



Sent. n.299/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LAZIO

composta dai Signori Magistrati:

| | |
|----------------------------|--------------------|
| dott. Tommaso Miele | Presidente correl. |
| dott. Massimo Balestieri | Consigliere rel. |
| dott.ssa Beatrice Meniconi | Consigliere |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio iscritto al **n. 75600** del registro di segreteria promosso dalla Procura regionale del Lazio nei confronti dei Signori:

1) X X (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avv. prof. Lucio Ghia e dall'avv. Alessandro Giorgetta;

2) X X (OMISSIS), rappresentato e difeso dagli avv.ti prof. Luisa Torchia, Riccardo Montanaro e Valerio Turchini;

3) X X (OMISSIS), rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Palmieri, Giuseppe Iannaccone, Riccardo Lugaro e Alessandra Pagliari.

4) X X (OMISSIS), rappresentato e difeso dall'avv. Mario D'Urso.

Visti gli atti e i documenti tutti di causa.

Uditi alla pubblica udienza del 14 ottobre 2021, con l'assistenza del segretario d'udienza dott. Antonio Fucci, il relatore consigliere Massimo Balestieri, il pubblico ministero nella persona del vice procuratore generale Massimiliano Minerva, gli avvocati Alessandro Giorgetta e, per delega dell'avv. prof. Lucio Ghia, l'avv. Enrica Maria Ghia per il convenuto X X, l'avv. prof. Luisa Torchia per il convenuto X X, gli avv.ti Antonio Palmieri, Giuseppe Iannaccone, Riccardo Lugaro e Alessandra Pagliari per la convenuta X X, l'avv. Mario D'Urso per il convenuto X X.

FATTO

1. Con atto di citazione in riassunzione la Procura regionale rappresentato che, con atto di citazione emesso il 22 giugno 2017, aveva convenuto in giudizio la OMISSIS, la dott.ssa X X, il dott. X X, il prof. X X e il prof. X X, chiedendo la loro condanna al risarcimento a favore dello Stato - Ministero dell'Economia e delle Finanze di un danno patrimoniale pari complessivamente ad euro 3.943.913.732,13 (Tremiliardinoventoquarantatremilioninovecentotredicimilasettentotrentadue/13), causato dalla illecita stipulazione e negoziazione, successiva chiusura anticipata e contestuale

ristrutturazione - quest'ultima avvenuta tra dicembre OMISSIS e gennaio OMISSIS - di alcuni contratti relativi a prodotti finanziari derivati, sottoscritti dallo Stato italiano (Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel prosieguo MEF) con la OMISSIS (nel prosieguo OMISSIS).

La Procura ha esposto che, con la sentenza n. OMISSIS, la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lazio, oltre a dichiarare inammissibile l'intervento adesivo dipendente del OMISSIS, dell'OMISSIS e della OMISSIS per difetto di notifica dei relativi atti (e, in ogni caso, per carenza di interesse), dichiarava il difetto di giurisdizione nei confronti di tutti i convenuti, decisione che veniva confermata dalla Prima Sezione Giurisdizionale Centrale d'Appello della Corte dei conti con la sentenza n. OMISSIS. La Procura ha, quindi, richiamato la sentenza n. OMISSIS del OMISSIS delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha dichiarato *"la giurisdizione della Corte dei Conti sulle domande proposte nei confronti dei OMISSIS del Ministero, ed il difetto di questa giurisdizione sulle domande proposte nei confronti di OMISSIS"*, formulando il seguente principio di diritto: *"ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di*

gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati, rientra invece nella giurisdizione contabile, in quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell'agire amministrativo, l'azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faccia valere, quale petitum sostanziale, la mala gestio alla quale i OMISSIS del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti" (pag. 2 della citazione).

1.1 Ai fini del giudizio in riassunzione la Procura regionale ha trascritto il contenuto integrale dell'originario atto di citazione.

La Procura regionale ha rappresentato che il procedimento è stato aperto a seguito della pubblicazione di un articolo stampa del 17 marzo 2012 sul "OMISSIS" e che l'indagine istruttoria è stata delegata alla Guardia Di Finanza, Nucleo Polizia Tributaria Roma, Gruppo Tutela Spesa Pubblica/1^ Sezione Accertamento Danni Erariali - i cui esiti venivano compendati nella relazione conclusiva

dell'11 novembre 2015 ("Relazione GdF").
L'istruttoria è stata, poi, supportata dalla
consulenza tecnica conferita al dott. OMISSIS,
dirigente del OMISSIS.

