



Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

N. R.G. 20071/2014



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA  
QUARTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Giovanni Salina, ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 20071/2014 promossa da:

COMUNE [REDACTED] (C.F. [REDACTED]), con il patrocinio dell'avv. ZAMAGNI LUCA, dell'avv. CEDRINI GIOVANNI, dell'avv. ACCIARI MATTEO e dell'avv. BILOTTI ELISA, elettivamente domiciliato in via Santo Stefano n. 3, BOLOGNA, presso il difensore avv. ACCIARI MATTEO.

ATTORE

Contro

[REDACTED] SPA (C.F. [REDACTED]), con il patrocinio dell'avv. [REDACTED] e dell'avv. [REDACTED], elettivamente domiciliato in Piazza Calderini n. 5, BOLOGNA, presso il difensore avv. [REDACTED].

CONVENUTO

pagina 1 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161854 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111960





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

## CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

## FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, il Comune di [REDACTED], in persona del Sindaco pro-tempore, conveniva in giudizio, innanzi all'instato Tribunale, [REDACTED] S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, chiedendo che l'adito Tribunale, previa declaratoria di nullità e/o annullabilità, ovvero, in alternativa, la risoluzione, ex artt. 1453 e 1455 cod. civ., dei contratti di investimento in strumenti finanziari derivati su tassi di interesse (c.d. "Interest rate swaps"), stipulati dalle parti nel biennio 2005-2006, condannasse la Banca convenuta alla restituzione di tutte le somme versate in esecuzione delle predette operazioni negoziali.

L'attore chiedeva altresì accertarsi la responsabilità, precontrattuale, contrattuale e/o extracontrattuale, della Banca convenuta, anche in ragione dell'attività di consulenza svolta da quest'ultima in occasione dell'offerta e negoziazione asseritamente illegittime di tali contratti, con conseguente condanna di controparte al risarcimento di tutti i danni sofferti dall'ente pubblico in conseguenza dei denunciati illeciti, quantificati in euro [REDACTED],00, quanto al primo addebito, ed in euro [REDACTED],00, quanto al secondo.

Con comparsa di risposta ritualmente e tempestivamente depositata, si costituiva in giudizio la convenuta Banca [REDACTED], la quale, contestando, nel merito, tutto quanto ex adverso dedotto, concludeva chiedendo l'integrale rigetto delle domande avversarie, la declaratoria di

pagina 2 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161654 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 11164d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

efficacia e validità dei contratti oggetto di causa e, in via riconvenzionale, la condanna dell'attore al pagamento di quanto pattuito in sede di stipulazione dei predetti contratti.

In subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande attoree, la convenuta chiedeva la condanna dell'attore alla restituzione in favore di Banca [REDACTED] s.p.a. di quanto percepito in forza delle operazioni finanziarie in questione.

Nel corso del giudizio, espletati gli incombeni di cui all'art. 183 c.p.c., il G.I. disponeva CTU contabile-finanziaria e, all'esito, fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

Infine, all'udienza del 14/12/2017, sulle conclusioni precisate dalle parti, il Giudice tratteneva la causa in decisione, assegnando i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per lo scambio di comparse conclusionali e di memorie di replica.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Ai fini della decisione, giova anzitutto osservare che, nel presente giudizio, l'attore ha dedotto l'invalidità o, in alternativa, la risoluzione per grave inadempimento dei contratti di *interest rate swap* stipulati dalle parti (docc. nn. 6 e 9, attrice), assumendo, tuttavia, che, come da documentazione versata in atti (v. doc. n. 8, attrice), il contratto di *swap* sottoscritto nell'anno 2005 si sarebbe comunque risolto in data 27/12/2006, e che, pertanto, l'unica operazione negoziale tuttora in corso sarebbe costituita da quella coevamente conclusa, quale rinegoziazione del precedente accordo.

