



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI ROMA
SECONDA SEZIONE CIVILE
SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Composta dai Sigg.ri Magistrati

Dott. Presidente
Dott. Consigliere
Dott. Consigliere rel.

riunita in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

S E N T E Z A

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 7526 del registro generale degli affari contenziosi dell'anno 2017, passata in decisione all'udienza del 12 settembre 2023 e vertente tra

procura in atti – dall'Avv. _____, rappresentato e difeso – per

APPELLANTE

E

dall'Avv. _____ rappresentata e difesa – per procura in atti –

APPELLATA

FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA

§ 1 — La vicenda che ha dato origine alla lite è la seguente.

Il comune di _____ conveniva in giudizio

31.5.06 aveva emesso un prestito obbligazionario denominato "

esponendo che in data

Tasso Variabile 2006-2026, per un importo nominale di € 2.306.000,00 e scadenza 31.5.2026, allo scopo di risanare il proprio bilancio, ai sensi della legge 448/2001 – legge Finanziaria 2002 – e del regolamento ministeriale n. 389 del 1 dicembre 2003. in essa evocato. Contemporaneamente [REDACTED] aveva fatto stipulare al Comune tre contratti “derivati” n. 38429, n. 38443 e n. 38451 (denominati in prosieguo rispettivamente Swap di ammortamento, Collar 1 e Collar 2) e che in data 14 giugno 2006 il Comune aveva sottoscritto una delega irrevocabile di pagamento a favore della [REDACTED] collegata al contratto Swap.

Parte attrice formulava, quindi, le seguenti conclusioni: “1) *In via principale, dichiarare la nullità di tutti i contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, per difetto di causa in forza del combinato disposto degli artt. 1418 e 1325 c.c., data la pressoché totale assenza di alea nei confronti della Banca rispetto alla natura del contratto e stante la inutilità di strumenti c.d. “di copertura” a fronte di una superiore esposizione debitoria della attrice; nonché per violazione dell’art. 1322 c.c., in quanto l’autonomia contrattuale delle parti non può spingersi fino a realizzare contratti non diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico; nonché, per violazione dell’art. 117 n. 1 e n. 3 del d.lgs. 385/1993.* 2) *In subordine: a) dichiarare la revoca e/o l’annullamento, per i motivi di cui in premessa e per violazione del dettato dell’art. 1175 c.c., di tutti i derivati e della delegazione irrevocabile di pagamento, come meglio descritti nella premessa del presente atto, vista la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato degli artt. 1337, 1427 e 1439 c.c., nonché in violazione del combinato dell’art. 1176 c.c. e dell’art. 21 lett. a) del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58; b) dichiarare l’annullamento dei contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, il cui consenso è stato carpito illegittimamente ex artt. 1427 e 1428 c.c. .* 3) *In ogni caso, accertare e dichiarare che la convenuta Banca, nel corso dell’operatività contrattuale de qua, ha ripetutamente violato il combinato disposto degli artt. 1175, 1176, 1322, 1325, 1337, 1418, 1427, 1428 e 1439 c.c., nonché dell’art. 117 n. 1 e n. 3 del d.lgs. 385/1993.* 4) *In ogni caso: a) condannare la convenuta Banca a risarcire tutti i danni subiti dal Comune, con rimborso dell’importo di euro 157.756,00 (pari ai costi occulti cumulati) e di tutte le somme di denaro corrisposte dal Comune alla Convenuta per interessi legali dalla data dell’addebito (cioè dalla prima scadenza del contratto) e per poste ed interessi passivi maturati, attesa la natura illegittima e/o dolosa dell’operazione o, in subordine, dalla data della domanda, a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c..*

L’[REDACTED] si costituiva in giudizio rivendicando la legittimità del proprio operato e chiedendo il rigetto di tutte le domande attoree e , in via riconvenzionale, chiedeva la condanna del Comune [REDACTED] al pagamento della somma di € 37.352,08 oltre interessi, in relazione al contratto Collar 1, e in particolare con riferimento al periodo tra il 31.5.2013 e il 20.11.2013.

§ 1.1 — Il tribunale, espletata l’istruttoria necessaria anche a mezzo di CTU , ha: 1) rigettato le domande attoree; 2) accolto la domanda riconvenzionale e condannato il Comune [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] della somma di € 37.352,08 oltre interessi convenzionali ai sensi dell’art. 3 del contratto quadro per le operazioni finanziarie richiamato dal contratto Collar 1; 3) condannato parte attrice al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese di lite che liquida in € 13.430,00 per compensi ed € 450,00 per spese, oltre rimborso spese

