



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Tribunale di Pesaro**

Sezione Civile

Il Tribunale di Pesaro, in persona della dott.ssa Maria Rosaria Pietropaolo, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale n. 151/2021, avente ad oggetto: Contratti bancari

promossa da

**PROVINCIA DI**

Determinazione n. 24/06/2021 dagli Avvocati Luca Zamagni (C.F. 4294V) e Giovanni Cedrini (C.F. 494C) del Foro di Rimini e Matteo Acciari (C.F. 401K) del Foro di Bologna, elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia di Pesaro (PU), Viale Gramsci n. 4;

PARTE ATTRICE

nei confronti di  
con sede legale in

P. IVA 0123456789 in persona del legale

pagina 1 di 53

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, giusta procura alle  
liti sub doc. 1, dall'Avvocato \_\_\_\_\_ (C.F. \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_) e dall'Avv. \_\_\_\_\_ (C.F. \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_);

PARTE CONVENUTA

### **CONCLUSIONI**

#### Per parte attrice

*"Voglia l'Ecc.mo Tribunale, ogni contraria istanza disattesa e rigettata, in  
accoglimento di quanto esposto nella suesesa narrativa – previe le  
pronunce e declaratorie che riterrà del caso – ed esperito il tentativo di  
conciliazione:*

*in via principale,*

*- accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si  
esporranno, la responsabilità di \_\_\_\_\_ per  
l'inadempimento degli obblighi discendenti dal contratto di consulenza  
dell'11/07/2002 stipulato con la Provincia di \_\_\_\_\_ in relazione  
alla gestione attiva del debito provinciale attuata dall'Ente con l'adozione  
dello Swap 2003 e dello Swap 2005, nonché che gli effetti negativi da  
questi prodotti sono inopponibili all'attrice e/o costituiscono un danno  
dipendente dall'inadempimento dei predetti obblighi consenziali e, per  
l'effetto, condannare \_\_\_\_\_, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni alla Provincia di  
\_\_\_\_\_ determinati negli esborsi subiti e subendi in ragione  
dell'esecuzione delle predette operazioni e nei relativi costi impliciti e/o  
nella loro mancata compensazione up front alla Provincia attrice, per un  
controvalore complessivamente allo stato pari, in base alla perizia  
finanziaria in atti, ad Euro 7.430.945,32 SE&O, o alla maggiore o minore  
somma che risulterà di giustizia, se del caso anche equitativamente  
determinata ai sensi dell'art. 1226 c.c., con maggiorazione per interessi  
legali e rivalutazione monetaria, e, al contempo, dichiarare inopponibile  
ed inefficace, occorrendo anche ai sensi dell'art. 1711 comma 1 c.c.,*

pagina 2 di 53

*l'addebito da parte di [ ] di ogni ulteriore somma in ragione dello Swap 2005, pari al MTM di tale contratto (che, ..., ammonta allo stato ad Euro 112.541,65 SE&O), importo in via alternativa da attribuirsi all'Ente quale danno risarcibile dalla cui corresponsione la Provincia [ ] va tenuta indenne; in alternativa, sempre in via principale,*

*- accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale di [ ] in relazione alla gestione attiva del debito provinciale attuata dall'Ente con l'adozione dello Swap 2003 e dello Swap 2005, e, per l'effetto, condannare [ ], in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni alla Provincia [ ] determinati negli esborsi subiti e subendi in ragione dell'esecuzione delle predette operazioni e nei relativi costi impliciti e/o nella loro mancata compensazione up front alla Provincia attrice, per un controvalore complessivamente allo stato pari, in base alla perizia finanziaria in atti, ad Euro 7.430.945,32 SE&O, o alla maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, se del caso anche equitativamente determinata ai sensi dell'art. 1226 c.c., con maggiorazione per interessi legali e rivalutazione monetaria, e, al contempo, dichiarare inopponibile ed inefficace, occorrendo anche ai sensi dell'art. 1711 comma 1 c.c., l'addebito da parte di [ ] di ogni ulteriore somma in ragione dello Swap 2005, pari al MTM di tale contratto (che, ..., ammonta allo stato ad Euro 112.541,65 SE&O), importo in via alternativa da attribuirsi all'Ente quale danno risarcibile dalla cui corresponsione la Provincia di [ ] va tenuta indenne; in via subordinata,*

*- accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la nullità dello Swap 2005 e, per l'effetto, condannare [ ], in persona del legale rappresentante pro tempore, alla*

restituzione di tutte le somme a qualsiasi titolo versate dalla Provincia di \_\_\_\_\_  
in esecuzione dello Swap 2005, pari allo stato, in base  
alla perizia finanziaria in atti, ad Euro 6.745.042,36 SE&O, e al rimborso  
di tutte le spese sostenute, 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; accertare e  
dichiarare, altresì, che la Provincia di \_\_\_\_\_ non è obbligata a  
corrispondere a \_\_\_\_\_ alcun importo presente o futuro, a  
qualsiasi titolo, in dipendenza dello Swap 2005, pari al MTM di tale  
contratto, quantificato .... allo stato in Euro 112.541,65 SE&O;  
in via ulteriormente subordinata,  
- accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si  
esporranno, il grave inadempimento degli obblighi di cui era dovuta  
l'osservanza da parte dell'intermediario finanziario nella negoziazione  
dello Swap 2005, e, per l'effetto, dichiarare risolto ex artt. 1453 -1455  
c.c. detto contratto derivato e condannare \_\_\_\_\_, in  
persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tutti  
gli esborsi sostenuti e sostenendi dalla Provincia di \_\_\_\_\_ in  
ragione dello Swap 2005, oltre a interessi legali da ciascun esborso sino  
al saldo effettivo, disponendoli dalla data della domanda nella misura di  
cui all'art. 1284 comma 4 c.c., o della maggiore o minore somma che  
risulterà di giustizia all'esito del giudizio; nonché, anche nel denegato  
caso di rigetto della domanda di risoluzione, accertare e dichiarare, per  
tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la  
responsabilità contrattuale di \_\_\_\_\_ nella negoziazione  
dello Swap 2005 e, per l'effetto, condannare \_\_\_\_\_, in  
persona del legale rappresentante pro tempore, a risarcire alla Provincia  
di Pes \_\_\_\_\_ i danni determinati negli esborsi subiti e subendi in  
ragione dell'esecuzione di tale contratto derivato per un controvalore  
allo stato pari, in base alla perizia finanziaria in atti, ad Euro

pagina 4 di 53

6.745.042,36 SE&O, o alla maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, se del caso anche equitativamente determinata ai sensi dell'art. 1226 c.c., con la maggiorazione per interessi legali e rivalutazione monetaria e al contempo dichiarare che la Provincia di non è obbligata a corrispondere a alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dello Swap 2005, pari al MTM di tale contratto, quantificato dalla perizia finanziaria in atti allo stato in Euro 112.541,65 SE&O; 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", anche del Regolamento di giurisdizione."

*In via istruttoria,*

*Per la non creduta ipotesi in cui l'Ill.mo Tribunale adito non ravvisasse la pronta decidibilità della causa a favore dell'attrice, la Provincia - senza che con ciò sia dato corso, nemmeno implicitamente, ad alcuna inversione degli oneri probatori incumbenti ex art. 23 comma 6 TUF sulla convenuta, nel senso già chiarito dalla Corte di Cassazione (cfr., ex multis, Cass. civ. Sez. I 09/02/2016 n. 2535, in "Danno e Responsabilità", 2016) - insiste, per doveroso scrupolo difensivo, affinché siano ammesse la prova testimoniale, la CTU tecnico contabile e l'ordine di esibizione dedotti nella propria memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c. (ivi, pagg. 7-12) e la prova contraria articolata in relazione ai docc. nn. 24 e 25 avversari al par. 3 della propria memoria ex art. 183 comma 6 n. 3 c.p.c. (ivi, pagg. 5 -7), con rigetto di ogni istanza istruttoria avanzata da parte convenuta per i motivi già espressi in atti e nelle udienze anche svolte ex art. 127 ter c.p.c. nell'odierno procedimento".*

**Per parte convenuta**

*"Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, contrariis rejectis:*

- *in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità delle domande della Provincia riguardanti il preteso inadempimento della Banca agli obblighi assunti ai sensi dell'Incarico, la pretesa responsabilità pre-contrattuale o extra-contrattuale della Banca nonché la pretesa responsabilità contrattuale della Banca ai sensi dello Swap 2005, perché prescritte;*
- *sempre in via preliminare, nella denegata o non creduta ipotesi in cui questo ill.mo Tribunale adito dovesse ritenere la legge italiana applicabile almeno in parte ai Contratti Derivati, rigettare le domande avversarie riguardanti la nullità dei Contratti Derivati per asserita violazione degli articoli 23, 30 e 32 TUF, perché parimenti prescritte e, in ogni caso, dichiarare l'intervenuta prescrizione sulle richieste restitutorie della Provincia, quale conseguenza della pretesa nullità dei Contratti Derivati;*
- *nel merito, rigettare tutte le domande della Provincia perché infondate in fatto ed in diritto, per le ragioni indicate in narrativa, ove necessario previa rimessione della questione pregiudiziale, per le ragioni esposte in narrativa, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE;*
- *in subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie, quantificare il danno asseritamente subito dalla Provincia secondo le modalità indicate nel presente atto e dichiarare che nessun risarcimento del danno è, in ogni caso, dovuto in virtù di quanto previsto dall'articolo 1227, del Codice Civile;*
- *in via riconvenzionale e condizionata, nella denegata e non creduta ipotesi in cui questo ill.mo Tribunale adito dovesse dichiarare la nullità dei Contratti Derivati, accertare la responsabilità da contatto sociale qualificato della Provincia, o alternativamente la responsabilità pre-contrattuale della Provincia ex articoli 1337 e 1338 del Codice Civile o, alternativamente, l'obbligo della Provincia di tenere la Banca indenne e manlevata da ogni conseguenza pregiudizievole derivante dall'esecuzione dell'Incarico. Per l'effetto, condannare la Provincia, in*

*persona del Presidente pro tempore, al risarcimento in favore di  
dei danni subiti e subendi da quantificarsi nella stessa somma per la  
quale questo spett.le Tribunale, in accoglimento delle domande proposte  
dalla Provincia, dovesse condannare la Banca in favore dell'attore ovvero  
nella diversa somma, maggiore o minore, che risulterà in corso di causa,  
da determinarsi ove necessario anche in via equitativa, incrementata  
degli interessi stabiliti ex lege dall'art. 1284 del Codice Civile e della  
rivalutazione monetaria dalla domanda giudiziale al saldo, provvedendo,  
al contempo e ove necessario, alla compensazione giudiziale delle  
reciproche ragioni di debito e credito IN OGNI CASO*

- *accertare e dichiarare che nulla è dovuto alla Provincia, per l'ipotesi di accoglimento delle domande proposte da controparte nei confronti di*
- *con vittoria di spese, diritti e onorari del giudizio".*

