



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI SIENA**

Il Tribunale di Siena, in funzione di giudice civile nella persona della Dott.ssa Giulia Capannoli pronunzia, ai sensi dell'art. 132 c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado iscritta al n. R. G.

tra

COMUNE DI SIENA (00050800523), rappresentato e difeso giusta procura allegata all'atto di citazione dagli Avv. Luca Zamagni, Giovanni Cedrini e Matteo Acciari ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura civica del Comune di Siena, Piazza Il Campo n. 1, Siena

PARTE ATTRICE

nei confronti di

(), rappresentata e difesa giusta procura allegata alla comparsa di costituzione e risposta dagli Avv. ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in

PARTE CONVENUTA

OGGETTO: Intermediazione mobiliare (fondi di invest., gestione risparmio, etc)

CONCLUSIONI:

COMUNE DI SIENA: *“Voglia l'Ecc.mo Tribunale, ogni contraria istanza disattesa e rigettata, in accoglimento di quanto esposto nella suestesa narrativa – previe le pronunce e declaratorie che riterrà del caso, ed occorrendo previo accertamento incidentale dell'invalidità dello Swap 2002 – 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 del contratto derivato Swap 2005, stipulato con la convenuta dall'Ente attore; 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 del contratto 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 del contratto oggetto di causa, pronunciandosi su tale domanda, nel denegato caso in cui l'Ill.mo Tribunale adito non ritenesse il contratto integralmente nullo, anche ex artt. 23 comma 2 TUF-1419 c.c.;

in via subordinata

2) accertare e dichiarare, anche nel denegato caso di rigetto della sola domanda di nullità integrale del contratto, e dunque anche 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 del contratto per cui è causa e, per l'effetto, dichiarare risolto ex artt. 1453 -1455 c.c. il contratto derivato Swap 2005, stipulato con la convenuta dall'Ente attore, e condannare

, in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dall'attore in ragione di tale contratto derivato 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 del contratto oggetto di causa;

in via ulteriormente subordinata

3) 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 del Comune di Siena in relazione al contratto derivato Swap 2005 e, per l'effetto, condannare , in persona del legale rappresentante pro tempore, a risarcire al Comune di Siena i danni correlati all'esecuzione del contratto medesimo , da liquidarsi in misura pari a tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dall'Ente in ragione dello stesso, o nella maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio (comunque da riconoscersi in importo non inferiore ai costi impliciti ed all'onere di estinzione dello Swap 2002, come rispettivamente quantificati nella perizia in atti sub doc. n. 18), 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; nonchè, accertare e dichiarare che l'attore non è obbligato a corrispondere alla convenuta alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza del contratto derivato oggetto di causa;

in extremo subordine

4) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, che i costi impliciti e l'onere di estinzione dello Swap 2002, come rispettivamente quantificati nella perizia in atti sub doc. n. 18 costituiscono un debito ripetibile al Comune di Siena ai sensi e per gli effetti degli artt. 2033 e/o 2041 c.c. e, per l'effetto, condannare

in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tali somme all'attore, 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 nella maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio.

in ogni caso,

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

: “Voglia l'Ill.mo Tribunale adito

contrariis reiectis:

- respingere le domande avanzate dall'Attore in quanto prescritte, infondate in fatto e in diritto e, in ogni caso, non provate;

- condannare il Comune di Siena alla rifusione delle spese, anche generali, dei diritti e degli onorari di giudizio, oltre a CPA ed IVA”.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato il Comune di Siena conveniva in giudizio domandando in via principale accertarsi la nullità del contratto derivato stipulato nel 2005 – ed in via incidentale di quello stipulato nel 2002 (i cui oneri di estinzione erano stati corrisposti dal Comune di Siena alla banca all'atto dell'accensione del successivo swap), con conseguente condanna della convenuta alla restituzione delle somme versate in esecuzione dello Swap 2005 oltre interessi come per legge. In via subordinata chiedeva dichiarare la risoluzione dello Swap 2005 per grave inadempimento contrattuale della convenuta o per responsabilità precontrattuale, con conseguente condanna al risarcimento del danno e, in ipotesi ulteriormente subordinata, domandava accertare che i costi impliciti e l'onere di estinzione dello Swap 2002 erano ripetibili ai sensi degli artt. 2033 e/o 2041 c.c..