Tanto premesso, appare quantomeno opportuno rilevare come l'odierno attore asserisca l'invalidità dei contratti oggetto di causa sotto molteplici profili: in primo luogo, deduce la nullità dei contratti-quadro di negoziazione, per violazione delle norme di cui agli artt. 23 TUF e 30 Reg. Consob n. 11522/98,

pagina 3 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161554 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 1116fd





Sentenza n: 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

ovvero, per la mancanza di forma scritta di eventuali futuri accordi modificativi e di rinegoziazione delle pregresse pattuizioni.

Contesta, inoltre, la validità degli accordi de quibus perché sottoscritti da funzionario della Banca intermediaria sprovvisto dei relativi poteri, ed infine, per violazione della disciplina di cui all'art. 30 reg. Consob 11522/1998, trattandosi di contratti conclusi "fuori sede".

Il Comune attore lamenta pure l'illegittimità della propria classificazione in termini di "operatore qualificato", evidenziando, al riguardo, la propria natura di cliente "al dettaglio", nonché, lo status di ente territoriale locale, con conseguente sussistenza in capo alla Banca convenuta di stringenti obblighi informativi.

Orbene, esaminando più nel dettaglio le censure mosse dall'attore ai contratti di investimento in strumenti finanziari c.d. derivati, nella forma di *Interest Rate Swap*, deve rilevarsi come la loro invalidità sia, in primis, allegata in ragione di un asserito difetto di causa in concreto, avuto riguardo alla finalità di contenimento del rischio di oscillazione dei tassi di interesse sui titoli BOC, costituenti la fonte debitoria dell'Ente locale.

Sul punto, l'attore assume che il deficit causale sia stato provocato dalla presenza di una serie di "costi occulti" e di commissioni implicite, tali da compromettere, *ab origine*, la finalità tipica di "copertura" dei rischi, provocando, così, a carico dell'Ente pubblico un sensibile aggravio economico ed un indebito profitto per la Banca.

Sostiene, inoltre, l'attore che la mancanza di trasparenza circa i costi associati all'operatività dei contratti impugnati avrebbe generato in capo alla Banca convenuta un ulteriore profilo di responsabilità, precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale : Banca ██████████ s.p.a., infatti, quale intermediario ed advisor finanziario, non avrebbe adempiuto ai propri obblighi informativi, inducendo, in tal modo, il cliente alla manifestazione di una volontà negoziale, che, se non proprio inesistente, dovrebbe, comunque, ritenersi viziata da

pagina 4 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161554 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111a6d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

errore, avendo l'Ente territoriale inconsapevolmente sottoscritto un contratto a sé sfavorevole e, soprattutto, non in linea con le finalità pubblicistiche che esso deve, invece, perseguire a norma della L. 448/2001 (art. 41 c. I e II) e del d.lgs. 267/2000-TUEL.

L'attore ha altresì dedotto la responsabilità contrattuale della convenuta, quale intermediario finanziario, per non essersi adeguata, in corso di esecuzione del contratto, ai nuovi obblighi informativi previsti dalla direttiva Mifid 2007, entrata in vigore a far data dal 1 novembre 2007, e puntualmente descritti dallo schema di Regolamento MEF in attuazione del D.I. 112/2008, L. 22/12/2008 (Finanziaria per il 2009), e più in generale, in spregio all'art. 21 TUF come puntualmente definito dalla Comunicazione Consob DIN. 9019104/2003.

Al riguardo, l'attore lamenta la mancata applicazione di quest'ultima disciplina contenente specifiche norme di protezione a vantaggio del cliente, tra le quali la normativa che attribuisce a quest'ultimo la facoltà di recedere anticipatamente dal contratto o, quantomeno, di essere informato nel caso di andamento sfavorevole dei contratti di copertura stipulati.

Per quel che concerne, invece, la struttura dei contratti *swap* oggetto di impugnazione, il Comune ha denunciato la violazione delle norme enucleate dal Dec. MEF n. 389/2003, assumendo, in particolare, che il primo contratto conterrebbe una componente, la c.d. *basis swap*, incompatibile con la struttura *plain vanilla*, obbligatoria per *gli swap* conclusi da Enti Locali; il secondo, stipulato con finalità di rinegoziazione delle condizioni previste dal primo, eccederebbe i limiti indicati dal citato Dec. MEF n. 389/2003, e, inoltre, alla data della stipula, sarebbe stato corrisposto un *up front*, di euro 25.000,00, non dovuto e, comunque, versato al di fuori dei casi consentiti dalla suddetta normativa.