violazione degli artt. 1337,1427,1439 c.c. e 21 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria - TUF). La valutazione della correttezza dell'adempimento della banca agli obblighi informativi su di essa gravanti non può prescindere dalla circostanza per cui era stata sottoscritta da parte del funzionario del Comune la dichiarazione di possedere i requisiti di operatore qualificato. L'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998 definisce operatore qualificato la persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante. Giova infatti sottolineare come, sul punto, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'investitore che intenda contestare la dichiarazione resa all'intermediario deve provare che i requisiti di professionalità non esistevano al momento della dichiarazione, che l'intermediario ne fosse consapevole, o che fosse in possesso di dati ed elementi oggettivi per fare una diversa valutazione sul profilo del cliente (Cass. n. 12138/ 2009). Nel caso in esame l'attore ha contestato la dichiarazione resa dal proprio funzionario, affermando che la banca era a conoscenza dell'obiettiva situazione del cliente desumibile, in particolare, dalle piccole dimensioni del Comune e dalla circostanza che le uniche attività svolte professionalmente dall'ente locale erano assimilabili a quelle tipiche dei comuni di piccole dimensioni. La dichiarazione di operatore qualificato però risulta emessa dal responsabile finanziario dell'ente, all'esito di un procedimento complesso, scaturito dalle delibere del Consiglio Comunale che avevano permesso la sottoscrizione dei contratti derivati, anche grazie al supporto dello "studio legale" al quale era stato affidato incarico di consulenza. In sintesi non vi erano per i [redacted] margini per sospettare e conseguentemente tenere un comportamento diverso da quello assunto ai fini della corretta individuazione del profilo del cliente Ente Locale. Il C.T.U. ha poi verificato l'entità e la natura dei costi del contratto, ed ha rilevato come non si trattasse di costi "occulti" incidenti sull'equilibrio contrattuale, bensì di costi "impliciti", di natura sia gestionale e amministrativa - considerato anche il necessario perseguimento del fine di lucro da parte dell'istituto di credito - che propriamente finanziaria, cioè dipendenti a loro volta dalle oscillazioni dei tassi di interesse. Tuttavia gli oneri finanziari, per loro natura non preventivabili, avrebbero potuto essere anche più rilevanti senza l'effetto calmierativo dei derivati. In ogni caso l'importo globale quantificato in € 157.756,00 è stato condivisibilmente ritenuto congruo rispetto all'ammontare dei debiti di € 5.057.708,40, in quanto incidente nella misura del 3,1%, e alla durata ventennale dei contratti. A tal proposito concorda con l'opinione del C.T.U. il quale ha rilevato che tali costi, essendo legati alla volatilità del mercato, condizione comaturale al tipo di operazione finanziaria richiesta, possono oscillare nel tempo ed ha ritenuto che sia difficile formulare ex ante una loro puntuale quantificazione. Ne consegue l'impossibilità di ottenere nei contratti "derivati" di questo tipo completa trasparenza e dettaglio sotto il profilo dei costi. Non emergono quindi elementi da cui desumere che vi sia stata una dolosa o colposa induzione in errore del Comune in ordine agli elementi essenziali dei contratti e quindi non sussistono gli estremi per ottenere l'annullamento degli stessi, né per ottenere il risarcimento degli asseriti danni subiti o la restituzione delle somme pagate. Per quanto sopra esposto le domande attoree si rivelano tutte infondate, mentre è accoglibile la domanda riconvenzionale formulata da parte convenuta per ottenere il pagamento della somma di € 37.352,08, relativa al periodo compreso tra il 31 maggio 2013 ed il 20 novembre 2013, in adempimento del contratto Collar 1 ancora in essere tra le parti, stante anche l'assenza di specifica contestazione sul punto da parte del Comune.]»

§ 2 — Ha proposto appello il Comune ██████████ contestando la sentenza di primo grado sotto vari profili e chiedendo: “*reformare per tutte le ragioni esposte in narrativa la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la nullità del Contratto Collar 1 per violazione di norme imperative, e, nella parte in cui ha rigettato la domanda di risoluzione e/o annullamento del contratto, nonché nella parte in cui ha escluso la sussistenza di una responsabilità pre contrattuale e/o contrattuale della Banca, disattendendo così anche la domanda risarcitoria formulata dal Comune di ██████████, nonché nella parte in cui ha di contro accolto la domanda formulata in via riconvenzionale dalla Banca per l'effetto, accogliere le conclusioni già formulate nel precedente grado di giudizio limitatamente alla parte di qui riproposta e non rinunciata: 1) In via principale, dichiarare la nullità del Contratto derivato Collar 1 per tutte le ragioni in premessa e per violazione dell'art. 1322 c.c., in quanto l'autonomia contrattuale delle parti non può spingersi fino a realizzare contratti non diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico essendo contrari a quanto disposto da norme imperative 2) In subordine: a) dichiarare la revoca (rectius: risoluzione) e/o l'annullamento, per i motivi di cui in premessa e per violazione del dettato dell'art. 1175 c.c., del derivato Collar 1 vista la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato degli artt. 1337, 1427 e 1439 c.c., nonché in violazione del combinato dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 21 lett. a) del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 ; b) dichiarare l'annullamento del Collar 1 ex artt. 1427 e 1428 c.c. ; 3) In ogni caso, accertare e dichiarare che la convenuta Banca, nel corso dell'operatività contrattuale de qua, ha ripetutamente violato il combinato disposto degli artt. 1175, 1176, 1322, 1325, 1337, 1418, 1427, 1428 e 1439 c.c., nonché dell'art. 117 n. 1 e n. 3 del d.lgs. 385/1993; 4) In ogni caso: a) condannare la convenuta Banca, in persona del legale p.t., 28 a risarcire tutti i danni subiti dal Comune a seguito della stipula del Collar 1, (allo stato stimabili nella somma di Euro 409.173,51 pagata a titolo di differenziali, oltre all'importo di Euro 157.756,00 pari ai costi occulti cumulati), e di tutte le somme di denaro corrisposte dal Comune alla Banca per interessi legali dalla data dell'addebito (cioè dalla prima scadenza del contratto) e per poste ed interessi passivi maturati, nella somma che verrà accertata in corso di causa, anche a seguito di rinnovazione della CTU tecnico contabile, attesa la natura illegittima e/o dolosa dell'operazione o, in subordine, dalla data della domanda, a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c.; 5) In ogni caso, con vittoria delle spese e competenze del doppio grado di giudizio, oltre IVA, CPA e spese generali e ripetizione di tutte le somme eventualmente corrisposte in forza della sentenza di primo grado”.*

Parte appellante, inoltre, ha chiesto ammettersi le istanze istruttorie formulate in primo grado nonché il rinnovo della CTU.

Ha resistito ██████████ eccependo preliminarmente l'inammissibilità ex art. 348 bis CPC del gravame, di cui ha chiesto il rigetto.