Ha, quindi, osservato quanto segue:

a) *In data 24 gennaio 1995 veniva firmato un accordo quadro (datato 10 gennaio 1994) tra lo Stato (d'ora in poi, "Repubblica italiana", "Repubblica", o in sigla "ROI", Republic of Italy) e OMISSIS, società veicolo di diritto inglese della OMISSIS (d'ora in poi, OMISSIS in sigla "OMISSIS"), rispettivamente da OMISSIS, Responsabile pro tempore del OMISSIS (poi deceduto) e da OMISSIS (all. 21, della relazione GdF).*

L'accordo quadro in questione - "OMISSIS" (OMISSIS) - corrisponde alla prassi internazionale di settore e disciplina le procedure e le condizioni generali dei contratti in derivati finanziari che verranno stipulati tra due controparti. Esso si compone di una parte standard, che contiene gli obblighi generali dei contraenti e di una parte c.d. "schedule", che permette alle parti di adattare alle loro esigenze l'accordo stesso (una sorta di atto integrativo).

Va evidenziato che l'OMISSIS- governato dal diritto italiano e sottoposto alla giurisdizione nazionale in

virtù di apposita clausola (art. 13) - verrà espressamente richiamato in tutti i successivi contratti (mediante il meccanismo contrattuale della confirmation) con OMISSIS aventi ad oggetto gli strumenti derivati, con una formula standard ("forma parte integrante ed è soggetto all'OMISSIS..."): "This Confirmation supplements, for OMISSIS part of, and is subject to the OMISSIS dated as of 10 January 1994...". Le parti, inoltre, programmavano nello stesso accordo-quadro di stipulare un ulteriore contratto (cd OMISSIS), per definire i dettagli operativi del necessario meccanismo di garanzia (collateral, collateralizzazione), mai sottoscritto.

La peculiarità di questo specifico accordo del 1994 tra lo Stato e OMISSIS era costituita dalla presenza, nella parte schedule del OMISSIS, di una clausola di c.d. "Early Termination" (conclusione o risoluzione anticipata), la quale contemplava tre diverse circostanze (Additional Termination Events, ATE) al cui verificarsi era consentito a OMISSIS (e soltanto a questa) la facoltà di chiudere tutte le posizioni in essere.

In particolare, una delle clausole ATE (pag. 7 dello Schedule) prevedeva come causa di risoluzione

anticipata il superamento di limiti prestabiliti dell'esposizione creditizia di OMISSIS nei confronti della Repubblica - data dal valore di mercato dell'intera operatività della banca d'affari in essere con lo Stato - variabile in funzione del livello di rating dell'Italia. Al verificarsi di tale evento, OMISSIS aveva il diritto di chiedere alla Repubblica Italiana la riduzione dell'esposizione creditizia al di sotto del limite, ovvero procedere alla chiusura di tutto il portafoglio in essere. In particolare, i limiti dell'esposizione al superamento dei quali la clausola poteva essere attivata erano i seguenti (valori in dollari):

| Rating della Repubblica Italiana | Limite | di esposizione |
|----------------------------------|--------|----------------|
|----------------------------------|--------|----------------|

| | | |
|---------|-------------|--|
| Aaa/AAA | 150 milioni | |
| Aa1/AA+ | 75 milioni | |
| Aa2/AA | 75 milioni | |
| Aa3/AA | 75 milioni | |
| A1/A+ | 50 milioni | |
| A2/A | 50 milioni | |
| A3/A- | 50 milioni | |

In sostanza, in presenza di una esposizione creditoria oltre detti limiti, OMISSIS, maturando un credito correlato, avrebbe avuto facoltà di chiedere

il rientro sotto la soglia prevista e, in caso d'inadempienza, la risoluzione di tutti i contratti stipulati.