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Provincia di P  
I o ha evocato in giudizio la società , esponendo  
di aver stipulato con quest'ultima, in data 11.7.2002, quale investitore  
non qualificato in ambito finanziario (nell'accezione di cui all'art. 31,  
comma secondo, del Regolamento Consob n. 11522/1998 applicabile  
*ratione temporis*), un contratto di consulenza in materia di gestione  
attiva del debito provinciale, attuata, per quanto qui di interesse, con  
l'adozione dello *Swap* 2003 e dello *Swap* 2005. Sulla scorta di tale  
premessa, parte attrice ha dedotto l'illegittimo comportamento della  
convenuta in relazione alla normativa di riferimento del settore,  
domandando, in via principale ed alternativa tra loro, da un lato,  
l'accertamento dell'inadempimento di agli obblighi  
discendenti dal citato contratto di consulenza e, dall'altro,  
l'accertamento della responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale  
della convenuta, formulando conseguente richiesta di risarcimento dei  
danni subiti, rappresentati dagli esborsi derivanti dall'esecuzione delle

pagina 7 di 53

predette operazioni e dai relativi costi impliciti e/o dalla loro mancata compensazione *up front* alla Provincia, per un controvalore al tempo individuato, in base alla perizia finanziaria allegata, in € 6.682.376,79 (o nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, anche equitativamente determinata), oltre interessi e rivalutazione, al contempo domandando di dichiarare inopponibile ed inefficace, anche ai sensi dell'art. 1711, comma primo, c.c., l'addebito da parte della convenuta di ogni ulteriore somma di cui allo *Swap* del 2005, pari al MTM di tale contratto, al tempo pari ad € 1.891.392,77. In via subordinata, la Provincia ha chiesto dichiararsi la nullità dello *Swap* 2005, con conseguente condanna della Banca convenuta alla restituzione di tutte le somme a qualsiasi titolo versate in esecuzione del predetto titolo derivato, pari, sempre in base alla perizia finanziaria allegata, ad € 5.996.833,83, oltre al rimborso di tutte le spese sostenute, oltre interessi, con ulteriore richiesta di pronuncia volta ad accertare e dichiarare la mancanza di qualsiasi obbligo da parte della Provincia alla corresponsione di ulteriori somme in dipendenza dello *Swap* 2005, pari al MTM di tale contratto, quantificato al tempo in € 1.891.392,77. Da ultimo, in via ulteriormente subordinata, l'Ente provinciale ha chiesto di accertare e dichiarare il grave inadempimento di agli obblighi gravanti sull'intermediario finanziario nella negoziazione dello *Swap* 2005 e, per l'effetto, la risoluzione ex artt. 1453 - 1455 c.c. di tale contratto derivato, con conseguente condanna della Banca convenuta alla restituzione di tutti gli esborsi sostenuti in dipendenza del menzionato *Swap* 2005; inoltre, nel caso di rigetto della suesposta domanda di risoluzione, ha chiesto di accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale di

nella negoziazione dello *Swap* 2005, con conseguente condanna della convenuta al risarcimento dei danni determinati negli esborsi subiti e *subendi* in ragione dell'esecuzione di tale contratto derivato per un controvalore al tempo quantificato, in base alla perizia finanziaria in atti,

in € 5.996.833,83 (o nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, anche equitativamente determinata), oltre interessi e rivalutazione, con contestuale declaratoria che la Provincia non è tenuta a corrispondere alla convenuta alcun importo, presente o futuro, in dipendenza dello *Swap* 2005 pari al MTM di tale contratto, quantificato in € 1.891.392,77.

Si è costituita in giudizio la società \_\_\_\_\_ avanzando, in via pregiudiziale, richiesta di sospensione del giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., stante la contemporanea pendenza di altra controversia innanzi alla *High Court of Justice* di Londra, dalla cui definizione dipendeva la decisione del presente giudizio e che riguardava i medesimi rapporti contrattuali esistenti tra le parti. Inoltre, sempre in via pregiudiziale, la convenuta \_\_\_\_\_ ha chiesto dichiararsi il difetto di giurisdizione rispetto a tutte le domande avversarie, ritenendo che i contratti derivati *sub iudice* fossero regolati dall'Accordo ISDA e, come tali, soggetti alla giurisdizione esclusiva delle Corti inglesi. Quanto al merito, in via preliminare, la convenuta ha eccepito l'intervenuta prescrizione delle domande formulate dalla Provincia aventi ad oggetto la richiesta di accertamento di inadempimento della Banca agli obblighi assunti con il contratto di consulenza dell'11.7.2002, la responsabilità pre-contrattuale ed extracontrattuale della convenuta e la responsabilità contrattuale con riferimento allo *Swap* 2005; parimenti, sempre in via preliminare, per l'ipotesi in cui fosse stata ritenuta applicabile la legge italiana, almeno in parte, ai contratti derivati, la convenuta ha eccepito la prescrizione anche della domanda attorea di nullità dei contratti derivati e della correlativa richiesta restitutoria formulata dalla Provincia. Nel merito, la \_\_\_\_\_ ha domandato il rigetto di tutte le domande attoree perché infondate in fatto e in diritto, ove necessario previa remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 T.F.U.E.; in subordine, la convenuta ha chiesto la rideterminazione dei

danni lamentati da parte attrice, dichiarando in ogni caso che nulla era dovuto in virtù di quanto previsto dall'art. 1227 c.c. Da ultimo, in via riconvenzionale e condizionata, per l'ipotesi di accoglimento della domanda attorea di nullità dei contratti derivati, ha domandato l'accertamento della responsabilità da contatto sociale qualificato della Provincia o, alternativamente, la responsabilità pre-contrattuale della Provincia ex artt. 1337 e 1338 c.c. o, ancora alternativamente, l'obbligo della Provincia di tenere la Banca indenne e manlevata da ogni conseguenza pregiudizievole derivante dall'esecuzione dell'incarico di consulenza conferito, con ciò chiedendo la condanna della Provincia al risarcimento dei danni subiti e *subendi* da quantificarsi nella stessa somma per la quale il Tribunale, in accoglimento delle domande proposte dalla Provincia, dovesse condannare la Banca, provvedendo alla compensazione giudiziale delle reciproche ragioni di debito e credito. Con ordinanza del 25.11.2021 è stata rigettata la richiesta di sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione del giudizio promosso dinanzi alla *High Court of Justice*, per difetto del requisito della prevenzione temporale (ex art. 7 L. n. 218/95). Concessi i termini ex art. 183, comma sesto, c.p.c., la causa è stata istruita solo documentalmente.

In corso di causa, in data 27.9.2022, la Banca convenuta ha provveduto a notificare alla Provincia di Pes no ricorso per regolamento di giurisdizione ex art. 41, primo comma, c.p.c., con il quale veniva richiesto alla Suprema Corte di Cassazione l'accertamento del difetto di giurisdizione dell'intestato Tribunale sulle domande avanzate da parte attrice e la correlativa dichiarazione di competenza dei giudici inglesi a conoscere delle medesime domande e più in generale di tutte le questioni afferenti ai contratti derivati stipulati dalla Provincia di P o e io; conseguentemente, in data 29.9.2022, parte convenuta ha formulato istanza di sospensione dell'odierno giudizio ex art. 367, comma primo, c.p.c.

pagina 10 di 53

Instaurato il contraddittorio su detta istanza, con ordinanza del 22.12.2022 è stata disposta la sospensione del presente giudizio ai sensi e per gli effetti dell'art. 367, comma primo, c.p.c.

Con ordinanza n. 14939 emessa all'esito della camera di consiglio del 4.4.2023, pubblicata in data 29.5.2023 e comunicata alle parti in pari data, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno dichiarato la giurisdizione del giudice italiano, rimettendo al giudice del merito la liquidazione delle spese del regolamento di giurisdizione.

Venuta meno la causa di sospensione del presente giudizio, con comparsa ex artt. 367, comma secondo, c.p.c. e 125 disp. att. c.p.c., notificata ai procuratori costituiti di parte convenuta in data 13.6.2023 e depositata in pari data, la Provincia di Pes                      ino ha riassunto il giudizio, citando la Banca a comparire all'udienza del 23.10.2023, cui è seguita la rituale costituzione di                      mediante deposito di comparsa di costituzione in riassunzione.

All'esito dell'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio, svoltasi in modalità cartolare, ritenuta la superfluità dei mezzi istruttori e fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni, la causa è stata assunta in decisione, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito degli scritti conclusionali.

\*\*\*\*\*

Preliminarmente, va confermata l'ordinanza del 26.2.2024 con cui è stata fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni, posto che la causa risulta matura per la decisione sulla scorta delle allegazioni delle parti e della documentazione in atti.

\*\*\*\*\*

1- Sul rapporto contrattuale intercorso tra le parti

Prima di procedere alla valutazione delle domande proposte da parte attrice, è opportuna una breve ricostruzione in fatto dei rapporti intercorsi tra le parti.

La Provincia di Pesino, dopo aver autorizzato con deliberazione del Consiglio provinciale n. 33 del 5.3.2002 (doc. n. 3 fasc. att.), modificativa dell'art. 93 del proprio Regolamento di Contabilità, la possibilità di ricorrere all'impiego di strumenti finanziari derivati di copertura privi di implicazioni speculative, da impiegarsi a fronte di passività effettivamente dovute dall'Ente unicamente per la finalità di *"ridurre i rischi connessi all'oscillazione dei tassi d'interesse ovvero alla concentrazione del proprio indebitamento"*, con determina dirigenziale n. 2164/2002 (doc. n. 4 fasc. att.) e successiva proposta scritta (in risposta alla quale trasmetteva la propria accettazione in data 11.7.2002, *sub* doc. n. 5 fasc. att.), la Provincia, dato atto *"che, per la conoscenza approfondita dell'uso di strumenti derivati, occorre[va] avvalersi delle prestazioni di un advisor esterno"*, ha incaricato la banca convenuta, che espressamente accettava, di assumere il ruolo di consulente *"per l'assistenza, consulenza e gestione delle operazioni in derivati"* con finalità di *"riduzione del costo dell'indebitamento e l'ottimizzazione del rischio di tasso connesso"*.

Così conferito a l'incarico di consulenza in materia di gestione attiva del debito, ivi compreso il ricorso alla stipula di derivati, la Giunta Provinciale, con delibera n. 201 del 12.7.2002 (doc. n. 9 fasc. att.), in occasione dell'autorizzazione alla sottoscrizione del primo IRS con la convenuta - *Swap* che non è oggetto del presente giudizio -, ha autorizzato, altresì, il competente Dirigente alla stipula di un contratto normativo volto a regolare le future operazioni di investimento, che, su indicazione della medesima, ha assunto le forme del contratto in lingua inglese dell'*International Swap Dealers Association* (anche denominato *"ISDA Master Agreement"*), stipulato tra le parti in data 16.7.2002 (doc. n. 10 fasc. att.), nella cui annessa *"Schedule"* predisposta dall'intermediario (doc. n. 11 fasc. att.), si individua la legge inglese come legge applicabile al contratto normativo e alle operazioni in derivati allo stesso riferite e, per

l'effetto, con indicazione delle Corti inglesi come aventi competenza su eventuali controversie tra le parti.

Successivamente, con determinazione dirigenziale n. 3390 del 12.9.2003 (v. doc. n. 12 fasc. att.), la Provincia ha autorizzato un'operazione IRS su un nozionale di € 19.990.951,72 per la copertura, per dieci anni, del rischio di tasso di una serie di emissioni obbligazionarie provinciali intervenute tra il 2000 ed il 2002, con scadenza tra il 2020 ed il 2036 ed esposte alla fluttuazione dell'Euribor; tale operazione è stata stipulata tra le parti in data 15.9.2003 a seguito di accettazione da parte della convenuta della "proposta irrevocabile ex art. 1329 c.c." trasmessale dalla Provincia il 12.9.2003 (v. doc. n. 13 fasc. att.) e successivamente alla consegna da parte di

in favore della Provincia del "Documento sui Rischi Generali degli Investimenti in Strumenti Finanziari (allegato n. 3 del Regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998)".

Con successiva determinazione dirigenziale n. 4733 del 20.12.2005 (doc. n. 16 fasc. att.), il Dirigente della Provincia preposto ai servizi finanziari ha approvato la strategia denominata "*Tasso Variabile + Tasso Variabile con Collar*", proposta dall'*advisor* e finalizzata ad una "*rimodulazione e trasformazione dell'operazione in essere, mediante chiusura della stessa e contemporaneo perfezionamento di una nuova operazione di Interest Rate Swap, che ricomprenderà le medesime posizioni debitorie che costituivano il sottostante dello swap in essere*". Ha fatto così seguito la stipula di nuovo contratto *Swap*, perfezionatosi in data 22.12.2005 con accettazione da parte di della proposta formulata dall'ente provinciale (doc. n. 17 fasc. att.).