Alla prima udienza di comparizione la causa veniva rinviata per precisazione delle conclusioni al 15 marzo 2022.

Veniva, poi, respinta in data 5.3.21 l'istanza di anticipazione della trattazione, proposta dall'appellante in data 22.2.21.

Seguivano diversi rinvii d'ufficio (20.12.22; 19.12.23).

Parte appellata, con riguardo all'udienza del 20.12.22 depositava note di trattazione scritta, riportandosi alle proprie difese.

La causa veniva assegnata a questo relatore con provvedimento in data 15 febbraio 2023.

La trattazione della causa veniva anticipata al 12 dicembre 2023 per la decisione con memorie conclusionali anticipate.

In data 24 novembre 2023 la società appellata depositava memoria conclusionale anticipata, ribadendo le proprie posizioni difensive ed opponendosi ad una rinnovazione della CTU.

In data 27 novembre 2023 il Comune appellante depositava memoria conclusionale anticipata, richiamando i singoli motivi di appello – argomentando anche sulla base di giurisprudenza di merito nonché della giurisprudenza di legittimità su casi analoghi – e formulando le seguenti conclusioni: “

1) In via principale, dichiarare la nullità del Contratto derivato Collar 1, con conseguente restituzione di tutti gli importi pagati quantificabili sino alla data corrente in Euro 1.065.971,61 oltre ad interessi e rivalutazione, per tutte le ragioni in premessa e per violazione dell'art. 1322 c.c., in quanto l'autonomia contrattuale delle parti non può spingersi fino a realizzare contratti non diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico essendo contrari a quanto disposto da norme imperative, e per indeterminatezza dell'oggetto contrattuale a causa della mancata specificazione del Mark to Market, dei costi impliciti e degli scenari probabilistici; 2) In subordine: a) dichiarare la revoca (rectius: risoluzione) e/o l'annullamento, per i motivi di cui in premessa e per violazione del dettato dell'art. 1175 c.c., del derivato Collar 1 vista la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato degli artt. 1337, 1427 e 1439 c.c., nonché in violazione del combinato dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 21 lett. a) del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 ; b) dichiarare l'annullamento del Collar 1 ex artt. 1427 e 1428 c.c. ; 3) In ogni caso, accertare e dichiarare che la convenuta Banca, nel corso dell'operatività contrattuale de qua, ha ripetutamente violato il combinato disposto degli artt. 1175, 1176, 1322, 1325, 1337, 1418, 1427, 1428 e 1439 c.c., nonché dell'art. 117 n. 1 e n. 3 del d.lgs. 385/1993; 4) In ogni caso: a) condannare la convenuta Banca a risarcire tutti i danni subiti dal Comune a seguito della stipula del Collar 1, (allo stato stimabili nella somma di Euro 1.065.971,61 a titolo di differenziali, oltre all'importo di Euro 157.756,00 pari ai costi occulti cumulati) e a restituire tutte le somme di denaro corrisposte dal Comune alla Banca anche per interessi legali dalla data dell'addebito (cioè dalla prima scadenza del contratto) e per poste ed interessi passivi maturati, nella somma che verrà accertata in corso di causa, anche a seguito di rinnovazione della CTU tecnico contabile, attesa la natura illegittima e/o dolosa dell'operazione o, in subordine, dalla data della domanda, a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c.; 5) In ogni caso, con vittoria delle spese e competenze del doppio grado di giudizio, oltre IVA, CPA e spese generali e ripetizione di tutte le somme eventualmente corrisposte in forza della sentenza di primo grado 6) In via istruttoria si reiterano le istanze istruttorie formulate nel primo grado del giudizio e insiste per la rinnovazione della CTU”.

In data 9 dicembre 2023 il Comune appellante ha depositato note di trattazione scritta, ribadendo le conclusioni di cui alla memoria anticipata ed evidenziando che l'importo richiesto a titolo di differenziali (Euro 1.065.971,51) non era stato oggetto di contestazione da parte della banca appellata.

§ 2.1 — All'udienza indicata in epigrafe - sostituita dalla trattazione cartolare - le parti hanno precisato le conclusioni con le modalità sopra evidenziate e La Corte ha trattenuto la causa in decisione senza ulteriori termini perché già concessi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

§ 3 — L'appello, alla luce del suo tenore complessivo, è articolato in cinque motivi.

§ 3.1 — Col primo motivo - titolato “ *Erroneità e/o illiceità e/o mancata motivazione della sentenza nella parte in cui, riportandosi acriticamente alle contraddittorie ed erronee considerazioni rese sul punto dal CTU, ha escluso la nullità del derivato “Collar 1” per contrarietà a norme imperative, ivi comprese quelle specificamente destinate al Comune ed in generale agli enti locali, e/o “per assenza di una causa meritevole di perseguimento”* – lamenta la erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda di declaratoria di nullità del contratto per violazione dell’art. 3 (“Operazioni in strumenti derivati”), comma 2, d.m. 389 del 1 dicembre 2003 che, come dedotto in sentenza, elenca tassativamente le operazioni derivate consentite per le province, i comuni, le città metropolitane, le comunità montane e le comunità isolate, nonché i consorzi tra enti territoriali e le regioni, indicando come leciti – per quel che qui rileva – solo gli strumenti di Interest Rate Collar acquistati (art. 3 comma 2d).

