principali caratteristiche e le modalità attuative di essa e, poi, selezionare con una gara la migliore offerta in relazione non solo allo scopo che mira a raggiungere, ma anche alle modalità che vuole seguire, dovendo la P.A. conformare la sua azione ai principi di economicità e convenienza economica. 10.4.2. — Deve tenersi conto che gli enti locali erano obbligati a concludere swaps con fini di copertura dichiarati. Ciò significa che era presente un collegamento negoziale ex lege e che tale circostanza rendeva necessario l'intervento del Consiglio comunale, poiché il contratto precedente era comunemente un mutuo e, dunque, il collegamento de quo riguardava atti che costituivano indebitamento. 10.5. — Peraltro, la conclusione degli IRS si traduceva sovente nell'estinzione dei precedenti rapporti. Ne derivava che, venendo meno un contratto che costituiva indebitamento, l'IRS doveva essere approvato dal Consiglio comunale. Se, invece, il precedente mutuo fosse rimasto in vita, ma, nella sostanza, il rapporto fosse stato modificato (ad esempio, allungando nel tempo l'esposizione debitoria), l'intervento consiliare sarebbe stato, in ogni caso, necessario, perché le condizioni dell'indebitamento sarebbero mutate, incidendo sui costi pluriennali di bilancio. 10.6. — Deve perciò affermarsi che, ove l'IRS negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, l'operazione economica debba, a pena di nullità della pattuizione conclusa, essere autorizzata dal Consiglio comunale, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - per il principio di trasparenza della contabilità pubblica - anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap."

Alla luce di tale chiarissima indicazione, non sarebbe mai stato possibile per il Consiglio comunale

“autorizzare” in senso proprio, al di là del *nomen* utilizzato nella delibera consiliare del 2002, il generico ricorso agli *swaps*, senza essere a conoscenza delle specifiche caratteristiche dell’operazione economica (che peraltro si concluderà a distanza di oltre quattro anni), individuata tra una pluralità di scelte elaborate, pur legittimamente, dallo stesso intermediario, delegandone ad altri la sottoscrizione, presupponendo l’autorizzazione la conoscenza specifica dell’incidenza dell’operazione sulla contabilità pubblica che esclude possibilità di deleghe in bianco.

I contratti in questione debbono pertanto già solo per tali motivi essere considerati nulli; va da sé che non può attribuirsi alcun effetto “convalidante” all’approvazione comunale dei bilanci di esercizio includenti i flussi dei derivati, essendo la nullità come è noto, insuscettibile di convalida, ex art. 1444 c.c., e non essendo possibile nel settore della PA, una convalida per fatti concludenti.

6. La nullità “contenutistica” degli *swaps*.

6.1 La più volte citata sentenza delle Sezioni Unite n. 8770/2020 (e tutte le successive pronunzie di legittimità prima richiamate: Cass. n°7412/2014; n°7368/2024; n° 22014/2023; n°32705/2022; n°24654/2022; n°24014/2021; n°21830/2021), dopo avere sottolineato la notevole varietà delle fattispecie che concorrono a formare la categoria dei derivati e la complessità del rinvenimento di una nozione unitaria, qualificando il fenomeno in ottica economica, definisce l’IRS “come un derivato *cd. over the counter (OTC)* ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, *cd. standardizzati o uniformi*, essendo elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente (per questo, detto *bespoke*); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l’intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente.... Posto che l’*interest rate swap* è il contratto derivato che prevede l’impegno reciproco delle parti di pagare l’una all’altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un *interest rate swap* sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne: a) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); b) il capitale di riferimento, detto nozionale (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); d) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; e) le date di pagamento (*payment dates*), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale”.

Dopo avere precisato la possibilità che lo *swap* possa essere *non par*, e che lo squilibrio emergente dal negozio poteva essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori, chiamato *upfront*, affermava la Suprema Corte la notevole rilevanza del “*cd. mark to market (MTM)* o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all’operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello *swap* (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti). 4.7.1. — Nei fatti, per *MTM* s’intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il *mark to market* non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il *mark to market* è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l’ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in

caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale".