Orbene, fatte queste premesse, occorre, in primo luogo, valutare la fondatezza della questione posta dal Comune attore, di nullità del contratto *swap* 2006, quale accordo negoziale tuttora in corso di esecuzione.

pagina 5 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 161654 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 11164d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

Come in precedenza esposto, la domanda attorea di nullità negoziale, ex art. 1418 cod. civ., si fonda su un asserito deficit informativo circa il disallineamento iniziale tra le pattuite prestazioni, nonché delle singole componenti di costo connesse all'operatività degli strumenti in derivati, con conseguente deviazione dalla causa tipica del contratto in esame.

In alternativa, si è pure sostenuto che, ove dette voci di costo non dovessero concorrere alla composizione dell'elemento causale, esse avrebbero dovuto comunque essere apprezzate in termini di componenti dell'oggetto del contratto, con la conseguenza che la loro mancata indicazione avrebbe dovuto costituire un vizio comportante, a norma dell'art. 1346 c.c., la nullità dell'accordo per indeterminatezza e/o indeterminabilità del suo oggetto.

Ed invero, la necessità di specificazione delle singole componenti di costo sottese all'operatività dei contratti derivati, ivi incluse le voci che concorrono a determinare il disallineamento delle prestazioni, sia in fase pre-contrattuale, che in sede di stipulazione del negozio, costituisce vexata questio sia in dottrina che in giurisprudenza.

L'incertezza della predetta questione deriva dal fatto che l'obbligo informativo in commento è stato previsto, in maniera puntuale e dettagliata, a partire dal recepimento della direttiva dell'Unione Europea 2004/39/CE, seguita dalla direttiva di secondo livello, 2006/73/CE, e dal regolamento attuativo 1287/2006/CE, i quali contengono le misure tecniche volte ad implementare operativamente quanto definito dalla direttiva MIFID, e recepite nel nostro ordinamento a partire dal 1° novembre 2007.

Alla suddetta novella legislativa hanno fatto seguito, applicativo ed integrativo, lo schema di regolamento del MEF di attuazione dell'art. 62 del D.l. 112/2008, la L. 22/12/2008 (Finanziaria per il 2009), e la comunicazione della Consob n. DIN/9019104, normativa, quest'ultima, che, nel complesso,

pagina 6 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 161554 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 1116df





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

ha dotato di contenuto materiale i doveri di disclosure in capo agli intermediari finanziari, già previsti dall'art. 21 TUF.

In particolare, si è ritenuto di dover integrare la normativa in materia di derivati, ponendo soprattutto attenzione alle operazioni di "scomposizione", c.d. *unbundling*, delle diverse componenti di costo che concorrono a determinare il complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente, e, laddove non sia possibile determinare tali voci in maniera definitiva, occorre allora indicare la modalità di calcolo della stessa.

Si è poi attribuito specifico rilievo all'indicazione del disallineamento iniziale tra prestazioni, ovvero, al "prezzo/costo sostitutivo" del derivato acquistato del cliente, valore quest'ultimo che definisce il valore del derivato in un certo arco di tempo e che ne giustifica, seppur in parte, i costi associati.

Tali obblighi informativi in capo agli intermediari diventano ancor più cogenti a seconda della qualificazione del cliente.

Infatti, con la direttiva MIFID del 2007, è stato modificato il sistema di classificazione del cliente, diversificando altresì i rispettivi regimi negoziali sul versante informativo; in particolare, si distingue tra "cliente al dettaglio" (già *retail*), al quale viene garantito il massimo livello di protezione e tutela, e cliente professionista (già operatore qualificato), la cui disciplina è oggi prevista all'art. 31 Reg. Consob 11522/1998.