A fondamento delle domande il Comune sosteneva l'inefficacia della dichiarazione di operatore qualificato del Comune ex art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998 ed eccepiva

l'invalidità delle operazioni, effettuata mediante la consulenza resa dal [redacted] per violazione: a) degli artt. 23, 30 e 32 T.U.F.; b) della normativa settoriale in materia di operatività degli Enti territoriali in contratti derivati; c) degli artt. 1322 e 1325 c.c., per difetto di meritevolezza, causa astratta e concreta dei negozi impugnati, nonché, ex art. 1346 c.c., per attribuzione alla banca del potere di determinare unilateralmente ed arbitrariamente l'oggetto del contratto, in forza della mancata indicazione del MTM, del suo metodo di calcolo e degli scenari probabilistici ed in ragione della mancata prospettazione al cliente dell'esistenza di rilevanti costi impliciti; d) degli artt. 23 T.U.F. e 30 Reg. Consob n. 11522/1998, per mancanza della previa pattuizione in forma scritta di eventuali, future rinegoziazioni dei contratti.

Si costituiva parte convenuta contestando le avverse eccezioni e deduzioni ed eccependo l'intervenuta prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme, indicando quale *dies a quo* del termine di prescrizione quello della conclusione del contratto IRS del 2005 ed essendo l'atto di citazione stato notificato il 1.10.2021.

Istruita mediante CTU, le parti precisavano le conclusioni come in epigrafe all'udienza sostituita dallo scambio di note ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c. con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. decorrenti dalla comunicazione dell'ordinanza, avvenuta il 12.10.2023.

1. Sulla domanda di nullità dei contratti

Il Comune di Siena chiede accertarsi la nullità del contratto IRS stipulato nel 2005 (ed in via incidentale di quello stipulato nel 2002) per: a) violazione degli artt. 23 TUF – 30 Reg. Consob n. 11522/1998; b) violazione degli artt. 30 – 32 TUF ; c) assenza dell'accordo e/o per il carattere *ultra vires* delle deliberazioni del Comune, stante i vizi gravanti il processo formativo della volontà dell'Ente che hanno fatto sì che lo stesso non deliberasse la stipulazione del contratto per cui è causa tramite il Consiglio comunale e che, altresì, ponesse in essere un'operazione costitutiva di indebitamento al di fuori dei limiti consentiti dall'art. 119 comma 6 Cost. e dal TUEL.; d) mancanza della previa pattuizione in forma scritta di eventuali future rinegoziazioni dei contratti ex art. 30 Reg. Consob di dettaglio rispetto all'art. 23 TUF; e) violazione degli artt. 1346, 1418 co. 2 c.c. per vizio dell'oggetto del contratto ed attribuzione alla banca del potere di determinare unilateralmente ed arbitrariamente l'oggetto del contratto; f) violazione degli artt. 1325 n. 2, 1418 co. 2 c.c. per difetto di causa astratta e concreta del contratto derivato ovvero per sua immeritevolezza ex artt. 1322, 1418 c.c., con particolare riferimento alla mancata condivisione tra le parti del MTM, dei costi e degli scenari probabilistici dell'operazione swap alla data di stipula, sia per deviazione dagli obiettivi (copertura ed ammortamento del debito) previsti ex artt. 119 co. 6 Cost., 41 L. 448/2001 e 3 Decreto MEF n. 389/2003; g) violazione dell'art. 1418 c.c. per conflitto dell'IRS con norme imperative inerenti al contenuto dei contratti derivati degli

Enti locali ex artt. 41 L. n. 448/2001, Decreto MEF n. 389/2003 e Circolare MEF del 27/05/2004.

È necessario premettere in fatto che la presente controversia trae origine dalla stipula di due contratti IRS OTC conclusi, come sopra anticipato, nel 2002 e nel 2005.