Parte attrice ha dedotto che, a distanza di diversi anni dalla stipula di tale strumento derivato, constatato il saldo stabilmente negativo dei flussi differenziali relativi allo *Swap* 2005, ha commissionato ad una società di consulenza finanziaria specializzata specifici accertamenti tecnici compendiati nella relazione tecnica a firma della Finance Active

Italia S.r.l. (doc. n. 18 fasc. att.) e che, sulla scorta dell'esito di tali accertamenti, si è determinata ad instaurare il presente giudizio.

\*\*\*\*\*

## 2. Sulla giurisdizione e sulla legge applicabile

Così delineato il quadro dei rapporti contrattuali intercorsi tra le parti, è opportuno richiamare il contenuto dell'ordinanza emessa in data 4.4.2023 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione all'esito del regolamento di giurisdizione promosso dalla convenuta, con la quale è stata dichiarata la giurisdizione del giudice italiano.

La Suprema Corte, in conformità a principio ritenuto pacifico nella giurisprudenza di legittimità (a partire da Cass. Civ., Sezione Prima, 30.9.1968, sentenza n. 3044) e ad altre decisioni assunte in controversie analoghe (Cass. Civ., SS.UU., 23.7.2021, sentenza n. 21165; Cass. Civ., SS.UU., 14.4.2020, ordinanza n. 7822; Cass. Civ., SS.UU., 26.4.2017, ordinanza n. 10233; Cass. Civ., SS.UU., 20.2.2007, n. 3841) ha ritenuto di determinare la giurisdizione in base alla domanda principale avanzata dall'attrice, a nulla rilevando, sotto tale aspetto, il contenuto delle domande proposte in via subordinata.

Nel caso di specie, come si legge nell'ordinanza in commento, la Provincia ha proposto, in via principale e alternativa tra loro, due domande, *i.e.* quella di accertamento dell'inadempimento di

agli obblighi discendenti dal contratto di consulenza dell'11.7.2002 per violazione del dovere di informazione e di offrire contratti adeguati e quella di accertamento della responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale della convenuta nella fase delle trattative. Dunque, l'esame della giurisdizione è stato condotto dalla Suprema Corte con riferimento a tali domande, senza che assuma rilevanza la proposizione, in via subordinata, della domanda di nullità dello *Swap* 2005, non sussistendo un nesso di pregiudizialità tra quanto richiesto in via principale e quanto domandato in via subordinata; al pari irrilevante è il rinvio operato all'art. 13 delle clausole ISDA, non

pagina 14 di 53

disciplinando tale clausola le domande di accertamento della responsabilità, extracontrattuale e precontrattuale, rispetto al contratto di consulenza, ma, piuttosto, quelle inerenti al contratto di *Swap*.

Va, altresì, rilevato che le domande principali di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale di [redacted] e di inadempimento della stessa [redacted] al mandato di consulenza sono soggette, in via esclusiva, alla legge italiana: ciò in quanto i sottoscrittori sono entrambi italiani;

[redacted] ha la propria sede legale in Italia; il contratto si è perfezionato in Italia, mediante l'incontro di proposta ed accettazione; il contratto è stato eseguito e/o è da eseguirsi in Italia e ha ad oggetto la prestazione di un servizio di investimento da eseguirsi a Pesaro, domicilio della Provincia, nonché luogo ove devono eseguirsi le obbligazioni pecuniarie previste dai contratti derivati.

Tale conclusione deve ritenersi pacifica posto che la clausola ISDA richiama la legge inglese, ma solo con riferimento al contratto ISDA ("*This Agreement*") e, dunque, non alla responsabilità per scorretta informazione antecedente alla conclusione degli *swap* che discenda da fonte diversa da quella contrattuale o, come nel mandato di consulenza, da un contratto diverso dall'ISDA e che da questo va tenuto autonomo (Cass. SSUU. n. 2926/2012).

\*\*\*\*\*

### 3. Sulla sentenza "inglese"

Ciò premesso riguardo alla giurisdizione del giudice italiano sulle domande avanzate dalla Provincia [redacted] è opportuno ora esaminare la questione sollevata da parte convenuta (da ultimo ribadita nella comparsa conclusionale) riguardo agli effetti della sentenza pronunciata nelle more dell'odierno giudizio dalla *High Court of Justice* di Londra e alla riconoscibilità di tale decisione giudiziale nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 64 della Legge n. 218/1995.

Trattasi, in particolare, della sentenza e relativo *Order* allegato emessa in data 27.9.2022 dai Giudici inglesi (cfr. doc. 31 fasc. conv.) a seguito

pagina 15 di 53

di *claim form* depositato il 13.10.2021 dalla convenuta, con cui, alla luce della clausola di giurisdizione contenuta nell'Accordo ISDA,

chiedeva di veder accertata, *inter alia*, la validità ed efficacia dei contratti derivati oggetto – insieme al contratto di consulenza – del presente giudizio, sottoponendo alla Corte inglese quattordici “*declarations*”.

Parte convenuta ritiene che il giudice italiano sia “vincolato” a tale pronuncia straniera, a suo dire “automaticamente riconoscibile” in Italia, contenendo accertamenti dirimenti rispetto al presente procedimento.

Al riguardo, va rilevato, innanzitutto, che la questione del riconoscimento è stata sollevata dalla convenuta

solo con la comparsa conclusionale: invero, nella comparsa di costituzione in riassunzione, pur trattandosi del primo atto difensivo successivo alla pronuncia inglese, non discuteva affatto della riconoscibilità ai sensi dell'art. 64 della Legge n. 218/1995; né veniva avanzata domanda in tal senso in sede di udienza di precisazione delle conclusioni, ove i difensori della banca si riportavano alle conclusioni rassegnate nell'atto di costituzione successivo alla riassunzione da parte della Provincia.

Deve, quindi, ritenersi tardiva la richiesta di accertamento nel nostro ordinamento dell'efficacia della sentenza inglese, essendo maturate le relative preclusioni.

In ogni caso, anche a voler esaminare nel merito l'istanza, va evidenziato che la convenuta ha ommesso di allegare e/o dimostrare, da un lato, la ricorrenza nel caso di specie dei requisiti ai quali la Legge n. 218/1995 – normativa che si ritiene applicabile alla fattispecie *de qua*, considerato che il presente giudizio è stato introdotto successivamente alla definitiva operatività della c.d. *Brexit* - subordina l'accertamento dell'automatica riconoscibilità del pronunciamento straniero, espressamente disciplinati all'art. 64; e, dall'altro, la sussistenza, quantomeno, dei requisiti per la riconoscibilità ai sensi

dell'art. 67 della predetta disposizione normativa, vista la contestazione al suo riconoscimento espressa dalla difesa attorea.

Requisiti che, in ogni caso, indipendentemente da quanto sopra, appaiono manchevoli nella fattispecie de *qua*.

Al riguardo, appare opportuno richiamare quanto statuito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la già citata ordinanza di regolamento di giurisdizione, essendosi i Giudici di legittimità soffermati anche su tale aspetto. Invero, a pag. 9 di tale provvedimento, si legge: "(...) *Priva di rilevanza, ai fini del presente regolamento di giurisdizione, è la circostanza che nelle more del giudizio dinanzi al Tribunale di Pesaro sia sopravvenuta la decisione della High Court di Londra. Spetterà infatti al Tribunale di Pesaro, adito per primo e per quanto già detto munito di giurisdizione, stabilire: a) in primo luogo, se la causa proposta dinanzi al giudice inglese sia la stessa causa proposta dinanzi al giudice italiano (le posizioni delle parti non sono infatti concordi su questo punto: mentre la lo afferma, la Provincia sostiene che al giudice inglese non sia stata affatto sottoposta la questione concernente l'inadempimento di al contratto di consulenza – così la memoria della Provincia, p. 6, quarto capoverso -); b) se e quali effetti quella sentenza potrà avere sul merito della lite. L'incidenza della sentenza straniera sul "fondo" della questione infatti "non può essere accertata dalle Sezioni Unite [in sede di regolamento di giurisdizione], perché tale indagine involge l'esame di questioni diverse da quelle specificamente contemplate dall'art. 41 cod. proc. civ. e richiede il ricorso a mezzi istruttori incompatibili con la struttura e le caratteristiche del giudizio di cassazione" (così già Sez. U., Ordinanza n. 12792 del 15/06/2005)*".

Ora, partendo dai profili sinteticamente individuati dalla Suprema Corte, occorre analizzare *in primis* se, effettivamente, vi sia identità di cause tra quella *sub iudice* qui in esame e il summenzionato giudizio inglese; ciò in conformità con quanto disposto sia dall'art. 64, lettera f), della Legge n. 218/1995, rubricato "*Riconoscimento di sentenze straniere*", il

pagina 17 di 53

quale così dispone: *"La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: (...) f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero"*, sia dall'art. 7 della medesima legge, denominato *"Pendenza di un processo straniero"*.

Tale ultima disposizione normativa, infatti, prevede, al primo comma, che il giudice italiano possa sospendere il giudizio al ricorrere di due fattispecie: - la prima, nell'eventualità di litispendenza internazionale, *i.e.* in cui venga eccepita la previa pendenza dinanzi ad un giudice straniero e tra le stesse parti di una domanda *"avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo"*, con determinazione della pendenza della causa dinanzi al giudice straniero secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge; - la seconda, nell'ipotesi di pregiudizialità di una causa straniera.

Orbene, come già rilevato nell'ordinanza del 28.3.2022, nel caso in esame ricorre un'ipotesi di litispendenza internazionale, stante l'identità di cause, per oggetto e per titolo, dei due giudizi, avuto riguardo alle domande proposte con *claim* depositato in data 13.10.2021; domande che risultano "speculari" a quelle proposte dall'Ente provinciale attore nel presente giudizio, avendo la Banca convenuta spiegato domande sostanzialmente uguali e contrarie a quelle di cui all'atto di citazione che ha radicato l'odierno procedimento.

Se, quindi, da un lato, è da ritenersi sussistente il presupposto dell'identità di cause, non ricorre, tuttavia, il requisito della prevenzione del giudizio straniero: come già ampiamente esposto, risulta invero provato e non contestato che il giudizio innanzi alla Corte inglese è stato introdotto successivamente (il 13.10.2021, data del *claim form*) al presente procedimento (25.6.2021, data di notifica dell'atto di citazione).

Ne consegue l'irriconciliabilità della sentenza inglese per la ricorrenza della fattispecie ostativa prevista alla lettera f) dell'art. 64 della Legge n. 218/1995: l'acclarata prevenzione del giudizio italiano rispetto a quello inglese, seppur nell'identità di cause e parti, impedisce ogni rilievo nel nostro ordinamento alla pronuncia straniera in commento.

Peraltro, va rammentato anche che, sempre in sede di regolamento di giurisdizione, le Sezioni Unite hanno, comunque, escluso la sussistenza di un nesso di pregiudizialità tra le domande di accertamento dell'inadempimento della Banca al contratto di consulenza e per violazione degli obblighi informativi precontrattuali e quella di nullità del contratto *Swap*.

Inoltre, sul concetto di litispendenza internazionale, è opportuno osservare che, con ordinanza n. 9057 del 1.4.2021, la Corte di Cassazione, nell'affrontare la questione del riconoscimento delle sentenze straniere, riguardo, in particolare, alla condizione disciplinata dalla lettera e) dell'art. 64 della Legge n. 218/1995, ha richiamato un'interpretazione definita "estensiva" della nozione di litispendenza internazionale già adottata in precedente decisione (cfr. Cass. Civ., Sezione III, 15.5.2007, n. 11185), affermando che: *"la nozione di litispendenza internazionale richiede, oltre all'identità delle parti, l'identità dei risultati pratici perseguiti, e ciò indipendentemente dal "petitum" immediato delle singole domande e dal titolo specificamente fatto valere"*.