A fondamento della doglianza espone l’appellante che nel caso in esame il valore delle opzioni floor vendute (le opzioni vendute) è significativamente superiore rispetto al valore delle opzioni cap acquistate, come attestato chiaramente dalla perizia redatta dal Consulente depositata nel primo grado del giudizio – come da schema che riproduce nell’atto – a dimostrazione che il valore complessivo delle opzioni floor vendute eccede di Euro 29.895,66 quello delle opzioni cap acquistate. In conclusione, dunque, la vendita del floor non è stata limitata a finanziare l’acquisto del cap ma è avvenuta, al contrario, per un valore eccedente, risultando così in un valore netto negativo del Collar 1. Con ogni evidenza, quindi, il Collar 1 è stato venduto dal Comune e non acquistato, in palese violazione della norma imperativa di cui all’art. 3, comma 2, del D.M. 389 del 1 dicembre 2003, così come chiarito dalla Circolare del 27 maggio 2004 disposta dal MEF, con conseguente nullità del contratto per cui è causa “*perché persegue interessi non ritenuti leciti e meritevoli di tutela dallo stesso legislatore*”.

Con il medesimo motivo di doglianza, poi, l’appellante si duole della erroneità della sentenza per aver escluso la nullità anche sotto altro profilo denunciato con riguardo all’oggetto del contratto, inizialmente non determinato né determinabile vista la mancata esplicitazione del MtM e dei meccanismi di pricing (Cass. 29 gennaio 2013, n. 2072), non contenente nemmeno la dovuta informativa sul diritto di recesso per offerta fuori sede (in palese violazione delle statuizioni imperative dell’art. 30 TUF).

Conclude l’appellante “*la sentenza sul punto debba essere riformata e dichiarata la nullità del Derivato Collar 1 con conseguente diritto del Comune di ripetere le somme corrisposte in forza di detto contratto, comprensive di interessi*”.

§ 3.2 — Col secondo motivo - titolato “ *Erroneità e/o illogicità della sentenza nella parte in cui, riportandosi alle conclusioni del consulente tecnico d’ufficio, ha concluso per la liceità dei costi occulti applicati dalla Banca ai derivati per cui causa, ancorché mai rappresentati al Comune*” – deducendo che l’esistenza di detti costi, e - più in generale - il carattere per nulla trasparente delle operazioni per cui è causa è stata addirittura accertata dal CTU che tuttavia, ne ha arbitrariamente sostenuto la legittimità.

Aggiunge l'appellante che il CTU aveva erroneamente formulato – in conclusione – un mero giudizio di congruità non cogliendo *“il reale problema, concernente il diverso tema delle concrete modalità di applicazione di detti costi, mai esplicitati dalla Banca che ha sfruttato a proprio vantaggio la netta asimmetria informativa tra i contraenti per concludere delle operazioni da cui traeva diretto vantaggio”* e che la presenza di costi alla stipula, ancorché comprensibile in via teorica, comprende un aspetto sostanziale mai preso in considerazione ossia la conoscenza dei predetti costi da parte del Cliente.

Dopo aver , poi, richiamato la natura del contratto di specie – “no par” – e la necessità del meccanismo di riequilibrio mediante “upfront” , parte appellante espone che la presenza nei contratti per cui è causa di costi impliciti alla stipula, pari cumulativamente a Euro 157.756,00, deve ritenersi quindi illecita giacché non ha consentito al Comune di valutare correttamente l'economicità delle operazioni di swap, con l'effetto che le decisioni conseguenti sono risultate inevitabilmente alterate.

Esponde, ancora, parte appellante *“ i “costi impliciti” citati, sono definiti costi “occulti”, in quanto inseriti nei termini di pagamento di ciascun contratto e mai resi noti al Comune all’atto della stipulazione. E questo ancorché detti costi, vista la natura OTC degli strumenti (non negoziati sui mercati regolamentati ma strutturati e venduti ad hoc per il Comune da parte della Banca controparte), non fossero calcolabili e individuabili dal cliente – nemmeno se qualificato – giacché detta valutazione è molto complessa e richiede l’applicazione di sofisticati metodi di pricing, basati sulla teoria del calcolo stocastico applicato alla finanza e dunque presuppongono: a. Competenze specifiche avanzate nel settore della matematica finanziaria; b. Accesso a una serie di dati non disponibili a un soggetto, quale il Comune , che non opera nel settore degli strumenti derivati; c. Una infrastruttura informatica che permetta di risolvere problemi di calcolo per i quali non sono disponibili soluzioni semplici.”*

Infine, allega parte appellante che i detti requisiti non sono sussistenti in capo al Comune che, *“viste le ingannevoli omissioni della Banca sul punto, non era in grado di conoscere 17 (in violazione, peraltro, degli artt. 21, 23 T.U.F., degli artt. 32, 36, 61, Regolamento Consob) i costi impliciti applicati su ciascuna operazione in derivati, quantificati in complessivi Euro 157.756,00. Con il comportamento descritto, la Banca ha quindi violato apertamente anche l’art. 26, comma 1, lett. f), Regolamento Consob 11522/1998, ai sensi del quale gli intermediari autorizzati operano al fine di “contenere i costi a carico degli investitori” e di ottenere da ogni servizio d’investimento “il miglior risultato possibile”, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall’investitore. Tale disposizione, quindi, imponeva alla Banca di individuare il “miglior risultato possibile” per il Comune, facendo sì che i costi a carico dello stesso fossero contenuti. Ebbene, l’applicazione di costi occulti alla stipula pari a Euro 157.756,00 è la prova evidente che la Banca non ha agito per servire al meglio l’interesse del Cliente, bensì il proprio”.*

Chiede, quindi, parte appellante che la sentenza impugnata venga riformata nella parte non cui ha escluso l'inadempimento della Banca e la presenza di costi occulti applicati ai contratti, conseguentemente rigettando la domanda risarcitoria formulata iusto iure dal omune.