In punto di causa, secondo la Corte "l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto)" ed indagando sulla meritevolezza dell'interesse perseguito e sulla causa in concreto la Corte arriva a sostenere la tutelabilità giuridica di un contratto siffatto solo allorquando "si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. E tale accordo non deve limitarsi al mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti". Siffatti "costi impliciti" vengono quindi ad assumere una valenza rilevante, incidendo sia sulla determinabilità dell'oggetto che sulla causa del contratto, "ric conducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici"; vieppiù in presenza del tendenziale conflitto di interessi fra intermediario e cliente, "poiché nei derivati OTC, a differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente".

Se già particolare è il vaglio dell'oggetto e della causa del contratto IRS, ulteriori limitazioni si impongono-prosegue la Corte- allorquando i derivati siano stati sottoscritti da Enti locali, stante la possibilità di utilizzo dei derivati (prima del 2013, quando sono stati vietati) esclusivamente in funzione di copertura, avendo "la Corte costituzionale chiarito, con la decisione n. 52 del 2010 (che si ricollega a quella n. 376 del 2003), che il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, ai commi 4 e 6, dell'articolo 119 della Costituzione, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento"; secondo le Sezioni Unite infatti ancora più rilevante per gli Enti pubblici era la problematica relativa alla determinabilità dell'oggetto. "E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti. 9.3. — Infatti, l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili". Da qui, la necessità di verificare "caso per caso", attraverso un approccio concreto, l'effettiva funzione di copertura dei derivati, l'espressa indicazione del mark to market, degli scenari probabilistici e dei costi impliciti: attività che è stato richiesto di effettuare in sede istruttoria al CTU, in ogni caso nominato anche solo per la quantificazione degli importi non prescritti, oggetto della denuncia restitutoria anche in caso di ravvisata nullità per motivi "formali" (poi concretamente ravvisata, in riferimento alla competenza *ultra vires*, se non dell'offerta fuori sede).

Le successive pronunce di legittimità hanno convalidato la correttezza delle conclusioni delle Sezioni Unite, al più puntualizzandone alcuni aspetti: Cass. n°21830/2021 ad esempio, ribadisce l'adesione all'orientamento che valorizza l'indicazione del mark to market -che individua il valore del contratto ad una certa data-, nonché l'esplicitazione dei costi impliciti e dei cd. "scenari probabilistici", quali elementi essenziali del contratto derivato, rilevanti ai fini della sua validità, come contenuto di un'obbligazione che concorre ad integrare la determinabilità dell'oggetto, chiarendo come "l'omessa esplicitazione di tali elementi si traduce, sostanzialmente, nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi, e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni

pagina 23 di 28

aspetto di aleatorietà del rapporto”, inquadrabile non come semplice violazione di obblighi informativi -idonea come tale a determinare solo responsabilità risarcitorie- ma come carenza che cagiona nullità; Cass. n°32705/2022, a fronte di un sentenza che aveva escluso la nullità degli IRS in ragione della funzione di copertura, ponendo l'accento sulla rilevanza dell'omessa esplicitazione del mark to market, evidenzia la necessità del risalto da assegnare a tale elemento, che parrebbe operare sul piano della meritevolezza (e quindi della causa), con un giudizio da compiersi ex ante, “e non già ex post, non potendosi far dipendere la liceità del contratto di swap dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore, né utilizzare il giudizio di meritevolezza a fini di riequilibrio equitativo del contratto (cfr. Cass., Sez. I, 6/09/2021, n.24014; 13/07/2018, n. 18724)”; Cass n°22014/2023 pone l'accento sulla valenza del mark to market, criticando le tesi che vorrebbero sminuire la portata.