Quindi: *i)* acclarata la giurisdizione del giudice italiano come da ordinanza della Suprema Corte di Cassazione; *ii)* la prevenzione del giudizio italiano rispetto a quello straniero; *iii)* l'identità, in termini di parti, oggetto, titolo e "risultati pratici perseguiti" nelle accezioni normative e giurisprudenziali sopra richiamate delle cause promosse innanzi alle due giurisdizioni, si ritengono insussistenti i presupposti per la riconoscibilità della decisione emessa dalla *High Court of Justice*.

\*\*\*\*\*

pagina 19 di 53

#### 4. Sugli strumenti finanziari oggetto del contratto di consulenza

Passando ora al merito della controversia, si ritiene opportuno effettuare una breve disamina sulla materia dei prodotti finanziari oggetto del contratto di consulenza.

Gli *Swap* fanno parte dei contratti derivati, strumenti finanziari altamente complessi, di origine anglosassone, che hanno trovato notevole diffusione anche nel nostro paese, specie nella forma su tassi di interesse (*Interest Rate Swap* o *IRS*, come quelli in esame), in quanto proposti e venduti alla clientela come un valido strumento per tutelarsi dal rischio di rialzo dei tassi di interesse di un mutuo o di un contratto di *leasing* in essere. Gli *IRS* sono infatti *Swap* su tassi di interesse, cioè contratti con i quali le parti si scambiano pagamenti periodici di interessi calcolati su una somma di denaro (capitale nozionale) e per un periodo di tempo predefinito; in particolare, una parte si impegna a pagare ad un dato tasso, l'altra ad un tasso differente, sul presupposto di diverse assunzioni previsionali in ordine all'andamento prospettico dei tassi. La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza resa a Sezioni Unite n. 8770/20 (definita "Sentenza Cattolica", su cui si tornerà anche in seguito), ha avuto modo di definire l'*Interest Rate Swap* un derivato "over the counter" (OTC) in quanto: trattasi di contratto in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti ed il cui contenuto non è standardizzato come in altri ipotesi contrattuali, dovendo essere elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente; non è destinato alla circolazione; consiste in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente. Tale tipo di *Swap*, inoltre, non ha un mercato ufficiale e quindi una quotazione ufficiale ed il valore di mercato (c.d. "mark to market" o *MTM*) viene determinato in base a specifici e complessi calcoli matematici ed analisi finanziarie secondo le rilevazioni di circuiti internazionali. Lo *Swap* si dice "par" quando il suo valore al momento della sottoscrizione è nullo, nel senso che la somma dei flussi positivi e

negativi del derivato e del valore delle diverse opzioni di acquisto e vendita sono pari a zero (vi sono pertanto valori equivalenti).

In relazione alla materia degli *Swap* contratti dagli enti locali, deve osservarsi come, dalla metà degli anni '90, gli Enti locali iniziarono a stipulare i primi contratti derivati con finalità di copertura del rischio di cambio dei prestiti in valuta estera; successivamente, con la finanziaria del 2002 (Legge n. 448/2001) è stata estesa agli enti locali la facoltà di emettere titoli obbligazionari e di contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza (c.d. *bullet*), previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di *Swap* per l'ammortamento del debito.

La L. 244 del 2007 (finanziaria del 2008) ha poi chiarito la necessità che le modalità contrattuali, gli oneri e gli impegni finanziari in derivati siano espressamente dichiarati in una nota allegata al bilancio e che gli enti locali attestino di essere a conoscenza dei rischi e caratteristiche degli strumenti finanziari utilizzati. Tale normativa è stata aggiornata dal D.L. 112/2008 che, all'art. 62, ha previsto controlli e più stringenti obblighi di trasparenza e chiarito che dovevano considerarsi indebitamento ai sensi dell'art. 119 Cost. le somme incassate al momento del perfezionamento dei contratti di *Swap*, i cosiddetti *up front*. Successivamente è intervenuta la L. 147/2013 (Legge di stabilità del 2014) che, al comma 572 dell'art. 1, ha di fatto vietato, salvo nei casi individuati dalla stessa norma, alle province autonome di Trento e di Bolzano ed agli enti locali di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati, di procedere alla rinegoziazione dei contratti derivati in essere alla data di entrata in vigore della disposizione in esame e di stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate. La Legge n. 147/2013 ha pertanto stabilito che, salve eccezioni, l'accesso ai derivati è precluso agli enti locali, a pena di nullità eccepibile solo dall'ente.

In questo quadro normativo, il contenzioso originatosi in relazione ai contratti *Swap* precedenti al 2013 e stipulati dagli enti pubblici, ha

portato alla pronuncia della Suprema Corte, a Sezioni Unite, che con la citata sentenza n. 8770/20 ha affrontato in modo compiuto ed analitico la materia, ponendo dei punti fermi, ai quali occorre fare riferimento ai fini della presente decisione.

La Suprema Corte definisce l'*Interest Rate Swap* (IRS) un "contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo". Gli elementi essenziali di tale tipologia di strumento finanziario sono stati individuati dalla Corte di Cassazione, anche sulla scorta degli orientamenti della giurisprudenza di merito, nei seguenti: • la data di stipulazione del contratto (*trade date*); • il capitale di riferimento (c.d. nozionale o *notional principal amount*) che non viene scambiato tra le parti e che serve unicamente per il calcolo degli interessi; • la data di inizio (*effective date*) dalla quale cominciano a maturare gli interessi; • la data di scadenza del contratto (*maturity date* o *termination date*); • le date di pagamento (*payments dates*) in cui sono scambiati i flussi di interessi; • i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale.

Le Sezioni Unite hanno osservato che il contratto derivato IRS può essere anche di tipo "non par", sia *ab origine* (con possibilità di riequilibrio delle posizioni delle parti mediante riconoscimento, al momento della stipula, di una somma di denaro, definita *up front*, al soggetto che accetta le condizioni contrattuali deteriori, il cui pagamento rappresenta una sorta di "premio" di sottoscrizione), sia divenire tale nel corso del tempo. In tal caso, lo squilibrio contrattuale futuro fra i flussi di cassa, attualizzato al presente, può anche determinare le parti a sciogliere il contratto, assumendo a tal fine rilievo il c.d. *mark to market* (MTM) o costo di sostituzione, in pratica il valore corrente di mercato dello *Swap*, ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo subentrare nel derivato. In sostanza il

MTM rappresenta, secondo la Suprema Corte, *“un metodo di valutazione delle attività finanziarie, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale”*.

Le Sezioni Unite hanno poi affrontato la questione della causa dello *Swap*, rinvenendola nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio, sì da poter arrivare a qualificare l'IRS come una *“sorta di scommessa finanziaria differenziale”*, analizzandone poi la meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 c.c. e la sussistenza di una valida causa in concreto. In particolare, sotto tale aspetto, ha ritenuto che, ai fini della liceità dei contratti occorre un accordo tra investitore e cliente sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, che non deve limitarsi al *mark to market*, ma deve riguardare anche gli scenari probabilistici e, quindi, concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea, ivi compresa la stessa misura dei costi pur se impliciti.

La pronuncia in commento si concentra anche sulla figura e sull'attività dell'intermediario finanziario, qualificato come un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate a quest'ultimo nell'adempimento dei propri doveri, consistenti anche nella deduzione dei c.d. costi impliciti, riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea misurato in termini probabilistici.

A maggior ragione tali parametri vanno rispettati quando lo *Swap* sia sottoscritto da un ente locale che, secondo la normativa sopra citata, fino al 2013 poteva concludere contratti *Interest Rate Swap* esclusivamente con finalità di copertura di debiti o prestiti obbligazionari, mai speculative.

Quanto al profilo della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, la Suprema Corte evidenzia che la validità dell'accordo va verificata *“in presenza di un negozio che indichi con esattezza la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti e oggettivamente*

*condivisi (...) e tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti".*

Tali considerazioni hanno portato la Corte di Cassazione ad enunciare la seguente *regula iuris*: "in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio".

La Corte di Cassazione ha poi analizzato la questione inerente alla competenza degli enti pubblici a deliberare la sottoscrizione di uno *Swap*, enunciando il seguente ulteriore principio, peraltro in maniera conforme a quanto già ritenuto da dottrina e giurisprudenza: "l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento *up front*, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve

*essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D.lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) - spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico”.*

La successiva giurisprudenza di legittimità ha anche chiarito come la pronuncia a Sezioni Unite n. 8770/2020 non si ponga in contrasto con i principi contenuti nelle sentenze c.d. “gemelle” delle medesime Sezioni Unite nn. 26724 e 26725/2007, dovendo ritenersi che l’omessa esplicitazione dei costi impliciti, del valore del *mark to market* e dei c.d. “scenari probabilistici” possa determinare, non solo una violazione di obblighi informativi idonea ad ingenerare delle responsabilità risarcitorie, ma anche una carenza che investe proprio l’essenza di una parte del contratto così da cagionarne la nullità (v. Cass. Civ., 29.07.2021, n. 218309).

\*\*\*\*\*

#### 5.Sulla domanda di accertamento dell’inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di consulenza

Così delineati i principi generali della materia, deve ritenersi fondata e meritevole di accoglimento la domanda formulata in via principale, avente ad oggetto la richiesta di accertamento dell’inadempimento della convenuta agli obblighi discendenti dal contratto di consulenza dell’11.7.2022 stipulato con la Provincia d \_\_\_\_\_ in relazione alla gestione attiva del debito provinciale, poi effettivamente posta in essere mediante l’adozione degli *Swap* 2003 e 2005.

Il fatto che la convenuta \_\_\_\_\_ abbia effettivamente intrattenuto un rapporto di consulenza con la Provincia e che, quindi,

pagina 25 di 53

abbia svolto attività di *advisoring* in favore della medesima, prima dell'operatività in derivati, emerge in maniera inequivoca dalla documentazione agli atti.

*In primis*, ciò risulta dal contenuto della Determinazione dirigenziale n. 2164 del 26.6.2002 (v. doc. 4 fasc. att.) ove così si legge: "(...) *Premesso: - che l'Amministrazione Provinciale, con modifica apportata al vigente Regolamento di Contabilità [adottata con Determinazione dirigenziale n. 33/2002, v. doc. 3 fasc. att.], ha la possibilità di utilizzare strumenti finanziari derivati per la gestione delle passività risultanti da emissioni obbligazionarie, da mutui e da altre forme di ricorso al mercato finanziario; - che l'obiettivo che si intende perseguire è quello della riduzione del costo dell'indebitamento e l'ottimizzazione del rischio di tasso connesso; - che, per la conoscenza approfondita dell'uso di strumenti derivati, occorre avvalersi delle prestazioni di un advisor esterno che valuti proposte e strategie, fra le quali l'Amministrazione individuerà e sceglierà quelle ritenute più opportune; che, a tale scopo è stato esperito un sondaggio informale fra Banche specializzate nella consulenza e nell'assistenza finanziaria a favore di Enti Pubblici, che alcune di esse hanno manifestato la propria disponibilità a ricoprire il ruolo di advisor per la gestione attiva dell'indebitamento in essere, o, di parte di esso e l'intermediario cui affidare l'incarico di advisor è stato individuato in \_\_\_\_\_, appartenente al gruppo*

*per l'expertise maturata per la definizione delle strategie di trasformazione dell'indebitamento e per l'assistenza, consulenza e gestione delle operazioni collegate a strumenti derivati; (...) DETERMINA di approvare, per le motivazioni in narrativa, il conferimento a \_\_\_\_\_ dell'incarico di advisor per l'assistenza, consulenza e gestione delle operazioni in derivati collegate in particolare: a) elaborazione di un piano di gestione attiva dell'indebitamento dell'Amministrazione da sottoporre all'approvazione dell'Ente; b) assistenza dell'analisi finanziaria e nello studio della normativa*

pagina 26 di 53

*applicabile; c) scelta dei prodotti in funzione delle opportunità offerte dal mercato. Resta inteso che [redacted] dovrà fornire, a richiesta, ogni informazione sull'andamento dell'incarico conferito; 2) di prendere atto che [redacted], a fronte dei servizi di cui sopra, non richiederà alcun corrispettivo; (...)"*.