§ 3.3 — Col terzo motivo – titolato *“ Omessa motivazione e/o erroneità e/o illogicità della sentenza nella parte in cui ha escluso la nullità del Contratto Collar 1 ex artt. 1346, 1418 co. 2, 1709 c.c. per difetto del difetto di accordo sul req. essenziale del compenso e /o la sua annullabilità per vizio del consenso determinato da dolo e/o per errore essenziale ex art, 1429 co. 1 e 2 c.c”* - il comune

appellante denuncia che, vista a mancata informativa sui costi occulti, con conseguente difetto di accordo su delle parti su requisiti essenziali del contratto (i.e. il prezzo), la sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui ha escluso che la banca avesse tratto in errore il Comune che “...non avrebbe pensato, in generale, di compiere alcuna operazione in derivati, in particolare, e a fortiori, non si sarebbe mai determinato a stipulare anche un solo contratto derivato, non conoscendone neppure l'esistenza e l'essenza”.

Conclude, quindi, parte appellante che il consenso prestato è solo ed esclusivamente frutto di una informativa volutamente e consapevolmente non rispondente a quanto statuito al riguardo dagli artt. 36 lett. d e 61 del Regolamento Consob 11522/1998) ed ingannevole da parte della Banca, senza di cui il Comune mai avrebbe concluso i contratti per cui è causa.

§3.4 – Con il quarto motivo – titolato “ *Erroneità e/o illiceità della sentenza nella parte in cui ha escluso la sussistenza di una responsabilità pre/contrattuale della banca in ragione della errata ed arbitraria qualificazione del Comune come operatore qualificato e conseguente diritto del Comune al risarcimento dei danni. Violazione, falsa ed errata applicazione delle regole di condotta imposte all'intermediario e della normativa in tema di trasparenza, conflitto di interessi*” – il Comune appellante denuncia la sentenza nella parte in cui ha respinto le lamentate violazioni di specifici obblighi informativi precontrattuali e contrattuali da parte della Banca con particolare riguardo alla figura dell’“operatore qualificato”, allegando che vi erano diversi indizi dai quali la banca poteva verificare la insussistenza in concreto di tale qualità.

Conclude l'appellante affermando che l'inadempimento – sotto il profilo informativo – della banca conduce inevitabilmente al risarcimento da determinarsi nella misura del valore monetario perduto nell'operazione.

A tale conclusione, poi, l'appellante aggiunge che ,anche a voler ammettere che il Comune possa essere ritenuto un “operatore qualificato”, considerato che era preciso obbligo della Banca comunicare preventivamente i rischi, i costi e il reale rapporto tra rischio/rendimento delle operazioni in questione, e che detto obbligo non è stato colpevolmente assolto, la sentenza sul punto appare erronea e dovrà essere riformata.

§3.5 – Da pag. 23 a pag. 26 del gravame, l'appellante riepiloga le proprie doglianze, evidenziando:

- 1) Che la sentenza viene impugnata nella parte in cui ha mancato di riscontrare in relazione al contratto Collar 1 profili di invalidità e/o contrarietà a norme imperative indicando le previsioni di cui all'art. 3 DM 389/03 e nell'art. 30 TUF vista la conclusione fuori sede del contratto, violazione che pure sarebbe stata oggetto di discussione tra le parti ma che il giudice di primo grado avrebbe ommesso di considerare, con conseguente nullità del detto contratto per contrarietà a norme imperative e diritto del comune a ripetere quanto versato in forza del contratto invalido;
- 2) Che viene censurata la sentenza nella parte in cui afferma che i costi occulti sostenuti dal Comune fossero legittimi, sebbene scientemente celati al comune, sentenza da riformare con conseguente accertamento della esistenza dei costi occulti applicati ai contratti senza informativa e conseguente violazione della banca delle norme di condotta sulla stessa gravanti e “accogliere le relative istanze formulate dal comune”;

- 3) Che la sentenza è errata anche nella parte in cui ha concluso per la classificazione del comune alla stregua di un “operatore qualificato”, da riformare sul punto con conseguente accertamento della responsabilità della banca per aver omesso di ottemperare agli obblighi comportamentali a suo carico previsti prima della stipula e nel corso del rapporto, con conseguente diritto del Comune al risarcimento dei costi occulti e di tutti i danni patiti e patendi a causa dei contratti per cui è causa, nella misura da accertarsi anche a seguito di rinnovazione della CTU non avendo il consulente nominato in primo grado risposto al quesito e quantificato le perdite subite dal Comune.
- 4) Che la sentenza è impugnata anche nella parte in cui si afferma la insussistenza di “dolosa o colposa induzione in errore del Comune in ordine agli elementi essenziali dei contratti” , nonostante l’accertata presenza di costi occulti e la scarsa trasparenza dell’operazione , con conseguente responsabilità della banca e chiede la riforma nella parte in cui ha escluso la sussistenza dei presupposti per l’annullamento dei contratti, per il risarcimento dei danni subiti , per la restituzione delle somme pagate.
- Segnatamente, conclude l’appellante affinché la sentenza impugnata venga modificata e si affermi la sussistenza di una responsabilità precontrattuale e/o contrattuale della banca, che ha dolosamente indotto il Comune all’investimento, con conseguente diritto del predetto Comune al risarcimento dei danni patiti e dunque la restituzione delle somme pagate a titolo di costi occulti (questi ultimi pari ad Euro 157.756,00) e di differenziali negativi del Collar 1;
- 5) Che la sentenza viene impugnata anche nella parte in cui ha accolto la domanda riconvenzionale della banca, condannando il Comune a pagare la somma di euro 37.352,08 oltre interessi convenzionali, nonché alle spese di lite e di CTU.
- Parte appellante invoca, quindi, il diritto a ripetere le somme “more tempore” versate in accoglimento della sentenza comprensive di interessi.