Segnatamente, secondo parte attrice la conclusione dei contratti è stata preceduta da attività di consulenza svolta sul debito del Comune da parte della odierna convenuta e della collegata (cfr. doc. n. 5). A seguito di detta attività di consulenza il 19.6.2002 venne stipulato il primo contratto derivato per la copertura del rischio di tasso detenuto dal Comune su un Buono Obbligazionario Comunale (“BOC Citta di Siena TV 2002-2022”) di nuova emissione.

Rispetto a tale contratto il Comune eccepisce la nullità perché la stipula fu autorizzata con delibera della Giunta Comunale e non, come previsto in materia, dal Consiglio Comunale, e senza accordo sugli elementi essenziali del contratto, quali MTM, reale misura dei costi e scenari di probabilità.

Nel 2005 il Comune compiva altra operazione di ristrutturazione del proprio debito relativo a due prestiti obbligazionari e due mutui, provvedendo a nuova emissione obbligazionaria finalizzata al rifinanziamento dell’indebitamento esistente. Uno dei BOC oggetto di anticipata estinzione era quello legato allo Swap del 2002 e il Consiglio comunale conferiva mandato agli organi esecutivi dell’Ente per la contrazione di un contratto di interest rate swap per la copertura completa del rischio di tasso sul nuovo prestito in via di emissione.

La Giunta comunale procedeva così con deliberazione n. 508 del 21/12/2005 e dava mandato per la stipula, il 29.12.2005, di altro IRS, oggetto del presente giudizio, e dichiarava di rientrare nella categoria degli operatori qualificati di cui all’art. 31, comma 2, Reg. Consob 11522/18.

Rispetto a tali circostanze la convenuta ha eccepito di non aver svolto alcuna attività di consulenza rilevando che la è soggetto autonomo e distinto.

Ha, inoltre, sostenuto la qualità di operatore qualificato del Comune, come da dichiarazione dallo stesso rilasciata, ed in considerazione del dato testuale dell’art. 31 Reg. Consob 11522/98 secondo cui: *“Per operatori qualificati si intendono ... gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati ...”* avendo il Comune, prima delle due operazioni contestate, emesso prestiti obbligazionari.

Quanto al primo aspetto, i derivati oggetto della presente controversia sono “fuori mercato” (OTC *“over the counter”*) e pertanto devono attagliarsi nel miglior modo possibile alle specifiche esigenze del singolo cliente (*“tailor made”*); ciò determina una necessaria

assistenza della banca integrante prestazione di servizi consulenziali, come indicato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 8770/2020 (secondo cui in tali tipi di contratti *“l'intermediario finanziario è un mandatario dell'investitore tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito”*).

In particolare, la pronuncia in esame ha statuito che *“L'interest rate swap” è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono: a) è “over the counter”, vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente. Elementi essenziali di tale derivato sono la data di stipulazione, quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (cd. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili”*.

Quanto alla natura, in capo al Comune di Siena, di operatore qualificato “di diritto” ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob 11522/98, la convenuta erra nel ritenere l'Ente *“emittente di strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati”* in quanto dai regolamenti delle emissioni obbligazionarie allegati dalla convenuta (docc. 3 e 8) non risulta alcuna quotazione delle obbligazioni sui mercati regolamentati.

Quanto alla dichiarazione resa dallo stesso Comune, la circostanza che lo stesso si sia avvalso della consulenza di un terzo advisor denota l'insussistenza della necessaria contemporanea presenza di conoscenza ed esperienza. Diversamente, ove il Comune al suo interno fosse stato effettivamente dotato di professionalità specificamente qualificate in quel settore non avrebbe fatto ricorso ad un terzo.