Ulteriore riscontro circa la natura dell'incarico di *advisoring* specificamente conferito a [redacted] emerge dall'esame della corrispondenza intercorsa tra le parti successivamente all'adozione della citata Determinazione n. 2164/2002 (prodotta da parte attrice *sub doc. 5*). In particolare, con missiva dell'11.7.2002, la Provincia di P[redacted] [redacted] notiziava la Banca convenuta circa la propria decisione di conferirle l'incarico di *advisor* secondo i termini e le condizioni previste nella richiamata delibera; con comunicazione resa in pari data, avente oggetto "conferimento a [redacted] dell'incarico di *Advisor della Provincia di [redacted] per la definizione di strategie di trasformazione dell'indebitamento in essere e per l'assistenza, consulenza e gestione delle operazioni finanziarie collegate (Interest Rate Swap e opzioni) – Conferma dell'accettazione dell'incarico", la [redacted] informava la Provincia di voler accettare l'incarico "alle condizioni indicate nella sopra citata determinazione dirigenziale".*

A tale attività, come si evince dalla Determinazione n. 3390/2003 (v. doc. 12 fasc. att.), faceva poi seguito la profilazione della Provincia, ex art. 28, comma primo, lett. a), Regolamento Consob n. 11522/1998, e la consegna alla stessa, quale ente investitore, del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3 del precitato regolamento, come richiamato dal medesimo art. 28, comma primo, lett. b).

Risulta, quindi, documentalmente provato che la convenuta [redacted] ha formalmente assunto le obbligazioni di consulente della Provincia, per come elencate nella Determinazione dirigenziale n. 2164/2002, con mandato di consulenza venuto a cessare nel 2010 su

proposta di revoca formulata della banca convenuta (v. missiva del 7.9.2010 *sub* doc. 6 fasc. att.), accettata dalla Provincia con Determinazione n. 2499 del 4.10.2010 e comunicata alla banca con missiva del 25.10.2010 (v. docc. 7 e 8 fasc. att.).

Dai dati documentali sopra richiamati emergono quindi due aspetti:

- il primo, relativo al fatto che il mandato di consulenza, così come formalizzato tra le parti, non può affatto intendersi, diversamente da quanto prospettato dalla Banca convenuta, come una forma di "consulenza incidentale", che si limitava ad illustrare al cliente i principali termini e condizioni degli strumenti finanziari proposti (dovendosi, anzi, ritenere che ciò, implicitamente, costituisca ammissione da parte della Banca circa il mancato assolvimento dei propri obblighi informativi);

- il secondo, rappresentato dalla circostanza secondo cui la

Provincia, operatore professionale del mercato finanziario, era tenuta ad agire con il grado di diligenza qualificata di cui agli artt. 1176, comma secondo, c.c. e 21 TUF, a mente del quale "Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; (...)". E ciò, a maggior ragione, in considerazione di un dato altrettanto rilevante e non contestato, *i.e.* la natura di investitore "non qualificato" in ambito finanziario della Provincia, nell'accezione di cui all'art. 31, comma secondo, Regolamento Consob n. 11522/1998, normativa *ratione temporis* applicabile al caso di specie, tanto che, in effetti, l'Ente provinciale non è mai stato qualificato come "operatore classificato" dalla Banca convenuta. Si veda, al riguardo, la comunicazione a firma della Banca convenuta prodotta *sub* doc. 2 del fascicolo di parte attrice in cui è la stessa convenuta, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva 2004/39/CE ("MIFID"), a classificare la Provincia come "cliente al dettaglio".

Non a caso, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella più volte richiamata c.d. Sentenza Cattolica, ha ritenuto di qualificare l'intermediario finanziario (ovvero, nel caso che qui ci occupa,

) *"un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito"*.

Ne deriva che il cliente (in questo caso la Provincia) avrebbe dovuto beneficiare del più alto grado di garanzie informative e di tutela previste dalla normativa di settore. Invero, come autorevolmente statuito, in tema di intermediazione finanziaria *"la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo (...) a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto (i.e. del contratto quadro), ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria"* (cfr. Cass. Civ., SS.UU, 19.12.2007, n. 26725). La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto che *«dal "contratto quadro", cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria e che per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato, derivano comunque obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente. Le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione (...) doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizioni di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni (art. cit., lett. e), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali*

pagina 29 di 53

*situazioni di conflitto d'interesse (...)*», (Cass. Civ., SS. UU., n. 26724/2007; cfr. in senso conforme, Corte di Appello di Venezia, n. 2235/2022).

Alla luce di tali considerazioni, non coglie nel segno la tesi della Banca convenuta secondo cui all'epoca della sottoscrizione dei contratti derivati *de quibus* non sussisteva un obbligo di legge o regolamentare di indicare il valore del *mark to market*, dei costi impliciti e degli "scenari probabilistici".

Invero, il quadro normativo vigente all'epoca in cui sono stati sottoscritti gli *Swap* in oggetto – rappresentato dall'art. 21 TUF e dall'art. 26 del Reg. Consob n. 11522/1998 - già prevedeva, indipendentemente dalla qualifica o meno del cliente come investitore professionale/operatore qualificato, l'obbligo per l'intermediario di prestare un'adeguata informazione, sia in relazione ai costi, che al conseguimento del risultato connesso al rischio assunto dal cliente. Operavano, dunque, già all'epoca, norme imperative incidenti proprio sulla formazione dell'accordo, che imponevano l'esplicitazione del rischio iniziale, dei costi e delle commissioni [v. Cass. n. 17518 del 31.05.2022, secondo cui la Comunicazione della Consob del 2.3.2009, c.d. Comunicazione di Livello 3 MIFID (la quale, per quanto qui di interesse, stabiliva che la determinazione del *fair value* sulla base di strumenti basati su metodologie riconosciute e diffuse sul mercato proporzionate alla complessità del prodotto era applicabile anche agli intermediari nella contrattazione con la clientela di prodotti finanziari, compresi i derivati), "aveva valenza meramente interpretativa e non anche innovativa e creativa di una regola non esistente"].

Alle medesime conclusioni circa gli specifici obblighi di informazione nella fase precedente la stipula dei derivati, assunti dalla Banca convenuta nei confronti di parte attrice, è pervenuta la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite all'esito dell'esperito procedimento di regolamento di giurisdizione, laddove, pur ritenendo influente ai fini della giurisdizione

la questione inerente agli oneri di informazione precontrattuale nascenti dal contratto di consulenza, ha, comunque, incidentalmente delineato il perimetro oggettivo dell'incarico conferito dalla Provincia di e o a e, quindi, gli obblighi di informazione gravanti su quest'ultima (v. pag. 8 dell'ordinanza della Suprema Corte n. 22895/2022).

Ciò posto, difetta nel caso di specie la prova - di cui la Banca convenuta era onerata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 TUF - della diligente osservanza delle regole imposte dalla normativa di settore all'intermediario finanziario, da valutarsi alla stregua di un canone di diligenza qualificato, cui si aggiunge il doveroso rispetto da parte dell'intermediario del menzionato art. 21 TUF.

Se è pacifico che il contratto di consulenza intercorso tra le parti sia qualificabile come contratto relativo alla prestazione di servizi accessori, per come inteso dagli artt. 1, comma 6, e 23, comma 1, TUF, con relativo assoggettamento dell'intermediario finanziario alle disposizioni di cui al Regolamento Consob n. 11522/1998 *ratione temporis* vigente, è, altresì, evidente che il fatto di aver trasmesso al proprio cliente (che, oltretutto, come già detto, aveva affidato alla convenuta un incarico consulenziale *ad hoc*) delle semplici "presentazioni", oltre alla documentazione contrattuale per la sottoscrizione, non soddisfa i requisiti prescritti dalla normativa di settore sopra richiamata, la quale impone (in ciò sostanziandosi il dovere di diligenza qualificata) che i contenuti dei contratti siano analiticamente illustrati dall'intermediario al cliente.

Sotto un differente profilo, viene in rilievo la rigorosa disciplina alla quale è assoggettata l'attività di investimento in strumenti finanziari derivati, vista la sua intrinseca rischiosità. La banca è chiamata, in tali casi, a rilevare il profilo di rischio del cliente (c.d. regola del "*know your customer rule*") e ad informarlo dettagliatamente sulle caratteristiche del prodotto finanziario proposto (c.d. regola del "*know your*

*merchandise rule*”), al fine di poter dare concreta applicazione alla cosiddetta *“suitability rule”* (regola di adeguatezza), che impone alla banca l’obbligo di astenersi dall’effettuare con l’investitore operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione (v. in senso conforme, Corte di Appello di Venezia, sentenza n. 1581/2024). Tali principi sono specificati negli artt. 1175 e 1375 c.c. (che pongono a carico dei contraenti un generale obbligo di informazione e chiarezza), nell’art. 1176, comma 2, c.c., nell’art. 21 TUF (norma che impone una serie di principi generali che devono improntare i reciproci rapporti tra le parti e, in particolare, l’operato dell’intermediario, obbligato in ogni caso a prestare un’adeguata informazione, sia in relazione ai costi, che al conseguimento del risultato connesso al rischio assunto dal cliente), nell’art. 23 T.U.F. (norma che disciplina, nello specifico, i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori), nonché nelle disposizioni del Regolamento Intermediari Consob, volte a disciplinare i doveri di informazione della banca (artt. 26-36), la contrattualizzazione del rapporto (artt. 37 e 38) e la rilevazione dell’appropriatezza dello strumento o servizio rispetto al profilo del cliente (artt. 40 e 41).

Dal complesso normativo sopraindicato si evince chiaramente come siano posti a carico dell’intermediario finanziario precisi obblighi informativi in favore della clientela, obblighi il cui puntuale adempimento è finalizzato a consentire alla stessa consapevole scelte di investimento e che, ad avviso del giudicante, devono essere intesi in senso sostanziale, non risolvendosi in una mera esposizione generica e formale della tipologia di investimento proposto. Ciò in quanto detta normativa è improntata alla ricerca, non solo di una conoscenza dal punto di vista giuridico-operativo dello strumento finanziario, ma anche di una effettiva comprensione dei risvolti economici dell’operazione posta in essere.

Sul punto, in conformità con le sopra richiamate disposizioni, la pronuncia della Corte di Cassazione n. 7776/2014 ha enunciato

chiaramente che la normativa disciplinante il contenuto e la forma dei contratti di investimento impongono all'intermediario il dovere del *clare loqui*, ovvero di "parlare chiaro", sì da illustrare all'investitore in modo chiaro ed esauriente gli elementi essenziali dell'operazione, del servizio o del prodotto proposto.

Nel caso di specie, va rilevato che l'operato della convenuta, lungi dal rispettare il disposto delle norme sopra citate, che imponevano, in particolare, l'esplicitazione del rischio iniziale, dei costi e delle commissioni, si è tradotto, dapprima, nel sottoporre alla propria controparte una modulistica contrattuale (costituita da contratti ISDA) redatta unilateralmente, che operava un rinvio alla normativa e alla giurisdizione inglese, il tutto senza esplicitazione delle previsioni ivi contenute - con particolare riferimento alla normativa e alla giurisdizione applicabile - e dello specifico interesse che sarebbe stato perseguito mediante l'adozione di tali fattispecie contrattuali e, successivamente, nel proporre la sottoscrizione di contratti derivati con caratteristiche tali da compromettere l'idoneità dello *Swap* a perseguire l'obiettivo delle operazioni in derivati degli Enti locali sotto il profilo della convenienza economico-finanziaria.