Quest’ultimo, dunque, integra il quinto motivo di gravame.

§ 4 — L’appello è fondato.

I motivi, tutti strettamente connessi tra loro, possono essere unitamente delibati, rilevando che l’appellante ha prestato – espressamente – acquiescenza alla sentenza con riguardo ai contratti SWAP ammortamento e Collar 2, devolvendo quindi alla Corte esclusivamente la delibazione – per tutte le questioni sopra riportate – sul contratto Collar 1.

Preme evidenziare, a questo punto, che la materia in esame è stata oggetto – successivamente alla sentenza di primo grado – di molteplici pronunce di legittimità, prima tra tutte la sentenza a sezioni unite n. 8770/20 che ha dettato i principi fondamentali, condivisi poi dalla giurisprudenza successiva. Primo tra questi principi è la necessità, a pena di nullità del contratto, di una delibera dell’ente comunale finalizzata alla conclusione del contratto, delibera che nel caso in esame è presente, depositata negli atti del giudizio e utilizzata dal Tribunale anche per l’affermazione della qualifica di “operatore qualificato” in capo al Comune medesimo.

In secondo luogo, proprio su quest’ultimo profilo ,non può che richiamarsi quanto anche di recente affermato dalla Corte di Cassazione con la pronuncia da ultimo n. 17158/23 che, a sua volta, richiama le sentenze più recenti (Cass., Sez. I, 6/12/2022, n. 35790; Cass., Sez. I, 10/08/2022, n. 24654; Cass., Sez. I, 22/06/2022, n. 20179) che «nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all’art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (applicabile “rationae temporis”)

con la quale si afferma che il soggetto stipulante dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitore l'onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario, con la conseguenza che in giudizio, sul piano probatorio, l'esistenza dell'autodichiarazione è sufficiente ad integrare una prova presuntiva semplice della qualità di investitore qualificato in capo alla persona giuridica, gravando su quest'ultima l'onere di allegare e provare specifiche circostanze dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse» (Cass., Sez. I, 4/04/2018, n. 8343).

La sentenza di primo grado appare del tutto conforme a questo orientamento consolidato, anche lì ove ha escluso che gli elementi allegati dal Comune fossero gravi, precisi e concordanti sì da indurre la banca ad approfondire questo profilo: segnatamente, ha indicato la piccola dimensione del Comune e l'assenza in bilancio di precedenti operazioni di tal genere, nonché di esperienza in tal senso anche da parte degli esponenti del Comune, circostanze ribadite in questa sede e che, però, non tengono conto che il Tribunale ha segnatamente motivato sul punto evidenziando come la detta dichiarazione di operatore qualificato era stata emessa dal "responsabile finanziario dell'ente", all'esito appunto di un procedimento complesso scaturito dalle delibere del Consiglio Comunale che avevano permesso la sottoscrizione dei contratti derivati anche sulla base di una consulenza/assistenza da parte di studio professionale qualificato, sicché non vi erano margini di sospetto per la banca.

La mera reiterazione, quindi, di tali asseriti indizi senza una contro-argomentazione specifica avverso il ragionamento del primo giudice rende il motivo anche inammissibile ex art. 342 CPC.

Nonostante, però, la presenza di un operatore qualificato, va verificato – alla luce delle doglianze formulate dall'appellante con riguardo, si ripete, al solo contratto "Collar 1" – se ed in quale misura rilevano, ai fini della validità e della efficacia del contratto, i c.d. costi impliciti (o occulti) che il CTU in primo grado, sulla base della consulenza di parte attrice, ha effettivamente individuato e verificato, evidenziando come sul punto il contratto non fosse trasparente e non rendesse possibile conoscere detti costi, giustificandoli (come pure ha fatto il Tribunale) con la necessità di compensare l'intermediario per la gestione e per le attività svolte.

Più volte il perito del Tribunale ha evidenziato che i contratti non sono molto trasparenti sui costi bancari (v. pag. 11) che vi sono commissioni, spese e margini economici per l'intermediario non indicati né determinabili sulla base del contratto, giustificandoli comunque come dei corrispettivi legittimi per la banca stessa (v. pag. 16).

Indica, poi, il CTU che sulla base della CTP ... (di parte originaria attrice oggi appellante), viene individuato l'importo complessivo di Euro 157.756,00 per costi bancari e finanziari "cumulati" per tutti e tre i contratti nonché l'importo di Euro 61.193,00 con riguardo al solo contratto Collar 1 mediante una stima dei costi dal 31.5.06 e fino alla scadenza del contratto (31.5.26).

Il CTU, su tali risultanze, ha però concluso che trattavasi, si ripete, di costi necessitati e irrilevanti, facendo richiamo ad una pronuncia di merito in tal senso (Trib. Verona 27.3.12).

La sentenza, sul punto, afferma che detti costi non incidevano sull'equilibrio contrattuale, essendo di natura gestionale ed amministrativa e non finanziaria e che, in ogni caso, risultavano congrui rispetto all'ammontare del debito, incidendo nella misura del 3,1%, ed alla durata ventennale dei contratti.

Ritiene, a questo punto, la Corte che la causa può essere decisa in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., la causa può essere

decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c. (cfr. Cass. n. 2909/2017; Cass. n. 2853/2017; Cass., S. U., n. 9936/2014; Cass. n. 12002/2014; Cass. n. 23621/2011).

Come si è sopra indicato, la sentenza di primo grado è stata pronunciata – anche su questo punto emarginato – prima dell'intervento delle Sezioni Unite n. 8770/20, che, si ripete, si sono pronunciate su più questioni in argomento, ivi compresa quella, appunto, dei c.d. costi impliciti.