I doveri di disclosure, destinati a riequilibrare l'asimmetria informativa tra cliente ed intermediario, diventano poi ancora più stringenti se ad essere cliente è un Ente locale, come nella fattispecie in esame, in quanto, nella definizione della struttura dello strumento derivato e nel definire il suo scopo, dovranno confluire le norme di carattere amministrativo che regolano i limiti di spesa e i vincoli funzionali di cui all'art. 41 commi I e II della L. 448/2001 (Finanziaria del 2002), all'art. 202 testo unico delle leggi sull'ordinamento

pagina 7 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 161554 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 111af0





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

degli enti locali, dec. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267-TUEL, e ben descritti nella circolare esplicativa del D.M. 389/2003, emessa in data 27 maggio 2004.

Tale ultima previsione assume rilevanza centrale nella definizione del disallineamento iniziale tra prestazioni, nonché del valore, o “prezzo”, del derivato al momento della stipula, c.d. *Mark to Market*, il quale, se presente, porta alla conclusione di un contratto *swap* definito *non par*, ovvero di segno negativo per una delle parti, tendenzialmente il cliente.

Orbene, la giurisprudenza più recente, ha attribuito all’indicazione del predetto valore, sia in fase pre-contrattuale, che nella fase di materiale stipulazione del contratto derivato, un ruolo fondamentale, tale da incidere sulla validità o meno del contratto, costituendo esso un suo elemento fondamentale, al punto da generare giudizi di valore circa la bontà della complessiva operazione finanziaria anche in pregio ai doveri informativi in capo all’intermediario.

Tenuto conto del tecnicismo e della complessità della materia, appare opportuno, quindi, riportare i più significativi arresti giurisprudenziali circa la qualificazione del Mtm quale elemento essenziale del contratto.

Deve, innanzitutto, darsi conto della definizione del Mtm così come delineata dalla Corte di legittimità (v. Cass. Civile Sez. II, 11/05/2016 n. 9644 e Cass. Civile, Sez. II, 08/07/2016 n. 14059), la quale, ha precisato come “... il mark to market sia un’espressione che designa, seppur in via di approssimazione, un metodo di valutazione delle attività finanziarie, che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante il ricorso a indici d’aggiornamento monetario.

Esso consiste nell’attribuire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della sua scadenza naturale.

pagina 8 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161854 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111a6d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

Il mark to market è detto anche costo di sostituzione, perché corrisponde al prezzo, dettato dal mercato in un dato momento storico, che i terzi sarebbero disposti a sostenere per subentrare nel contratto stesso”.

La Suprema Corte (v. Cass. pen. n. 47421/11) ha altresì affermato che il mark to market “non esprime affatto un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata.

Il valore del mark to market, infatti, è influenzato da una serie di fattori ed è quindi sistematicamente aggiustato in funzione dell’andamento dei mercati finanziari, dovendosi poi attrarre nell’ambito dei relativi parametri di determinazione anche l’up to front erogato e l’utile per la banca”.

Ne deriva che, essendo quello in commento un valore destinato a mutare nel corso del tempo, non sia tanto rilevante, o realmente significativo, il valore indicato al momento della stipula; piuttosto, assume una rilevanza centrale la determinazione delle modalità di calcolo dello stesso attraverso l’indicazione di modelli matematico-finanziari di attualizzazione, in una con l’adozione di scelte metodologiche che scontano un inevitabile tasso di opinabilità tecnica. Non pare seriamente dubitabile, dunque, che un giudizio al riguardo non possa essere assoggettato all’alternativa secca tra vero e falso, ma sia l’espressione di un apprezzamento personale di tipo valutativo derivante dal metodo di calcolo utilizzato (cfr. Cass. Civile Sez. II, 11/05/2016, n. 9644).

Da tali autorevoli arresti della giurisprudenza di legittimità ne è derivata una lettura delle corti di merito che ha visto nell’indicazione del Mtm, o meglio, nell’indicazione delle modalità di calcolo di detto valore, in quanto variabile, un elemento essenziale del contratto, vuoi quale parte integrante dell’oggetto, vuoi quale elemento causale.





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

In tal senso, si è pronunciata la giurisprudenza di merito, affermando la nullità del contratto in caso di inadempimento dell'obbligo di indicazione del Mark to market sin dalla fase originaria della stipula.