Particolarmente rilevante appare l'iter argomentativo di quest'ultima pronuncia, che rende palese l'inidoneità della tesi difensiva della convenuta, che da un lato critica la Suprema Corte proprio in punto di ricostruzione del significato e della valenza del mark to market, ritenuto non incidente sull'oggetto del contratto, e dall'altro fa leva sulla facilità della conoscenza aliunde di tale valore, in ragione della standardizzazione dei modelli, e della possibilità che il Comune avrebbe avuto di individuarne l'entità tramite proprio professionista (così, comparsa conclusionale, pagg. 59-61): la Suprema Corte precisa infatti, sotto il primo profilo, la valenza decisiva dell'indicazione del mark to market in riferimento alla causa concreta dell'IRS, e stabilisce soprattutto -quanto al secondo profilo- la sussistenza dell'obbligo per l'intermediario (non a carico del cliente, addirittura attraverso l'ausilio di professionisti di sua fiducia) di fornire al momento dell'investimento, per renderne consapevole la scelta, specifiche informazioni sulle modalità di calcolo di tale valore. Così testualmente: “...non persuade l'osservazione della Corte d'Appello secondo cui il mark to market (MTM) sarebbe un elemento estraneo all'oggetto del contratto, e quindi irrilevante, rappresentando solo il valore di sostituzione del derivato in un dato momento. Le Sezioni Unite hanno, infatti, chiarito che, se è pur vero che il mark to market è il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o quello cui un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrare, tuttavia, il MTM, pur esprimendo una proiezione finanziaria, è, nella pratica, il valore corrente di mercato dello swap (in particolare, il metodo de quo consiste in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti). Ne consegue che l'investitore può avere un parametro con cui misurare l'alea contrattuale al momento della stipula del contratto solo se conosce il metodo di calcolo per la determinazione del mark to market iniziale. Analogamente, l'investitore solo se in grado di conoscere i futuri scenari probabilistici, può decidere consapevolmente nel corso del rapporto di sciogliersi eventualmente dal contratto, dopo aver effettuato una prognosi su eventuali futuri squilibri tra i flussi di cassa. Non sono quindi, all'uopo, sufficienti - difettando l'elemento essenziale della preventiva conoscibilità - eventuali successive comunicazioni, da parte della Banca, del mark to market periodico. Infine, non è neppure sufficiente la sola indicazione nel contratto IRS del mark to market iniziale: trattandosi di un valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente, è necessario “che gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market siano resi preventivamente conoscibili da parte dell'investitore, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, in assenza del quale la causa del contratto resta sostanzialmente indeterminabile” (vedi Cass. n. 21616/2020, pag. 11)”.

Altrettanto rilevante appare la già richiamata Cass. n°7368/2024, che oltre a negare il contrasto dei principi espressi da Sez. Un. n°8770/2020 con i principi unionali -come supra evidenziato-, con ampia motivazione, cassando una sentenza che aveva escluso la nullità dedotta dalla parte, ripercorre il dibattito sugli swaps, sottolineando la rilevanza del mark to market e dei costi impliciti, la cui mancata indicazione rileverebbe di per sé sotto il profilo della mancanza di causa: “In proposito, mette conto di rilevare che per la pronuncia delle Sezioni Unite del 2020 la nullità del contratto mancante delle

richiamate indicazioni è una nullità per indeterminabilità dell'oggetto; le Sezioni Unite non escludono, tuttavia, che quella carenza ridondi anche sul piano della causa del contratto (cfr., segnatamente, oltre al punto 9.3, il punto 9.7 della sentenza, ove si esprime consenso nei confronti della pronuncia impugnata, la quale aveva precisato che il valore del derivato al momento della stipula costituiva elemento essenziale del contratto e integrativo della sua causa tipica: un'alea razionale e quindi misurabile, da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura — hedging — o speculativa). Nella giurisprudenza di legittimità si è del resto già rilevato, in una pronuncia successiva a quella delle Sezioni Unite, come indipendentemente dalla sua finalità di copertura o speculativa del contratto di swap, la preventiva conoscibilità, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market rilevi proprio sul piano causale (Cass. 7 novembre 2022, n. 32705). 2.6. — *Quel che conta, nella presente sede, è che il contratto per cui è lite non recasse menzione del mark to market e dei costi impliciti (pag. 13 della sentenza impugnata) e mancasse in conseguenza di esplicitare il fair value (e cioè il valore) negativo del derivato (ivi, pag.14). La Corte di appello avrebbe dovuto considerare che le richiamate carenze erano incidenti sulla validità del contratto e tali da determinarne la nullità*".