Va, da subito, rilevato che detta questione si pone su un piano ben diverso rispetto agli obblighi informativi – sui quali evidentemente avrebbe rilievo sia la natura di operatore qualificato, sia la problematica del diritto di recesso per contratti conclusi fuori sede – così come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità.

Merita, in particolare, richiamare la recente sentenza n. 22014/23 - emessa in un procedimento ove era parte l'odierna appellata – che, richiamando quella a sezioni unite n. 8770/20 già citata, ha ribadito come elemento essenziale del contratto sia la conoscibilità "ex ante" del rischio nella tipologia di contratti come quello in esame, conoscibilità che deve estendersi anche alla misura dei costi seppur impliciti.

Le Sezioni Unite (v. pagg. 14, 20 e 24 della già citata sentenza n. 8770/20) hanno chiaramente affermato che l'esistenza di costi impliciti non percettibili e non verificabili al momento della stipula del contratto integrano uno "squilibrio iniziale", precisando che egualmente deve dirsi quanto a costi imputabili alla "remunerazione" dell'intermediario che sia, appunto, occultata e ribadendo "*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*" (pag. 24).

Dunque, la suddetta sentenza – alla quale si fa pieno richiamo condividendola – ha espressamente affermato che l'accordo contrattuale deve cadere (tenuto conto, per la peculiarità di questi contratti imposti, come alternativa, dal legislatore per una ristrutturazione del debito degli enti locali, del coinvolgimento di interessi pubblici e segnatamente della contabilità pubblica) sulla misura dell'alea, nella quale rientra anche la misura dei costi pur se impliciti.

Se, dunque, nell'alea sono compresi anche i costi impliciti – nel caso in esame pacificamente sussistenti – che, però, non hanno trovato indicazione né elementi di determinabilità al momento della conclusionale del contratto, quest'ultimo è viziato in origine in uno dei suoi elementi essenziali, non essendo, si ripete, dirimente né tanto meno sufficiente la natura di operatore qualificato dell'ente committente (v. Cass. n. 36595/22).

Tale considerazione, peraltro supera ogni questione relativa al c.d. "mark to market", atteso che dalla espletata CTU dinanzi al Tribunale emerge che l'operazione "Collar 1" non ha certamente avuto finalità speculativa né si è trasformata – nel corso del rapporto – in una operazione di tal genere. Peraltro, le Sezioni Unite sopra già richiamate hanno precisato che l'upfront è una forma di indebitamento per l'ente ma che per la tipologia di I.R.S. in esame, cioè contratti da enti pubblici

secondo il dettato normativo che indica gli strumenti alternativi per la ristrutturazione del debito, presuppongono proprio l'indebitamento.

Dunque, il contratto "Collar1" (l'unico di cui si discute in questa sede) deve essere dichiarato invalido per l'assenza di un elemento essenziale quale è l'oggetto del contratto stesso trattandosi di "nullità strutturale" (v. SU n. 8770/20), essendo irrilevante la natura di operatore qualificato dell'ente stipulante (Cass. n. 32705/22).

Tale considerazione ha, ovviamente, carattere assorbente ed esime il Collegio dal dover deliberare in ordine agli altri denunciati profili di nullità, di annullamento e di inadempimento prospettati dall'odierno appellante.

Occorre, a questo punto, individuare le conseguenze derivanti da detta nullità.

Nelle molteplici richieste – anche risarcitorie – formulate da parte appellante vi è quella di restituzione di quanto indebitamente pagato o da pagarsi in ragione dei c.d. costi impliciti; la richiesta, però, è trasmigrata dal primo grado nell'importo originario (di euro 157.756,00) indicato nella perizia di parte (e recepito negli atti difensivi) come sommatoria dei singoli importi per ciascuno dei tre contratti.

Orbene, tale indicazione, ovviamente, non può operare in questa sede per l'intero, atteso che l'appello ha per oggetto esclusivamente il contratto Collar 1 n. 38443, sicchè solo dei costi relativi a detto contratto deve occuparsi il Collegio, come eccepito da parte appellata che ha concordato nella indicazione già contenuta peraltro nella CTU espletata in primo grado.

Dunque, per il periodo che va dalla stipula del contratto (e fino alla sua scadenza) i costi – sostenuti e da sostenere – non conosciuti né conoscibili risultano pari ad Euro 61.193,00, con la conseguenza che detta somma deve essere riconosciuta in favore di parte appellante, unitamente agli interessi legali dalla domanda.

Per quanto attiene, invece, i differenziali o "esborsi" (come definiti da parte appellante a pag. 10 del gravame mediante un prospetto riepilogativo), questi vengono indicati in Euro 409.173,51, importo richiamato anche nelle conclusioni finali; dal prospetto emerge quale data finale dell'elaborato il 14 maggio 2016,

Data di Pagamento	Flussi periodico	Mandato di pagamento (M.)
30/11/2006	-€ 7.947,63	Quota M.2610, 2611, 2612, 2613, 2614 del 28/11/2006 di complessivi € 44.697,63
31/05/2007	-€ 5.619,21	Quota M.1002 del 25/5/2007 di € 42.369,21
30/11/2007	-€ 4.079,31	Quota M.2399 del 04/12/2007 di € 40.829,31
02/06/2008	-€ 2.144,90	M.1267 del 05/6/2008
01/12/2008	€ 7.706,01	Incassato con reversale numero 4042 del 31/12/2009
01/06/2009	€ 10.818,72	Compensato con la quota di € 36.760,00, integrato con Mandato 1096 del 24/06/2009
30/11/2009	-€ 26.048,08	Quota M.1897 del 30/11/2009 di € 62.798,08
31/05/2010	-€ 28.632,33	M.981 del 21/06/2010
30/11/2010	-€ 28.859,97	M.1803 del 01/12/2010
31/05/2011	-€ 25.531,26	M.1478 del 04/8/2011
30/11/2011	-€ 20.420,01	M.2185 del 01/12/2011
31/05/2012	-€ 20.431,73	M.956 del 29/05/2012
30/11/2012	-€ 29.293,69	M.1830 del 30/11/2012