In particolare, (v. ad es. Trib. Milano, 7 luglio 2016) è stato affermato che *"(...) Dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, è necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore; in difetto, risolvendosi la quantificazione del MtM in una determinazione di una delle parti (la banca), non verificabile dall'altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c."*.

Identico principio è stato poi enunciato dal Tribunale di Milano con la sentenza 9 marzo 2016, n. 3070, secondo cui il Mtm costituisce una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate.

In tali casi, quindi, l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il Mark to Market, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto.

Secondo un diverso ma condivisibile orientamento giurisprudenziale, l'indicazione del Mark to market attiene sì alle componenti essenziali del contratto in derivato, ma nella misura in cui costituisce una componente dell'alea tipica del contratto di Interest rate swap, dunque integrante la causa del negozio.

*In particolare, secondo la Corte d'Appello di Milano: "Nei contratti di Interest rate swap, la mancata esplicitazione del modello matematico di pricing e del market to market rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta*

pagina 10 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161854 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111818





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

*liquidazione appare il frutto di una quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti. Allo stesso modo, l'assenza del mark to market e degli scenari probabilistici rende del tutto priva di giustificazione causale la clausola che contempla l'eventuale erogazione del c.d. up front in quanto anche la misura in cui il finanziamento contribuisce ad integrare il riequilibrio del valore iniziale del derivato incide sulla causa dello stesso." (Cfr. corte d'appello di Milano, 18/09/2013).*

In senso conforme alle pronunce sopra riportate, si è espressa pure la Corte d'Appello di Bologna (sent. 11/03/2014 n. n. 734), la quale, in una fattispecie analoga a quella in esame, ha stabilito che "(...) in nessuno dei contratti appare la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (c.d. mark to market), che una attenta e condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. App. Milano, 18 settembre 2013) ritiene elemento essenziale dello stesso, ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile), da esplicitare necessariamente e indipendentemente dalla finalità di copertura (hedging) o speculativa), così come i costi impliciti e i criteri con cui determinare la penalità in caso di recesso".

Alla luce dei principi sopra riportati, deve per ciò ritenersi che il Mtm integri un elemento essenziale del contratto, dalla cui mancata indicazione la giurisprudenza fa discendere la nullità del contratto, ora per mancanza di causa, ora per indeterminatezza dell'oggetto.

Come in precedenza detto, l'attore ha dedotto l'invalidità dei contratti inter partes sotto entrambi i profili (v. atto di cit. p. 44).

L'attore, infatti, ha asserito che, non avendo la banca esplicitato il MTM negativo del contratto al momento della sua stipula, il Comune non era stato messo nelle condizioni di conoscere il grado di rischio assunto, a differenza

pagina 11 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161654 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 11164d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

della Banca intermediaria che ne conosceva perfettamente tutti gli elementi, per avere essa strutturato il secondo derivato quale rinegoziazione del primo.

Orbene, alla luce di quanto sopra esposto ed in linea con il più condivisibile secondo orientamento giurisprudenziale, si ritiene che la domanda di nullità negoziale così come formulata dall'attore sia meritevole di accoglimento.

Ed invero, esaminando la struttura dei contratti swap, è possibile osservare come la componente causale, intesa quale ragione socio economica che sottende il negozio, è ravvisabile nell'assunzione di un rischio (di un'alea) a fronte di un corrispettivo, al pari di una scommessa.

Tale concezione del contratto swap, quale "scommessa", evidentemente legalizzata, è peraltro corroborata dalla mancata applicazione dell'art. 1933 cod. civ..

Da ciò ne deriva che, ai fini della liceità della scommessa in atto, l'alea debba essere razionale, e come tale, calcolabile.