In effetti, proprio dai contratti derivati stipulati dalla Provincia

"a valle" della consulenza svolta dalla e in esecuzione al mandato consulenziale si desume la violazione degli obblighi ed il conseguente inadempimento, sul piano informativo, da parte dell'*advisor*, odierna convenuta.

In particolare, l'attrice, in ciò confortata dalle risultanze peritali in atti (cfr. doc. n. 18 fasc. att.), ha dedotto l'inadempimento di

al contratto di consulenza (per violazione degli artt. 1703, 1710 e 1711 c.c., dell'art. 21 TUF e degli artt. 26 e ss. Reg. Consob n. 11522/1998), imputando specificamente alla convenuta di aver consigliato alla Provincia:

- la sottoscrizione di contratti derivati con valore MTM negativo iniziale, non comunicato all'Ente e non compensato con un *up front*, sì da tradursi in un c.d. costo implicito;
- la sottoscrizione di un contratto derivato privo di c.d. alea razionale, nell'accezione fatta propria dalla sentenza Cass. Civ., SS.UU., n. 8770/2020;
- la sottoscrizione di un contratto, nella specie lo *Swap* 2005, in violazione dell'art. 3 D.M. n. 389/2003, come interpretato dalla Circolare MEF del 27.05.2004 e di un contratto, in relazione allo *Swap* 2003, che non può essere considerato come avente finalità di copertura contro il rischio di rialzo del tasso di interesse;
- la sottoscrizione di derivati senza previa specifica deliberazione del Consiglio provinciale, pur producendo, la stipula di detti contratti, un aggravio del debito provinciale.

Al riguardo, non può non richiamarsi nuovamente la pronuncia delle Sezioni Unite n. 8770/2020 ed in particolare il principio ivi affermato, secondo cui in relazione al contratto derivato, definito come una "scommessa finanziaria differenziale" caratterizzata dalla complessità della vicenda e dalla professionalità dei soggetti coinvolti, occorre verificare la presenza o meno di un accordo tra intermediario e investitore sulla misura dell'alea, che non deve limitarsi al *mark to market*, ma deve ricomprendere anche gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la misura dei c.d. costi impliciti. I suddetti principi sono stati ribaditi anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che "l'indicazione del *mark to market* (...) costituisce elemento essenziale del contratto *IRS*. La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d. "scenari probabilistici") l'impossibilità di

*individuare concretamente (rectius: misurare) l'alea oggetto dell'IRS" (così, ex multis, Cass. Civ., Sezione I, n. 21830/2021).*

È evidente, quindi, che, in tema di contratti derivati, è necessaria una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del *mark to market*, che individua il valore del contratto ad una certa data, sia degli scenari probabilistici, sia dei c.d. costi occulti che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea, allo scopo di rendere l'investitore pienamente consapevole di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto: tali elementi rappresentano, infatti, il contenuto di un'obbligazione che sorge con la stipula del contratto, concorrendo ad integrarne la determinabilità del suo oggetto.

L'omessa esplicitazione di tali elementi da parte dell'investitore si sostanzia nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi, tale da integrare tanto la violazione di obblighi informativi e la conseguente responsabilità dell'intermediario che non abbia effettuato tale *disclosure*, quanto carenze foriere di nullità del contratto (v., sul punto, la già citata pronuncia Corte di Cassazione n. 21830/2021, i cui principi sono stati sostanzialmente confermati dalla successiva giurisprudenza di legittimità, tra cui Cass. Civ., Sezione Prima, n. 22014/2023, Cass. Civ., Sezione Prima, n. 32705/2022; Cass. Civ., Sezione Prima, n. 24654/2022).

Nel caso in esame, non può non rilevarsi come del corretto adempimento degli obblighi informativi in capo all'*advisor* avrebbe fornire adeguata dimostrazione la convenuta , posto che grava "sull'intermediario l'onere di provare, ex art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, di aver adempiuto positivamente agli obblighi informativi relativi, non solo alle caratteristiche specifiche dell'investimento ma anche al grado effettivo di rischiosità" [v. Cass. Civ., Sezione I, ord. 16.11.2018, n. 29607; nonché, Cass. Civ., n. 4727/2018 secondo cui: "Il giudice di merito, per assolvere l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge,

*non può fermarsi alla constatazione della mancanza della prova della sua negligenza ovvero dell'inadempimento, ma deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico. Pertanto, [...] incumbendo [...] sull'intermediario l'onere di dimostrare d'aver rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta" (Cass. civ., Sez. I, n. 2535/2016)].*

L'adempimento dei suddetti obblighi informativi relativi alla misura dell'alea avrebbe, quindi, richiesto l'indicazione del MTM (compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo), degli scenari probabilistici e dei c.d. costi occulti.

Ritiene il Tribunale che, nel caso di specie, la convenuta non abbia dato prova di aver illustrato all'Ente provinciale investitore tali aspetti, a maggior ragione vista la classificazione della Provincia quale "cliente al dettaglio" (categoria alla quale è riservato il massimo livello di tutela per quanto riguarda, in particolare, l'ampiezza delle informazioni che l'intermediario deve fornire, tanto in sede precontrattuale quanto in sede contrattuale, tanto più ove rivesta anche il ruolo di *advisor*, come nel caso di specie); né ha dimostrato di aver effettuato le verifiche di "appropriatezza" dei servizi richiesti/offerti e delle operazioni poste in essere, la ricezione e trasmissione degli ordini in strumenti finanziari alle condizioni più favorevoli (c.d. *best execution*).

La documentazione negoziale agli atti di causa e, nello specifico, la relazione peritale di parte attrice (v. doc. 18 fasc. att.), non contraddetta da prospettazioni di segno contrario da parte della difesa della convenuta, ha confermato l'assenza di qualsivoglia riferimento al valore (negativo) del MTM iniziale dei contratti medesimi e al metodo di calcolo del medesimo valore MTM. Inoltre, analizzando i dati relativi a tale ultimo valore, risulta che lo squilibrio del valore di mercato esistente all'avvio delle transazioni non è stato ricomposto con il riconoscimento di *up front* iniziali, circostanza che, da un lato, determina uno squilibrio

originario e perdurante del contratto che inficia la causa concreta e, dall'altro, riflette l'inserimento di "costi occulti" o "commissioni implicite", tale da rendere le condizioni contrattuali non allineate con quelle prevalenti sul mercato e da tradurre tali componenti in inammissibili costi non esattamente percepibili dal sottoscrittore al momento della stipulazione, destinati a ripercuotersi negativamente sulla finalità di contenimento del costo del debito perseguita dall'Ente provinciale.

Ciò è ancor più significativo se si pone mente al fatto che lo *Swap* 2005 in esame è il frutto di una rinegoziazione, tramite chiusura, della precedente operazione di *Interest Rate Swap*, attività, quella di rinegoziazione, che costituisce di per sé una "deviazione" dalla normale operatività in derivati che un ente pubblico può compiere per perseguire esigenze di copertura del debito, in quanto, in genere, ciò che induce un ente a rinegoziare un derivato è l'esigenza di cautelarsi o di arrestare eventuali perdite non più controllabili e il derivante accumulo di differenziali negativi. Si legge, infatti, nella Determinazione n. 4733 del 20.12.2005 (doc. 16 fasc. att.) che alla decisione di procedere allo scioglimento del contratto derivato al tempo in essere sotto condizione del perfezionamento della nuova operazione sulle medesime posizioni debitorie costituenti il sottostante dello *Swap* 2003 si giungeva poiché, *"alla luce delle mutate condizioni di mercato, si è ritenuto opportuno rimodulare l'operazione in essere di cui sopra"*.

La Provincia di \_\_\_\_\_ non è stata posta in condizione di correttamente ponderare rischi e benefici associati ai contratti offerti dalla banca.

In particolare, dall'analisi condotta dalla Finance active Italia S.r.l. sullo *Swap* 2003 – contratto derivato con previsione di scambio di tasso variabile (pagato da \_\_\_\_\_) e tasso fisso con soglia (pagato dalla Provincia di \_\_\_\_\_) – si è appurato che esso *"non soddisfa l'esigenza di copertura espressa dalla Provincia con*

*determinazione n. 3390 del 12/09/2003. Dagli atti a nostra disposizione non risulta che la Banca, in qualità di Advisor, avesse proposto alla Provincia dei derivati di copertura. La stessa non si è preoccupata di informare la Provincia sui costi (per altro impliciti), sugli squilibri probabilistici e sui rischi dell'operazione Swap attivata. Si ricorda nuovamente che la Provincia non possedeva, al tempo, gli strumenti tecnici per valutare questo tipo di operazioni e pertanto la Banca – almeno in qualità di Advisor – aveva il dovere di agire nell'interesse del Cliente, ragguagliarlo correttamente e fornire tutte le informazioni necessarie affinché la Provincia potesse addivenire a una scelta consapevole" (cfr. doc. 18, pag. 15, fasc. att.).*

Analogamente, in relazione allo *Swap* 2005 – con il quale è stata attuata la sopra descritta strategia di rinegoziazione – la società di consulenza incaricata così conclude: *"Dagli atti a nostra disposizione non risulta che la Banca si sia preoccupata di informare la Provincia sui costi (impliciti), sugli squilibri probabilistici e sui differenziali attesi"* (cfr. doc. 18, pag. 25, fasc. att.).

Quindi, anche il secondo contratto *Swap* è stato avviato con un valore di mercato negativo per il Comune stesso: il che fa ritenere che le problematiche attinenti al pregresso contratto derivato non siano state ovviate mediante la rimodulazione dell'operazione al tempo in essere. Il tutto senza che ciò risultasse percepibile all'Ente attore, il quale si è trovato, suo malgrado, a stipulare un contratto che presentava, già *ab origine*, un disvalore di mercato non compensato mediante l'erogazione da parte della banca di un correlato premio di liquidità.

Sotto quest'ultimo aspetto, dovendosi individuare nel disvalore di mercato iniziale un costo comunque sostenuto dall'Ente, lo stesso avrebbe dovuto essere adeguatamente illustrato, sia nell'ipotesi in cui lo si voglia intendere quale costo che remunera l'attività della banca, sia nel caso in cui venga identificato con il vero costo del contratto, il quale deve essere conosciuto dal contraente che subisce l'alterazione delle

naturali condizioni contrattuali, trovando la propria origine in quella serie di doveri di informazione dell'intermediario che improntano la normativa di settore nell'art. 21 TUF e nel più generale dovere di correttezza e buona fede di derivazione codicistica. Del resto, è un fatto pressoché incontestato che la Provincia *\_\_\_\_\_* ha maturato insostenibili debiti per pagamenti di differenziali negativi.

Secondo le indagini del consulente di parte attrice, il MTM dello *Swap* 2003 all'accensione era pari a € 190.853,60, mentre quello dello *Swap* 2005 all'accensione era pari a € 1.326.998,38: è pacifico che entrambi i valori non sono stati comunicati all'Ente, né risultano compensati con un *up front* iniziale, così traducendosi in un costo implicito. Tale ultimo elemento contravviene, peraltro, a quanto espressamente pattuito nell'incarico di consulenza conferito alla banca convenuta, ove si era affermato che i servizi sarebbero stati prestati senza corresponsione di alcun corrispettivo, ulteriormente contribuendo ad avvalorare il carattere prettamente speculativo dei derivati stipulati e a compromettere la finalità di copertura che la Provincia *\_\_\_\_\_* intendeva perseguire.

D'altra parte, se, come autorevolmente osservato dalla Corte di Cassazione (sent. n. 12138 del 26.5.2009), neppure la semplice dichiarazione dell'investitore di disporre della competenza ed esperienza richiesta in materia di investimenti esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto, a maggior ragione tale obbligo informativo assume maggiore rilevanza e consistenza quando la controparte contrattuale è rappresentata da un "operatore non qualificato", quale l'Ente attore, che dichiarava espressamente di aver necessità di ricorrere ad un *advisor* esterno "per la conoscenza approfondita dell'uso di strumenti derivati" (v. Determinazione dirigenziale n. 2164/2022 sub doc 4 fasc. att.).