6.2 Orbene, richiamati siffatti principi, nel caso di specie necessitata appare la pronuncia di nullità, essendo incontestabile che nei contratti IRS di cui si discute difetti l'indicazione del mark to market, dei costi impliciti e degli scenari probabilistici, da cui la Suprema Corte fa discendere la nullità (per indeterminabilità dell'oggetto e/o difetto di causa, come si è visto).

La circostanza, oltre che risultare documentalmente provata dalla semplice lettura dei documenti, che non ne fanno menzione, è stata d'altro canto sostanzialmente ammessa dalla parte convenuta, che si è difesa inizialmente facendo leva sulla mancanza della necessità dell'esplicitazione di tali voci al momento della stipulazione del contratto perché imposte da normativa sopravvenuta (ciò che la Suprema Corte ha ritenuto irrilevante, per tutte le motivazioni *supra* evidenziate), ed indi menzionando l'agevole determinabilità del mark to market attraverso applicativi disponibili (circostanza irrilevante, essendo in realtà in contestazione l'obbligo gravante sull'intermediario di evidenziazione del dato a pena di nullità dell'operazione, incidendo sulla misura della razionalità dell'alea e quindi sulla meritevolezza della causa e/o determinabilità dell'oggetto); la sostanziale menzione degli scenari probabilistici (riferiti alla formale indicazione dei valori floor e cap, che di per sé non indicano alcuno "scenario probabilistico", se non accompagnati dalla probabilità di accadimento dei due scenari per ciascun semestre di efficacia dei derivati: cfr. pag 58 relazione CTU); la sostanziale indicazione dei costi impliciti, in quanto inseriti nel prezzo, contenente implicitamente il compenso dell'intermediario (circostanza all'evidente irrilevante, posto che ciò che la Suprema Corte richiede è la specifica e "scomposta" indicazione di tale voce di costo rispetto al prezzo complessivo).

La circostanza è stata inoltre accertata anche dal CTU (pag. 58 elaborato peritale), a torto contestato sul punto dalla parte convenuta, sulla base delle suesposte considerazioni, già considerate infondate.

Già solo per tale (ulteriore) motivo i contratti in questione devono pertanto essere considerati invalidi, anche a prescindere dagli ulteriori approfondimenti commissionati al CTU, allo scopo di verificare se anche "in concreto" i contratti *de quibus* fossero conformi alla normativa, aventi effettiva funzione di copertura (oltre che per l'accertamento delle pretese restitutorie, in ragione del possibile accoglimento parziale dell'eccezione di prescrizione, *supra* scrutinata, nel senso dell'effettività della fondatezza parziale).

7. Sulla causa in concreto.

L'accoglimento dei dedotti motivi di nullità esonererebbe dal vaglio della consulenza tecnica, posto che non appare indispensabile verificare le caratteristiche in concreto dell'operazione, se adottata con provvedimenti conformi o meno alle disposizioni normative o se ad effettive finalità di copertura. In

ogni caso il Ctu al riguardo ha comunque ravvisato, da un lato, la non totale rispondenza dei contratti alle disposizioni normative, secondo le deduzioni di cui a pagg. 78ss. dell'elaborato peritale (pur criticando la rigidità della formulazione della circolare ministeriale MEF27.5.2004 in punto di ammissibilità dei soli *swap plan vanilla*, prevedenti lo scambio di un tasso fisso contro un tasso variabile -ritenuta non agevolmente compatibile con la finalità di ristrutturazione del debito, prevista dalla lett. f dell'art. 3 del DM 389/2003-, nel caso di specie era stata comunque riscontrata una "componente di scambio di quote capitali, finalizzata a perseguire l'obiettivo di ristrutturazione del debito sottostante, non prevista dalla definizione di *interest rate swap plain vanilla* che, appunto, si configura in uno scambio di flussi di interesse e non del sottostante nozionale"; soprattutto, non risultava rispettata, quanto alla componente di *Interest Rate Collar*, la condizione prevista dalla circolare ministeriale in relazione alla vendita del *floor*, posto che la circolare la consente al solo fine di finanziare la protezione dal rialzo dei tassi di interesse fornita dall'acquisto del *cap*, mentre nel caso di specie "in termini assoluti il valore del *floor* è sensibilmente superiore al valore del *cap* per ciascuna delle quattro operazioni, come evidenziato in Tabella 24": pag. 79); dall'altro, ha accertato il valore sbilanciato del MtM a svantaggio del Comune di tutti i contratti derivati, così come uno squilibrio probabilistico a svantaggio sempre del Comune (pagg. 38 ss.).