Tutti gli elementi dell'alea, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti, sia favorevoli che non, costituiscono e integrano, per ciò, la causa del contratto derivato e, quindi, tutte le informazioni che attengono alla determinabilità del rischio, ossia dell'alea, ivi inclusa l'asimmetria iniziale tra prestazioni, id est il "prezzo" iniziale e potenziale dello swap (c.d. Mtm), devono necessariamente essere, ex ante, ben definiti e conosciuti con certezza dal cliente, anche al fine di pervenire all'esternalizzazione di un consenso informato (Corte d'App. Bologna 11/09/2014, n. 734).

Secondo il condivisibile orientamento delle citate Corti di merito, dunque, la causa tipica del contratto è proprio l'alea razionale, ergo apprezzabile in termini numerici, alla stregua di tutti gli altri elementi che concorrono a determinare le voci di costo sottese o connesse all'operazione finanziaria, indipendentemente, peraltro, dallo scopo speculativo o di copertura del

pagina 12 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 161554 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serialif: 11161d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

contratto stesso (Corte d'App. Bologna 11/09/2014, n. 734, Corte d'App. Milano, 11 novembre 2015, n. 4303 e App. Milano 18/09/2013).

L'obbligo di dettagliare le componenti che costituiscono il disallineamento iniziale tra prestazioni, o più in generale, la necessità di indicare le voci che definiscono l'alea negoziale, ivi incluso il Mtm, risulta ancora più stringente nel caso in cui il cliente sia un Ente locale, soggetto, come detto, ai limiti di spese ed ai vincoli funzionali di cui d.m. 389/2003, art. 41 L. 448/2001, e D. Lgs. 267/2000-TUEL.

In ragione dei predetti limiti di spesa e stante la cogenza delle norme che consentono agli Enti locali di ricorrere a tali schemi negoziali, è evidente come la mancata definizione dell'alea insita nel contratto swap, produca una deviazione dalla causa concreta e dallo scopo del negozio stesso.

Il comportamento precauzionale che si pretende in capo agli intermediari finanziari nella contrattazione con gli Enti locali, da concretizzarsi nella puntuale indicazione degli elementi aleatori degli swaps, emerge con tutta evidenza da quanto enunciato, al riguardo, dalla Corte Costituzionale, la quale si è così pronunciata : “ Questa Corte – sia pure con riguardo a fattispecie diversa – ha avuto modo di affermare (sentenza n. 52 del 2010) che l'art. 62 dell'evocato decreto-legge ha, tra l'altro, la finalità di garantire che le modalità di accesso ai contratti derivati da parte delle Regioni e degli enti locali siano accompagnate da cautele in grado di prevenire l'accollo da parte degli enti pubblici di oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione.

Ciò in considerazione della natura di questa tipologia di contratti, aventi caratteristiche fortemente aleatorie, tanto più per le finanze di un'amministrazione pubblica.” (sent. n. 70/2012).

Nella fattispecie in commento, il difetto di indicazione del Mtm, ovvero, l'omessa indicazione delle modalità di calcolo dello stesso, è stata, peraltro,

pagina 13 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161954 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111a1d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

rilevata dal CTU, il quale, sul punto (v. pag. 15 relazione di c.t.u. in atti) ha affermato che : “Una seconda questione è se il valore iniziale del derivato (MTM) diverso da zero sia stato precisamente comunicato al cliente e se, nel caso in cui non lo sia stato, ciò sia rilevante. **Per quanto consta, la banca non ha effettuato tale comunicazione.**”

E, a tal proposito, va pure evidenziato come il CTU, sia pure in via di subordine e, comunque, in alternativa, nel rassegnare le proprie conclusioni, abbia pure dato conto di questo ulteriore profilo interpretativo nei seguenti termini: “ Se tuttavia si ritenesse fondata la tesi che nel momento della stipula fosse necessario, già a quell’epoca, illustrare dettagliatamente le componenti di costo incluse nel disallineamento delle prestazioni, in relazione ai singoli rischi o margini lordi, o si dovesse ritenere che fosse già necessario, all’epoca della stipula, per esigenze di trasparenza, dettagliare i cosiddetti scenari probabilistici, o se si ritenesse più semplicemente, che il disallineamento dovesse essere esplicitamente indicato in contratto, **allora certamente questi contratti derivati non sarebbero conformi** ” (v. conclusioni CTU p. 22).