Nella relazione di consulenza di parte attrice è stato, altresì, dedotto l'inadempimento della Banca per aver consigliato, in relazione allo *Swap*

2003, un contratto che di fatto non può essere considerato come operazione di copertura del rischio di rialzo dei tassi d'interesse e, in relazione allo *Swap* 2005, un contratto in violazione dell'art. 3 D.M. n. 389/2003, come interpretato dalla Circolare MEF del 27.05.2004, e specificamente:

- dell'art. 3, comma secondo, lett. f), che disciplina le condizioni cui sono subordinate le operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito [nella relazione peritale attorea si osserva, in particolare, che *"il nuovo contratto ha inglobato il costo di estinzione anticipata del precedente contratto Swap, che presentava un valore negativo di € 809.908,47 (valore pari al 4,22% sul nozionale del nuovo contratto), oltre ad inglobare i costi impliciti per un valore pari a € 517.089,91. Dal punto di vista tecnico-finanziario è come se lo Swap 2005 avesse generato un "premio" a favore della Provincia al momento del perfezionamento dell'operazione, premio che è stato immediatamente destinato alla chiusura del contratto precedente e al pagamento dei costi di strutturazione dell'operazione (o costi impliciti)";*
- della previsione della menzionata Circolare, alla luce della quale la rinegoziazione del derivato può intervenire nel caso in cui si verifichi una variazione della passività sottostante (sul punto, il consulente attoreo ha argomentato che la passività sottostante non ha subito modifiche tali da poter giustificare dal punto di vista finanziario la rinegoziazione del derivato);
- dell'art. 3, comma secondo, lett. d), come interpretato dalla Circolare MEF del 27.05.2004, la quale prescrive che *"è implicito nell'acquisto del collar l'acquisto di un cap e la contestuale vendita di un floor, consentita unicamente al fine di finanziare la protezione dal rialzo dei tassi di interesse fornita dall'acquisto del cap"* ( sul punto, il consulente di parte attrice ha evidenziato che, in realtà, in occasione della rinegoziazione poi sfociata nella stipula dello *Swap* 2005, *"la vendita del Floor non sarebbe servita esclusivamente a finanziare l'acquisto del Cap"*).

pagina 40 di 53

Riguardo al contratto *Swap* 2003, assume rilevanza, sotto il profilo dell'adempimento dell'obbligo di una completa informazione, l'affermazione fatta dal funzionario della in fase di perfezionamento del nuovo contratto di *Swap* (v. comunicazione mail del 30.5.2003, *sub* doc. 15 fasc. att., avente ad oggetto "operazione di swap tra la Provincia e "): anche in questa occasione, l'*advisor*, lungi dall'offrire le doverose informazioni inerenti a detta stipula, ometteva di specificare all'Ente provinciale i rischi sottesi alla sua sottoscrizione, quali, ad esempio, il possibile aumento del debito dell'Amministrazione, sul cui aggravio, come statuito in maniera pressoché costante dalla giurisprudenza di legittimità, avrebbe dovuto inderogabilmente deliberare l'organo consiliare provinciale. Si rammenta, infatti, che con la Deliberazione del Consiglio provinciale n. 33/2003 – modificativa dell'art. 93 del proprio Regolamento di Contabilità, espressamente richiamato nella missiva in esame – era stata unicamente autorizzata la generica possibilità di ricorrere alla stipula di contratti derivati privi di implicazioni speculative, facoltà, tuttavia, inidonea a surrogare il consenso dell'organo consiliare sulle specifiche condizioni poi effettivamente adottate negli *Swap* 2003 e 2005.

E' ragionevole presumere che la Provincia ove fosse stata adeguatamente informata in merito agli elementi caratterizzanti le operazioni finanziarie in derivati in oggetto, non avrebbe concluso i derivati di cui è causa.

Ciò posto, deve ritenersi imputabile all'*advisor* l'ulteriore omissione in tema di adempimento degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, per non aver fornito informazioni all'Ente provinciale in ordine agli effetti e possibili rischi della stipulazione delle operazioni in derivati ricorrendo alla modulistica contrattuale ISDA: invero, a fronte di specifica doglianza sollevata sul punto dalla Provincia di la convenuta ha ommesso di fornire la prova della

pagina 41 di 53

ritenuta conformità di tale contratto al contratto quadro di intermediazione finanziaria di cui all'art. 23 TUF e, quindi, del fatto che tale tipologia di contratto rispettasse le forme e i contenuti disciplinati dall'art. 30 Reg. Consob n. 11522/1998.

Dalla documentazione agli atti di causa è, altresì, emerso che la convenuta ha omesso di segnalare all'attrice la situazione di conflitto d'interessi, ex art. 27 Reg. Consob n. 11522/1998, nella quale versava, attesa la coincidenza tra il ruolo di *advisor* della Provincia e controparte contrattuale dei derivati in commento (fattispecie esaminata anche dalle Sezioni Unite nella c.d. Sentenza Cattolica n. 8770/2020 e segnalata nella relazione di parte attrice prodotta *sub doc.* 18) e, per contro, ha consigliato la stipula di contratti di cui si sarebbe dovuta rilevare l'inadeguatezza ai sensi del precitato Regolamento Consob in relazione ai parametri normativi della "tipologia, oggetto, frequenza e dimensione", anche alla luce di quanto esposto nella consulenza di parte attrice (v. doc. 18 già citato).

\*\*\*\*\*

#### 6. Sulle conseguenze dell'accertato inadempimento

Secondo il consolidato orientamento della Corte di legittimità, che il Tribunale condivide, *"in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (...) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti: (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in*

pagina 42 di 53

*esecuzione del "contratto quadro" [...] (Cass., U, n. 26724 del 19/12/2007; Cass., 6-3, n. 25222 del 14/12/2010; Cass., 1, n. 8462 del 10/4/2014; Cass., 3, n. 525 del 15/1/2020)", (Cass. Civ., Sezione Terza, n. 15099/2021). Infatti, "nella fase successiva alla stipula del contratto quadro, in cui si situano, gli obblighi di informazione attiva concorrono alla definizione del ruolo che l'intermediario assume allorché l'investitore intenda porre in essere specifiche operazioni di investimento; l'intermediario non può limitarsi a rendere possibile il trasferimento del titolo ma deve prestare una precisa attività, funzionale al corretto apprezzamento, da parte dell'investitore, della natura, delle implicazioni e dei rischi delle singole operazioni" (Cass. Civ., Sezione Prima, n. 10646/2023).*

In particolare, la sopra citata pronuncia di legittimità a Sezioni Unite n. 26724/2007 ha affermato che, nell'ipotesi in cui vengano sollevate questioni inerenti alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione al cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate, viene ad integrarsi un profilo di responsabilità del consulente, laddove il legislatore ha espressamente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza. In tale ottica, a mente della sentenza a Sezioni Unite in esame, la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento o non esatto adempimento contrattuale, tale da generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale e, ove ricorrano gli estremi di gravità di cui all'art. 1455 c.c., anche la risoluzione del contratto stesso.

Nel caso in esame si ritiene che la condotta della Banca convenuta, consistente, da un lato, nell'omissione degli obblighi informativi gravanti sugli intermediari finanziari e, dall'altro, nella strutturazione e proposta alla Provincia di concludere i contratti derivati nel suddetto *deficit*

informativo, a maggior ragione avendo la stipula degli *Swap* in commento funzione di copertura, integri un atto esecutivo del ridetto contratto di consulenza e, quindi, un inadempimento contrattuale foriero di responsabilità risarcitoria secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale.

Ciò posto, fermo l'accertamento in ordine alle condotte, omissive e commissive, tenute dalla \_\_\_\_\_ nella fattispecie in esame, con i correlativi danni patiti dell'Ente provinciale per la violazione degli obblighi inerenti allo stipulato contratto di consulenza, deve ritenersi accertata in concreto la riconducibilità, sul piano causale, del pregiudizio subito dalla Provincia all'inadempimento dei suindicati obblighi.

Invero, nell'ambito di giudizio risarcitorio, per mandare assolto l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge, il giudice, come già evidenziato, deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico. In mancanza di tale prova – il cui onere, ex art. 23, ultimo comma, D.lgs. 58/1998 è a carico dell'intermediario – questi sarà tenuto al risarcimento degli eventuali danni cagionati all'investitore, i quali devono, di conseguenza, considerarsi – sempre in difetto di prova contraria che deve essere fornita dall'intermediario – in nesso di causalità con la predetta condotta inadempiente [v. in senso conforme Cass. Civ., Sezione Prima, n. 2535/2016, ai sensi della quale: "... Pertanto, ai fini della risarcibilità del danno subito, è sufficiente che l'investitore alleghi da parte della banca o dell'intermediario finanziario l'inadempimento delle obbligazioni poste a loro carico dall'art. 21 dei d.lgs. n. 58 del 1998 (integrato dalla normativa secondaria) e che provi che il pregiudizio lamentato consegue a siffatto inadempimento, incombendo, per contro, sull'intermediario l'onere di dimostrare d'aver

*rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta (Cass. 22147/2010; Cass. 4620/2015)..."]*.

Sotto tale profilo, va altresì richiamata Cass. n. 12544/2017, secondo cui, una volta accertato l'inadempimento degli obblighi di corretta informazione dell'inadeguatezza dell'operazione gravanti sull'intermediario, consegue l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore.

\*\*\*\*\*

#### 7. Sull'eccezione di prescrizione

La difesa della ha eccepito l'intervenuta prescrizione di tutte le domande attoree di responsabilità contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale, così come di quella inerente alla ripetizione dell'indebitito conseguente all'eccepita nullità dei derivati avanzata da parte attrice.

A sostegno di tale eccezione, rimarca il fatto che, trattandosi di domande di responsabilità per inadempimento attinenti a condotte od omissioni poste in essere nel periodo antecedente e/o in occasione della stipula dei contratti derivati *de quibus* e, quindi, nel lasso temporale compreso tra il settembre 2003 e il dicembre 2005, sarebbe decorso tanto il termine di prescrizione decennale applicabile alle domande aventi carattere contrattuale, quanto il termine di prescrizione quinquennale applicabile in relazione alla domanda di natura extracontrattuale, poiché non interrotti da alcun atto idoneo ad impedirne il decorso a norma di legge.

Parte attrice ha replicato all'eccezione, deducendo che la data di decorrenza della prescrizione coinciderebbe, non già con la data del contratto o dell'inadempimento, bensì con quella diversa e successiva di avvenuta produzione del relativo danno, che l'attrice individua nel giorno in cui, tramite la relazione peritale commissionata (sub doc. 18 fasc. att.), ha avuto contezza dell'evento dannoso, delle relative cause e del conseguente pregiudizio cagionato a suo danno.

pagina 45 di 53

Ritiene questo giudice di aderire alla prospettazione di parte attrice, dovendosi, in tema di responsabilità dell'operatore professionale verso il suo assistito, individuare il *dies a quo* della prescrizione nella data, diversa e successiva rispetto a quella del contratto o dell'inadempimento, in cui il cliente/investitore ha avuto (o poteva ragionevolmente avere) contezza della natura ingiusta e dannosa del pregiudizio subito e della sua imputabilità al professionista che lo ha assistito (cfr. Cass. Civ., n. 10943/2006; Cass. Civ., n. 2645/2003), con conseguente decorrenza del termine di prescrizione "*dal momento in cui la produzione del danno si sia manifestata all'esterno nella sua oggettività, divenendo percepibile, conoscibile e azionabile dal soggetto legittimato*" (Cass. Civ., n. 8703/2016; Cass. Civ., Sezione III, n. 16463/2009; v. anche pronunce del Tribunale di Milano, 14.5.2012, n. 5495 e Tribunale di Torino, 24.11.2014, n. 7488, in materia di obbligazioni).