Negata, così, il capo al Comune di Siena la qualità di “operatore qualificato”, i contratti oggetto del presente giudizio devono essere dichiarati nulli almeno sotto due profili evidenti. Il primo attiene alla stipula, che fu autorizzata con delibere della Giunta Comunale e non dal Consiglio Comunale, come previsto a pena di nullità dalle Sezioni Unite n. 8770/20 che hanno enunciato il seguente principio di diritto: *“L'autorizzazione alla conclusione di un contratto di “swap” da parte dei Comuni italiani, in particolare se del tipo con finanziamento “upfront”, ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, di competenza della*

giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico; in particolare, tale autorizzazione compete al Consiglio comunale ove l'IRS" negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, con la ricomprensione dei costi occulti che gravano sul rapporto".

Nella fattispecie concreta per il contratto del 2002 la Delibera n. 130/2002 ha statuito:

10. di dare mandato agli organi gestionali di eseguire una o più operazioni di swap, nei limiti di necessità ed opportunità, con l'obiettivo di contenere il rischio di oscillazione del tasso di interesse del presente prestito;

La Delibera n. 242/2005 ha statuito:

10. di prevedere altresì la contrazione di un contratto di *interest rate swap* accessorio alle precedente emissione per la completa copertura del rischio di tasso;

Risulta, pertanto, dalla documentazione in atti che i contratti IRS non sono stati autorizzati con delibera del Consiglio comunale ma della Giunta, con conseguente nullità degli stessi.

A fronte della pronuncia delle Sezioni Unite il rilievo mosso dalla convenuta, secondo cui sarebbe impossibile pretendere che una delibera consiliare precisasse MTM, costi e scenari probabilistici dell'operazione in quanto elementi determinabili solo al momento della conclusione delle operazioni dipendendo da variabili di mercato, le Sezioni Unite hanno precisato che, *"a favore della scelta consiliare, oltre che le condizioni sostanziali di tale 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 dal 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 connaturata alla natura aleatoria del negozio".*

E ciò senza considerare che le delibere del Consiglio comunale in esame sono prive di ogni informazione sugli elementi essenziali del contratto, sulla controparte e sulla tipologia di operazione di copertura da sottoscrivere.

Altro profilo di nullità attiene alla mancata pattuizione del MTM, dei costi e degli scenari probabilistici delle operazioni swap alla data di stipula.

In generale si osserva che i contratti derivati sono contratti atipici che trovano il loro regolamento solo negli accordi delle parti, ferma restando l'applicabilità della disciplina generale del contratto.

Lo swap è il contratto mediante il quale due parti si accordano per scambiarsi, in base a regole e formule prestabilite, dei flussi finanziari futuri il cui ammontare è determinato in

relazione ad un valore sottostante: al termine, il contratto verrà normalmente eseguito mediante il pagamento del differenziale. In base al tipo di parametro o variabile di mercato preso in considerazione per determinare la natura dei flussi di cassa, che genera differenti combinazioni di contratti, si possono distinguere: swap su valute (currency swap), swap su merci (commodity swap); swap sul rischio di credito e swap su tassi di interesse, la tipologia più comune degli Interest Rate Swap (IRS). In quest'ultimo caso le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare (detto capitale "nozionale", che non è oggetto di scambio tra le parti), per tutta la durata del contratto; quindi con tale contratto, le parti si impegnano a versare e a riscuotere a date prestabilite importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi.

In particolare, Il Mark to Market esprime (MTM), in un determinato momento, il valore del contratto in base alla previsione degli andamenti futuri dei flussi finanziari; corrisponde quindi al prezzo di mercato teorico che un terzo sarebbe disposto a sostenere per subentrare nel contratto.

Il Mark to Market, quale sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione, presuppone il richiamo al tasso di interesse di riferimento, ma necessita altresì di essere sviluppato attraverso un conteggio che, mediante il ricorso a differenti formule matematiche, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo del MTM.

Precisato, quindi, che per definizione il Mark to Market non può essere pattuito in modo determinato, 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, perché possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è comunque necessario che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente.

Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche di attualizzazione differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra di loro.

Se, pertanto, per la determinazione del MTM si pretendesse di fare richiamo alle sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza indicare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo

stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato.

In difetto, quindi, di esplicitazione del criterio di calcolo del MTM, il valore negativo attribuito dalla banca risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto.