La non decisiva valenza della consulenza ai fini della decisione della causa, se non per l'aspetto legato alla quantificazione delle restituzioni, di non eccessiva problematicità, rende di fatto in ogni caso non necessaria la rinnovazione dell'incombente, richiesta da parte convenuta. Al riguardo peraltro devono in questa sede essere reiterate le statuizioni di cui alle richiamate ordinanze 26.4.2023 e 31.1.2024, e che avevano condotto alla reiezione delle istanze di sostituzione ex art. 196 c.p.c., sopra richiamate: non può infatti ritenersi che il CTU, avendo svolto successivamente all'assunzione dell'incarico nella presente sede un incarico come consulente di parte in favore di un soggetto che stava predisponendo una proposta concordataria -nel quale aveva analizzato derivati analoghi, non i medesimi, a quelli di cui è causa che vedevano come parte sempre la _____, unitamente a molti altri Istituti bancari- possa per ciò solo avere inficiato le conclusioni previamente rassegnate in questo procedimento (conclusione non diversa, se l'incarico fosse stato svolto in contemporanea), essendo normale che esperti a valenza nazionale, specie in settori oltremodo specializzati, vengano chiamati a svolgere le proprie funzioni consulenziali in molti contesti, sia come CTU che come consulenti di parte, e possano trovarsi ad analizzare vicende similari; specializzazione, che è oramai tipica di molti contesti, compreso lo svolgimento dell'attività dei difensori, specie in settori -come i derivati- ad alto tecnicismo e non localizzati territorialmente.

8. Sulla domanda riconvenzionale condizionata.

Reputa questo giudice che debba trovare reiezione la domanda riconvenzionale condizionata spiegata da parte convenuta, che nella sostanza fondava la domanda di manleva sulla base di clausole contenute all'art. 2 del contratto quadro, nel quale l'Ente garantiva la sussistenza dei requisiti di legge, sia in punto di spettanza dei poteri rappresentativi in capo ai sottoscrittori, sia sulla conformità dei "contratti derivati su tassi di interessi" alla normativa, statutaria e regolamentare, comunale ed alla normativa nazionale; nonché all'art. 3, nel quale l'Ente dava atto che le circostanze dichiarate erano vere, "obbligandosi a tenere indenne la Banca da qualsiasi danno, spesa, perdita o costo in qualsiasi modo connessi e conseguenti alla loro non veridicità, comunque fatta valere ed accertata, delle dichiarazioni effettuate".

Al riguardo, risulta già intervenuta in ipotesi simile una sentenza del Tribunale di Milano, del 23.4.2024, che, oltre ad evidenziare come (in quella così come nell'ipotesi *de qua*) l'articolo fosse destinato a trovare applicazione nei soli casi di contratti derivati "su tassi di interessi" (gli unici peraltro ammessi dalla normativa), mentre in quel caso, così come nel presente, vi era una componente di scambio di capitali (si che anche solo per tale motivo la clausola non sarebbe applicabile), soprattutto

evidenziava la nullità di una clausola siffatta, in quanto volta ad aggirare gli effetti della nullità contrattuale, effetti che non rientrano nella disponibilità delle parti, in ragione dell'impossibilità di convalida dei contratti nulli ex art. 1444 c.c., non operando neppure per la nullità, ex art. 1462 c.c., le clausole limitative della proponibilità dell'eccezione. Concludeva pertanto nel senso che *"la clausola in esame, pertanto, garantirebbe alla banca, sotto forma di indennità per i costi, l'esecuzione di un contratto nullo e otterrebbe così un risultato vietato dalla legge: la clausola è, quindi, nulla, ai sensi dell'art. 1344 c.c. perché in frode alla legge. Non vi sono pertanto somme da porre in compensazione"*. Siffatte argomentazioni possono essere integralmente ripetute nel presente identico contesto, apparendo del tutto condivisibili; apparirebbe d'altro canto ben strano che la banca, operatore professionale che ha strutturato l'operazione, possa addossare al cliente *retail* le conseguenze legate alla violazione di regole di validità dei contratti imposte da fonti imperative, che l'Ente in buona fede era peraltro convinto di rispettare, contratti peraltro da essa stessa individuati e in realtà consegnati in maniera difforme da quanto consentito dalla legge, senza riuscire neanche a comprendere quale possa essere stato l'interesse del Comune all'assunzione di quegli oneri patrimoniali: ciò che esclude la ravvisabilità anche di qualsivoglia responsabilità di tipo precontrattuale o extracontrattuale.