Alla stregua di quanto sopra affermato, devono per ciò disattendersi le argomentazioni svolte dalla convenuta circa l’inoperatività degli obblighi informativi in questione, atteso che la rilevata invalidità/inefficacia originaria del contratto swap 2006 per un vizio attinente la causa del contratto supera la questione dell’applicabilità “sopravvenuta” o “retroattiva” della direttiva comunitaria e di tutta la normativa novativa intervenuta dal 2007 in avanti.

Le statuizioni che precedono, ovviamente, assorbono e rendono superflua qualsiasi delibazione in merito alle ulteriori questioni poste dalle parti (applicabilità o meno della normativa post Mifid 2007; inefficacia successiva dei contratti anteriormente conclusi; qualità di “operatore qualificato” del Comune; nullità per vizio di forma dei contratti-quadro, per mancanza di previsioni di rinegoziazione e per la qualifica di cliente al dettaglio/retail).

pagina 14 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161654 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111918





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

Su quest'ultimo punto, appare però opportuno osservare come la qualifica del Comune attore in termini di "cliente al dettaglio" costituisca un dato processuale provato documentalmente (v. doc. 16 attrice) e, comunque, pacifico in quanto non contestato dalla convenuta Banca [REDACTED] (v. comparsa di cost. e risp. p. 34 e ss.).

Pertanto, alla luce delle argomentazioni che precedono, deve dichiararsi la nullità dei contratti inter IRS inter partes e, segnatamente, di quello in via di rinegoziazione dell'anno 2006, e, per l'effetto, la convenuta, a norma dell'art. 2033 c.c., deve essere condannata alla restituzione in favore dell'attore di tutte le somme, via via, corrisposte, da quantificarsi in complessivi € [REDACTED],50, oltre interessi di legge dalla corresponsione di dette somme al saldo.

A quest'ultimo riguardo, deve ritenersi conclamata la mala fede del contraente convenuto inadempiente ai predetti obblighi informativi.

Dalle somme sopra indicate vanno, ovviamente, detratti i flussi finanziari percepiti dall'attore in esecuzione del contratto, così come richiesto dalla convenuta in via subordinata.

Le statuizioni che precedono impongono, altresì, la reiezione delle domande proposte dalla convenuta in via riconvenzionale principale e quella ex art. 96 c.p.c.

Va, invece, rigettata la domanda attrice di risarcimento del danno, in difetto di allegazioni e di elementi di valutazione comprovanti, in modo specifico e puntuale, l'esistenza e l'entità del lamentato pregiudizio.

Infine, le spese di lite seguono la soccombenza e, quindi, come da dispositivo, vanno liquidate a carico della convenuta.

**P.Q.M.**

pagina 15 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Enesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161654 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Enesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111a1d





Sentenza n. 2042/2018 pubbl. il 03/07/2018  
RG n. 20071/2014

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

**DICHIARA**

la nullità dei contratti di *Interest Rate Swap* oggetto di causa, stipulati dal Comune [redacted] e da [redacted] S.p.a., e per l'effetto,

**CONDANNA**

la convenuta al pagamento in favore dell'attore della complessiva somma di € [redacted],50, oltre agli interessi di legge dalla corresponsione delle predette somme al saldo, detratti i flussi finanziari percepiti dall'attore in esecuzione del contratto.

**RIGETTA**

la domanda attrice di risarcimento del danno, nonché quelle proposte dalla convenuta in via riconvenzionale principale e a norma dell'art. 96 c.p.c.

**CONDANNA**

la convenuta Banca [redacted] S.p.a. al rimborso in favore dell'attore delle spese di lite liquidate in € [redacted],00 per spese e € [redacted],00 per compenso di avvocato, oltre accessori se e come dovuti per legge, ponendo definitivamente a carico della convenuta le spese relative all'espletata c.t.u.

Bologna, 2 luglio 2018

Il Giudice  
dott. Giovanni Salina

pagina 16 di 16

Firmato Da: SALINA GIOVANNI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 161854 - Firmato Da: MAZZONE EMILIO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 111ald