Ciò premesso, si è già detto che le caratteristiche dell'IRS individuate dalle SU n. 8770/20 sono: "a) è "over the counter", vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente. Elementi essenziali di tale derivato sono la data di stipulazione, quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (cd. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili".

La causa dell'IRS "per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata" (SU 8770/20).

Ancora, la medesima pronuncia ha statuito: "In tema di "interest rate swap", occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "mark to market", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo".

Vi è da dire che l'orientamento sopra espresso è stato poi confermato dalle successive pronunce a sezioni semplici della Suprema Corte: si veda l'ordinanza n. 24654/22: "In tema

di "interest rate swap", occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "mark to market", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza d'appello, che aveva escluso che, nelle operazioni di derivati, l'occultamento nel contratto di costi occulti a svantaggio del cliente si ripercuotesse sulla validità del contratto)" (cfr. Cass. 32705/22 "In tema di "interest rate swap", la meritevolezza di tutela del contratto va apprezzata "ex ante", non già "ex post", non potendosi far dipendere la liceità del contratto dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore, né utilizzare il giudizio di meritevolezza a fini di un riequilibrio equitativo; ne consegue che, ai fini della validità del contratto ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura ("hedging") o speculativa, devono essere preventivamente conoscibili, 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", in assenza del quale la causa del negozio resta sostanzialmente indeterminabile").

Nella presente fattispecie dalle risultanze della CTU, cui il Giudice aderisce essendo frutto di rigorosi accertamenti tecnici ed esente da vizi logico-giuridici, è emerso che: per l'IRS 2002 "il valore del mark to market così stimato, alla data 19.06.2002, Modello Black/Logormal, è risultato pari all'importo di € - 384.548,81 negativo per il Comune di Siena: in assenza di up-front o di valore di un precedente derivato ricompreso nelle condizioni, questo corrisponde al costo del derivato (comprensivo di hedging costs e mark up)" (pag. 52 CTU).

Per l'IRS 2005 il CTU ha rilevato che "Il valore del mark to market così stimato, alla data 27.12.2005, Modello Black/Lognormal, risulta pari all'importo di € -1.082.156,26 € negativo per il Comune di Siena ... Il valore del mark to market così stimato, alla data 27.12.2005, Modello Bachelier/Normal, risulta pari all'importo di € -1.082.134,12 € negativo per il Comune di Siena. Anche alla data del 27.12.2005 la differenza tra i modelli Black/Bachelier risulta marginale (€ 22,14). La differenza tra i MTM (€ - 1.343.344,71 + € 1.082.156,26) determina un valore pari a € -261.188,45 nel caso di valutazione Black/Lognormal, (€ -1.343.344,71 + € 1.082.134,12) un valore pari a € -261.210,59 nel caso di valutazione Bachelier/Normal ... In merito al valore di estinzione di € 1.187.000,00

a favore della , indicato nell'ordine di estinzione dell'IRS 2002 in atti è precisato nello stesso documento che secondo gli accordi al riguardo intervenuti il predetto importo di € 1.187.000,000 sarà ricompreso nelle condizioni definitive della stipulanda operazione di IRS autorizzata con Delibera n° 508 assunta in data 21/12/2005 dalla Giunta di questo Ente.

Nell'Accordo quadro sottoscritto in data 18.06.2002 si legge all'art.8 comma 2: "la liquidazione del valore di mercato (cd. "mark-to-market") riferito alla durata residua. La Banca calcolerà tale valore di mercato sulla base della media aritmetica dei valori corrispondenti forniti da tre primari operatori del mercato degli strumenti finanziari derivati, in base a modelli matematici di uso comune nel mercato medesimo."

Di tale valore non risultano invero dettagli/elementi/ipotesi che supportino la comprensione della procedura per la quantificazione, che risulta diversa rispetto a valori in ipotesi Modelli Black/Lognormal e Bachelier/Normal ma anche a valori stimati con modelli volatilità FLAT" (pag. 55 - 57 CTU).