9. Le restituzioni.

Alla luce di tutto quanto premesso, dovrà pertanto essere dichiarata la nullità dei contratti di cui è causa, e la Banca dovrà essere condannata alla restituzione del saldo dei flussi differenziali, al netto delle già rilevata prescrizione per il periodo anteriore al 2009 (e dei flussi attivi pregressi), secondo il calcolo effettuato dal CTU (pagg. 81 ss.), complessivamente pari, al giugno 2022, per i 4 contratti, ad € 1.234.567,89, oltre ai flussi successivi (ovviamente, in quanto negativi per il Comune) corrisposti, fino alla scadenza dei contratti ancora non scaduti a quella data, dovendosi altrettanto consequenzialmente dichiarare non dovute, per i contratti ancora in essere al momento della pronuncia della presente sentenza, le somme non ancora maturate fino alla scadenza.

Gli interessi decorreranno al saggio legale pro tempore vigente, dalla data della domanda, dovendosi considerare l'*accipiens* in buona fede -trattandosi di formale adempimento di contratto-, e dovendosi intendere per "domanda", come precisato per ultimo da Cass. n°9757/2024 in conformità a Sez. Un. n°15895/2019, anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ex art. 1219 c.c.: e cioè, nel caso di specie, per le motivazioni *supra* esposte, da partire dal 16.12.2019 con riferimento alle somme a quel momento scadute, e dal momento del pagamento, per i flussi successivi.

10. Le spese di lite.

Le spese di lite, liquidate in dispositivo -d'ufficio, in difetto di notula-, seguono la soccombenza, e sono liquidate in base al D.M. 55/2014 come modificato da D.M. 147/2022 con riferimento ai valori mediani tra minimi e medi dello scaglione di riferimento.

Le spese di consulenza, come già liquidate in corso di causa, dovranno gravare in via definitiva sulla parte soccombente, ferma la solidarietà nei confronti del CTU (cfr. Cass. n°28572/2023; n°28094/2009).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella controversia in epigrafe, tra COMUNE DI -attore- e -convenuta-, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:
-rigetta le eccezioni pregiudiziali;
-dichiara la nullità dei contratti IRS per cui è causa per le motivazioni *supra* esposte, e per l'effetto,

dichiarata la parziale prescrizione per le pretese restitutorie anteriori al dicembre 2009, condanna al pagamento in favore del Comune della somma complessiva, al giugno 2022, di € 7, oltre ai flussi negativi successivi corrisposti, fino alla scadenza dei contratti ancora non scaduti a quella data, dichiarando non dovute, per i contratti non scaduti al momento della pronuncia della presente sentenza, le somme non ancora maturate fino alla scadenza; il tutto, oltre interessi al saggio legale pro tempore vigente decorrenti dal 16.12.2019 con riferimento alle somme a quel momento scadute, e dal momento del pagamento, per i flussi successivi;

-rigetta la domanda riconvenzionale;

-condanna la convenuta alla rifusione in favore dell'attore delle spese di lite, che qui liquida -d'ufficio, in difetto di notula- in complessivi 30 per compenso professionale ed € 1.686,00 per spese vive, oltre rimborso forfetario 15%, Cap ed iva come per legge, ponendo in via definitiva a carico della parte convenuta il compenso del CTU come già liquidato, ferma la solidarietà delle parti nei confronti del CTU.

Perugia, 5 dicembre 2024

Il giudice
Teresa Giardino