31/05/2013	-€ 36.175,12	M.915 del 05/6/2013
30/11/2013	- € 37.532,08	M.442 e M.445 del 03/03/2014
31/05/2014	-€ 36.384,96	M.922 del 13/06/2014
30/11/2014	-€ 35.592,21	M.1818 del 31/10/2014
31/05/2015	-€ 38.110,37	M.384 del 10/3/2016
30/12/2015	-€ 44.895,38	M.754 del 14/5/2016
Totale -€ 409.173,51		

Pare ovvio che, venuta meno la validità del contratto, gli esborsi “differenziali” lamentati dal Comune appellante non trovano più alcuna giustificazione, con conseguente diritto alla restituzione ampiamente rivendicata dal Comune appellante in tutti i suoi scritti difensivi.

Ora, su tale importo calcolato nell’atto di gravame non vi è specifica contestazione da parte della banca appellata che, in realtà, si è sempre e solo difesa sulla validità del contratto, senza mai prendere – appunto – posizione in ordine alle somme pagate a titolo di differenziale.

L’importo, poi, è stato “aggiornato” dal Comune appellante già con la memoria conclusionale anticipata (e ribadito nelle note di trattazione cartolare) nella misura di Euro 1.065.97,61 a titolo di differenziali sulla base di una cedola al 31 maggio 2023 che, sebbene non prodotta, non è stata però oggetto di specifica contestazione a cura di parte appellata; ne consegue che tale importo è ormai acquisito al giudizio ex art. 115 CPC sì da doverne tener conto ai fini della pronuncia restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità del contratto intercorso tra le parti.

Superflua, a questo punto, risulta al CTU , atteso che la pista probatoria indicata da parte appellante non ha avuto alcuna contestazione specifica.

La declaratoria di nullità del contratto, inoltre, determina la necessaria riforma della sentenza di primo grado li ove ha accolto la domanda riconvenzionale della banca in ragione di rivendicazioni da questa formulate per il già precisato periodo temporale sulla base di un contratto valido che non è tale.

Di qui la reiezione della detta domanda riconvenzionale di [REDACTED]

Infine, parte appellante ha genericamente chiesto – in ragione della eventuale riforma della sentenza di primo grado – la restituzione delle somme eventualmente versate nelle more sulla base del titolo esecutivo di primo grado.

Invero, neanche con le note finali il Comune [REDACTED] ha offerto indicazioni precise circa l’importo pagato in ragione della sentenza di primo grado o la data in cui ciò è avvenuto, non essendo stato neppure depositato alcun documento da cui tutto ciò è evincibile.

La richiesta, dunque, non è solo generica ma anche priva di riscontro ai fini di una pronuncia nel senso richiesto, non essendo sufficiente , sul punto, il silenzio della banca sul punto.

Sulla sorte capitale sopra indicata (Euro 1.065.97,61 ed Euro 61.193,00) sono altresì dovuti gli interessi legali (vedi conclusioni della memoria finale anticipata) dalla data dell’addebito e fino al saldo.

§ 5 — Quanto alle spese del doppio grado, queste seguono la soccombenza e si liquidano secondo le tabelle vigenti, tenuto conto dei parametri medi e del valore della controversia, oltre IVA e CPA nonché rimborso per spese generali.

Eguale, le spese di CTU – espletata in primo grado – restano a carico della banca appellata.

Tabelle: 2022 (D.M. n. 147 del 13/08/2022)

Competenza: giudizi di cognizione innanzi al tribunale

Valore della causa: da € 1.000.001 a € 2.000.000

Fase di studio della controversia, valore medio: € 5.989,00

Fase introduttiva del giudizio, valore medio: € 3.951,00

Fase istruttoria e/o di trattazione, valore medio: € 17.594,00

Fase decisionale, valore medio: € 10.417,00

Compenso tabellare (valori medi) € 37.951,00

Tabelle: 2022 (D.M. n. 147 del 13/08/2022)

Competenza: corte d' appello

Valore della causa: da € 1.000.001 a € 2.000.000

Fase di studio della controversia, valore medio: € 7.418,00

Fase introduttiva del giudizio, valore medio: € 4.313,00

Fase istruttoria e/o di trattazione, valore medio: € 9.937,00

Fase decisionale, valore medio: € 12.333,00

Compenso tabellare (valori medi) € 34.001,00

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto contro la sentenza n. 13.544/17 del tribunale di Roma, ogni diversa istanza, deduzione o eccezione disattesa, così provvede:

1. Accoglie l'appello e, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara nullo il contratto "Collar 1" n. 38443 stipulato tra le parti in data 31 maggio 2006 e, per l'effetto, condanna [REDACTED] alla restituzione, in favore di parte appellante, della somma di Euro 1.065.97,61 a titolo di differenziali e di Euro 61.193,00 a titolo di costi occulti, oltre interessi legali dalla data dell'addebito fino al saldo;
2. Rigetta la domanda riconvenzionale originariamente svolta da [REDACTED];
3. Condanna [REDACTED] alla rifusione, in favore del Comune [REDACTED], delle spese del primo grado che si liquidano in Euro 37.951,00 nonché delle spese del secondo grado che si liquidano in Euro 34.001,00, oltre IVA e CPA nonché rimborso per spese generali;
4. Pone definitivamente a carico di [REDACTED] le spese di CTU, già liquidate in primo grado;

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 12 dicembre 2023

IL PRESIDENTE

Il consigliere estensore