Al riguardo, l'effettiva e concreta possibilità di far valere il diritto sussiste solo nel caso in cui il creditore sia nella consapevolezza dell'esistenza di un tale diritto, consapevolezza che, quanto al caso di specie, si ritiene mancante al momento della sottoscrizione degli accordi sui derivati in commento in ragione, sia della qualità assunta dalla Provincia di \_\_\_\_\_ come "operatore non qualificato", sia delle oggettive difficoltà di verifica delle condizioni contrattuali causate dall'esistenza di costi occulti non individuati, né esplicitamente specificati e pertanto sconosciuti per il cliente.

La Suprema Corte ha più volte osservato – ad esempio, in materia di risarcimento del danno da esondazione (cfr. pronuncia a Sezioni Unite n. 2146 del 20.1.2021) e di emotrasfusioni (Cass. Civ., ordinanza 24164 del 27.9.2019)- che, nel caso sia necessario per una effettiva e concreta conoscenza del diritto da esercitare un'indagine tecnico-scientifica, la prescrizione decorre solo dall'effettiva conoscenza dell'esistenza del proprio diritto all'esito di tale indagine conoscitiva.

Nel caso in esame, deve ritenersi che la conoscenza da parte della Provincia di \_\_\_\_\_ delle modalità con cui la Banca convenuta ha, in concreto, strutturato e negoziato i contratti derivati di cui trattasi, ovvero celando al loro interno i costi definiti occulti ed omettendo ogni informazione sugli elementi essenziali del MTM e degli scenari probabilistici di tale strumento finanziario – per come individuati e dettagliati nella cd. sentenza “Cattolica” sopra esaminata- è stata raggiunta dall’Ente provinciale solo all’esito dell’accertamento condotto dalla società di consulenza Finance active Italia S.r.l., conclusosi con la redazione della relazione peritale datata 15.6.2021 (doc. n. 18 fasc. att.). Tale relazione, peraltro, non è stata specificatamente contestata dalla \_\_\_\_\_, ad esempio mediante il deposito di una consulenza di parte che ne smentisse gli assunti sotto il profilo prettamente tecnico.

È, quindi, solo dalla data di tale relazione (*i.e.* 15.6.2021) che può ritenersi decorrente il termine di prescrizione decennale dell’azione volta a far valere la responsabilità contrattuale della banca in relazione all’attività di consulenza da questa prestata in forza dell’accordo dell’11.7.2002. Peraltro, difetta anche la prova di una diversa decorrenza e/o di una conoscenza effettiva precedente alla data indicata dalla Provincia di \_\_\_\_\_ prova che avrebbe dovuto essere fornita dalla Banca eccipiente, non potendosi attribuire alcuna rilevanza al fatto che altri Enti locali, a partire dalla fine degli anni 2000, avevano contestato la legittimità dei contratti derivati sottoscritti, non potendosi da ciò desumere, neppure in via presuntiva, che anche la Provincia di \_\_\_\_\_ avesse avuto contezza e percezione del pregiudizio patito.

Pertanto, essendo la notifica dell’atto di citazione intervenuta in data 25.6.2021, l’eccezione di prescrizione deve essere rigettata.

\*\*\*\*\*

#### 8. Sulla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

pagina 47 di 53

La banca convenuta ha poi sollecitato, in via subordinata, nell'ipotesi in cui il Tribunale si fosse ritenuto vincolato ai principi della Sentenza Cattolica, l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché valuti se la normativa italiana in materia di derivati, come interpretata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 8770/2020, sia sostanzialmente conforme alla normativa UE in materia di condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento - quale contemplata *inter alia* dalle direttive 2004/39/CE (c.d. MIFID I), 2006/73/CE e dal regolamento 1286/2014 - e, quindi, fosse rispettosa degli artt. 49, 56 e 63 TFUE, nonché dei principi di proporzionalità e non discriminazione.

Questo giudice, al pari di altri giudici di merito cui è stata rivolta la medesima richiesta (così, tra le tante, Corte d'Appello di Bologna n. 404/2022; Tribunale di Milano, n. 2295/2024), non ravvisa i presupposti per l'accoglimento dell'istanza, in considerazione del fatto che le norme applicate nel caso di specie, nonché richiamate ed interpretate nella citata sentenza a Sezioni Unite, sono le disposizioni di cui agli artt. 1321, 1322, 1325, 1346 e 1418, comma secondo, c.c. poste in relazione alla struttura del contratto IRS, non già le norme di settore, di derivazione europea, in materia di obblighi informativi in capo agli intermediari finanziari ed in favore dell'investitore (cfr. in senso conforme, Tribunale di Milano, n. 2295/2024; Corte di Appello di Bologna, n. 404/2022). L'istanza va disattesa anche in ragione del fatto che la domanda di pronuncia pregiudiziale rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non può avere ad oggetto l'interpretazione che la giurisprudenza interna fornisce alle norme del diritto nazionale.

Emblematica sul punto è la recente pronuncia della Suprema Corte (Cass. n. 7368/2024), la quale ha così argomentato: "*Quanto disposto nell'art. 19 della dir. 2004/39/CE e nell'art. 33 della dir. 2006/73/CE esclude che la necessità di dare evidenza, nel contratto, al mark to market e ai costi impliciti — necessità postulata dalle Sezioni Unite, e su*

*cui ci si è in precedenza soffermati – si ponga in conflitto con la disciplina euro-unitaria: le indicazioni relative a tali elementi sono piuttosto coerenti con la necessità di specificare i rischi associati all’investimento, le caratteristiche dello strumento finanziario e il prezzo che il cliente deve pagare in relazione allo strumento finanziario e ai servizi ad esso correlati. E del resto, pure la Consob, con la richiamata comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009, si pone in linea di continuità con tali prescrizioni”.*

Infine, riguardo all’ulteriore richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea con riguardo (anche) all’interpretazione degli artt. 49, 56 e 63 TFUE - che tutelano la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi anche finanziari - con la disciplina della struttura dei contratti derivati nella visione fornita dalla Sentenza Cattolica, si ritiene che la sua prospettazione sia del tutto generica. Invero, la violazione dei menzionati articoli non è in alcun modo apprezzabile, posto che oggetto del presente giudizio sono, tra gli altri, gli obblighi imposti all’intermediario/consulente per contenere la rischiosità del contratto entro i limiti della c.d. alea razionale, nell’intento di rispettare, trattandosi di ente pubblico, le dichiarate finalità di copertura e di equilibrio di bilancio, nonché per consentire all’investitore una conoscenza chiara e completa dei rischi e dei benefici dello strumento finanziario proposto (v. in senso conforme, Corte di Appello di Venezia, sentenza n. 1581/2024).

Ne consegue l’irrelevanza del richiamato diritto unionale nel caso di specie.

\*\*\*\*\*

#### 9. Sul risarcimento del danno

All’accertato inadempimento della Banca convenuta alle obbligazioni derivanti dal contratto di consulenza dell’11.7.2002 consegue la condanna della Banca convenuta al risarcimento dei danni,

rappresentati dai complessivi esborsi sostenuti dall'Ente provinciale in dipendenza dei contratti derivati.

Nella prospettazione attorea di cui all'atto di citazione introduttivo del presente giudizio (si veda pag. 64 e ss., paragrafo 6, oltre all'indagine peritale attorea *sub doc.* 18), il danno è stato quantificato come segue:

- *Swap* 2003: valore di mercato negativo (*mark to market*, rappresentante il costo implicito) al 15.09.2023 € 190.853,60 - differenziali positivi al 30.06.2005 € 22.040,55;

- *Swap* 2005: disvalore di mercato iniziale (definito come costo implicito, considerato che il nuovo contratto ha inglobato il costo di estinzione anticipata del precedente *Swap*, il quale presentava un valore negativo) € 517.089,91 + differenziali negativi € 5.996.833,83 + MTM negativo del contratto € 1.891.392,77;

e, così, alla data della citazione, per totali € 8.574.129,56, oltre alla componente di danno integrata dai flussi differenziali relativi allo *Swap* 2005 scambiati alla data della sentenza, interessi legali e rivalutazione monetaria al saldo.

Con comparsa conclusionale, la Provincia ha dato atto che, nelle more del presente giudizio, sono stati regolati ulteriori flussi differenziali relativi allo *Swap* 2005, così procedendo ad un aggiornamento dei relativi dati, *i.e.* dei differenziali negativi pari a € 6.748.696,59 (v. doc. n. 46 fasc. att.) e del valore negativo MTM in base all'ultima rilevazione effettuata da al 31.5.2024 pari a € 73.211,00 (v. doc. n. 47 fasc. att.).

I dati sopra richiamati relativi ai flussi differenziali, ricavati anche dall'elaborato peritale attoreo, non sono stati specificamente contestati nel loro ammontare dalla difesa della convenuta, la quale in corso di causa non ha offerto una diversa prospettazione e/o quantificazione degli stessi: si ritiene, pertanto, che la Provincia abbia diritto al ristoro dei dedotti danni, da quantificarsi, alla luce degli aggiornamenti operati, in € 6.748.696,59.

A tale quantificazione si perviene seguendo l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza di legittimità (ribadito dalla recente Cass. n. 7315/2024), secondo cui, laddove *"gli investimenti in titoli con alto profilo di rischio hanno esorbitato dall'incarico originariamente conferito dagli investitori all'istituto bancario, accostabile al mandato, che prevedeva investimenti garantiti coerenti col profilo di basso rischio, in relazione al quale si configurano come negozi esecutivi di acquisizione (Cass., sez. un., nn. 26724 e 26725/07; n. 18122/20)"*, gli effetti degli atti eccedenti il mandato restano a carico del mandatario: il modo di esecuzione del mandato non può rientrare nella discrezionalità del mandatario, poiché costituisce proprio il contenuto dell'obbligazione che grava su di lui.

Applicato tale principio al caso in esame, avuto riguardo agli obblighi contrattuali assunti da (assistenza, consulenza e gestione delle operazioni in derivati), deve ritenersi che siano rimasti a carico della banca gli effetti dannosi consistenti nelle perdite subite (sull'identificazione del danno patito dall'investitore col capitale perduto, v. Cass. n. 8353/23, punto 3.12).

La banca convenuta ha invocato l'applicazione dell'art. 1227 c.c. al fine di neutralizzare o, comunque, ridurre l'eventuale risarcimento in favore della Provincia.

L'eccezione in esame risulta, tuttavia, sfornita di idonea allegazione, non avendo l'eccepiente specificato in cosa consista, concretamente, la condotta di cooperazione colposa alla verifica dell'evento imputabile all'Ente; neppure con riferimento alla fattispecie di cui al secondo comma – alla luce del quale, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, la mancanza dell'intervento del danneggiato, per essere rilevante, deve costituire violazione di un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede - la banca convenuta ha fornito prova della ritenuta violazione, da parte della



causa innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in applicazione dei parametri di cui al D.M. 55/2014, aggiornato ex D.M. 147/2022 (valore indeterminabile, complessità alta).

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Pesaro, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

-dichiara l'inadempimento di \_\_\_\_\_ agli obblighi derivanti dal contratto di consulenza dell'11.7.2002 stipulato con la Provincia di \_\_\_\_\_

-conseguentemente, dichiara tenuta e condanna \_\_\_\_\_ al risarcimento dei danni in favore della Provincia liquidati nella complessiva somma di € 6.748.696,59, oltre interessi legali dal dovuto al saldo;

-dichiara tenuta e condanna \_\_\_\_\_ alla rifusione delle spese di lite in favore della Provincia di \_\_\_\_\_ che liquida, quanto al presente giudizio, in € 64.138,00 per compenso e in € 1.713,00 per esborsi, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge, e in € 7.655,00 per il procedimento di regolamento di giurisdizione innanzi alla Corte di Cassazione (R.G. n. 22895/2022), oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Pesaro, il 23.12.2024

Il giudice

*Maria Rosaria Pietropaolo*