In risposta al sotto-quesito n. 2, volto all'accertamento della distribuzione tra le parti della probabilità che i flussi dei contratti derivati generassero nel complesso esborsi o incassi per l'una o l'altra parte e alla verifica se i contratti integrassero una copertura efficace del rischio il CTU ha osservato quanto segue: "la distribuzione di probabilità dei flussi generati dai derivati è un'informazione di indubbia utilità per la comprensione del funzionamento dei derivati stessi e consente una valutazione più completa della sola comunicazione del MTM. In particolare essa permette di valutare la rischiosità dello strumento finanziario ed è di supporto alla valutazione della sua efficacia in termini di copertura" (pag. 65 CTU).

In merito allo Swap 2002 il CTU ha accertato che c'era "una probabilità del 66,03% di ottenere un risultato negativo (con valore atteso di € -764.448) e una probabilità del 33,97% di ottenere un risultato positivo (con valore atteso di € 436.861)" (pag. 69 CTU) mentre per lo Swap 2005 c'era "una probabilità del 72,76% di ottenere un risultato negativo (con valore atteso di € - 3.576.022) e una probabilità del 27,24% di ottenere un risultato positivo (con valore atteso di € 4.518.752)" (pag. 72 CTU) e pertanto, "alla data della negoziazione, lo Swap 2002 non integrasse una copertura sufficientemente efficace del rischio di tasso di interesse per il Comune e che non vi fosse una rispondenza tra il contratto e gli obiettivi perseguiti dall'attore" (pag. 77 CTU) mentre l'IRS 2005 era adeguato ai fini di riduzione del rischio.

Accertata, pertanto, la nullità dell'IRS 2005 (e a monte di quello del 2002), merita accoglimento la domanda di ripetizione di indebito.

In proposito la convenuta ha tempestivamente eccepito l'intervenuta prescrizione della domanda di ripetizione individuando il *dies a quo* dalla conclusione del contratto.

Parte attrice ha contestato detta ricostruzione sostenendo che, se in linea generale la prescrizione decorre dalla data del singolo pagamento ripetibile, nel caso di specie il *dies a quo*, ai sensi dell'art. 2935 c.c., è differito al momento in cui il Comune ha avuto modo di avvedersi della causa della nullità, con l'impiego dell'ordinaria buona fede, e quindi a partire dagli esiti della perizia di parte.

L'eccezione di prescrizione formulata dalla banca con riferimento ai pagamenti effettuati dal Comune di Siena nei dieci anni anteriori alla notifica dell'atto di citazione è fondata e merita accoglimento.

In materia si richiama il seguente principio di diritto: *"In caso di nullità di un contratto per impossibilità giuridica originaria del suo oggetto, l'azione di ripetizione dell'indebito, esperibile in relazione all'avvenuto versamento del corrispettivo, deve essere esercitata entro dieci anni dalla data del pagamento, non ostando al decorso della prescrizione l'assenza di un giudicato in ordine alla nullità contrattuale"* (Cass. 7749 del 19/04/2016).

Deve, pertanto, dichiararsi prescritta la domanda restitutoria relativa ai pagamenti effettuati dal Comune di Siena antecedenti al 1.10.2011, essendo il primo atto interruttivo della prescrizione l'atto di citazione, notificato il 1.10.2021.

Occorre, pertanto, rimettere la causa sul ruolo al fine di accertare i flussi di scambio prodotti dal contratto del 2005 a partire dal 2.10.2011 e il saldo attuale.

Spese di lite e di CTU al definitivo.

P.Q.M.

il Tribunale, non definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe così provvede:
dichiara la nullità del contratto derivato Swap 2005 concluso tra Comune di Siena e

;

dispone la prosecuzione del giudizio come da separata ordinanza;
spese di lite alla sentenza definitiva.

Dispone, ai sensi del D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 art. 52, co. 5, che, in caso di riproduzione per la diffusione della presente decisione, le generalità e gli altri dati identificativi delle parti e dei soggetti menzionati siano omissi.

Così deciso in Siena, il 09/11/2023

Il Giudice
(Dott.ssa Giulia Capannoli)