Di fatto, come risulta agli atti, in particolare dalla nota MEF-DT OMISSIS del 31 marzo 2014 (prot. Corte 1 aprile 2014, all. 6 della relazione Gdf), al momento della operazione di ristrutturazione/chiusura, il limite di esposizione, parametrizzato al rating di Repubblica, era stato superato almeno da dieci anni: secondo i dati forniti dal MEF, esso, in base al rating pro tempore dell'Italia, era di 75 milioni di dollari USA fino al 28 settembre 2006 (corrispondenti, al cambio dell'epoca, a 58,8 milioni di euro) e successivamente di 50 milioni di dollari USA (corrispondenti a 38,5 milioni di euro al 30 dicembre 2011); a fronte di tali limiti, il MEF nella stessa nota dichiara, come dato più risalente, il valore di mercato dei contratti che già al 29 marzo 2004 presentava un Mark to market (valore di mercato) negativo per Repubblica per circa 697,5 milioni di euro, dunque superiore di oltre 10 volte al limite di esposizione creditizia di OMISSIS, che nella stessa data ammontava, in base alla tabella sopra indicata, a circa 61,8 milioni di euro; inoltre, nell'audizione del 3 marzo 2014 (all.

0 Relazione GdF) la stessa dott.ssa X ha confermato che nel 2011 "il limite di esposizione era stato superato presumibilmente da oltre dieci anni" e, quindi, quantomeno dal 2000.

b) Successivamente alla stipula dell'OMISSIS, Repubblica Italiana e OMISSIS (cui succederà nel 2008 OMISSIS), hanno negoziato numerosi contratti, tra i quali, ai fini del presente atto, rilevano i seguenti:

A1. Cross Currency Swap GBP/EURO e A.2 Receiver Swaption in sterline (emissione titoli nel 1989 e stipula swap nel 1999).

Con decreto del Ministro del Tesoro n. OMISSIS del 5 aprile 1989 (all. 22 alla relazione finale della GdF), è stata disposta un'emissione sul mercato internazionale di titoli, per l'importo di 400.000.000 di sterline inglesi (GBP), ad un tasso di interesse fisso pari al 10.50%, pagabile in rate annuali posticipate. Il prestito aveva la durata complessiva di 25 anni, con emissione nel mese di aprile 1989 e scadenza entro il 30 aprile 2014.

In data 24 agosto 1999, il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica (nella persona del OMISSIS dott. X X), stipulava con OMISSIS un Cross Currency Swap (CCS), a copertura della

suddetta emissione in sterline (all. 23 della Relazione della Guardia di finanza).

Il derivato prevedeva che il predetto Ministero, nel periodo dal 28 aprile 2000 al 28 aprile 2014, avrebbe ricevuto, sul predetto nozionale di 400 milioni di sterline, una cedola annua pari al 10,5% e avrebbe pagato, su un nozionale di poco inferiore ai 608 milioni di euro, una cedola annua dell'8,3147%. Alla scadenza del contratto (28 aprile 2014) OMISSIS avrebbe versato al MEF 400.000.000 di sterline, importo che avrebbe permesso di rimborsare gli investitori e il MEF avrebbe versato a OMISSIS 607.742.75 di euro, ammontare definito al cambio predeterminato alla stipula del contratto.

Con lo stesso contratto del 24 agosto 1999, il Ministero del Tesoro ha venduto a OMISSIS una receiver swaption che attribuiva a OMISSIS la facoltà di entrare il 28 aprile 2014 in un OMISSIS (OMISSIS) a 25 anni con nozionale di 1 miliardo di sterline inglesi (GBP), nel quale il MEF avrebbe pagato un tasso del 5% e ricevuto un tasso variabile (GBP Libor a 6 mesi).

Nella già citata relazione del 17 aprile 2013 (all. 2 della Relazione interlocutoria della Guardia di finanza del 3.2.2014), il MEF ha precisato che, a

differenza dello standard dei CCS, nel caso in esame non c'è stato alcuno scambio iniziale di capitale, in quanto il derivato non partiva contestualmente all'emissione del bond in sterline, bensì 10 anni dopo. La funzione del CCS era quella di eliminare l'esposizione all'andamento del tasso di cambio GBP/Euro, insita nelle cedole del bond e nel capitale da rimborsare alla scadenza.

Con riferimento alla vendita della receiver swaption, il MEF, ha indicato che "la logica di questa particolare struttura può essere così ricostruita. La vendita dell'opzione di estensione costituiva un utile strumento per monetizzare il premio associato alla struttura e ridurre, così, il tasso a carico della Repubblica nel CCS, in quanto il premio non fu incassato bensì verosimilmente utilizzato per ridurre il tasso in euro per i successivi 15 anni".

Successivamente, in data 10 dicembre 2003, il MEF ha deciso "di trasformare l'opzione suddetta al fine di prendere beneficio dalla conformazione della curva dei tassi d'interesse e della volatilità in sterline" (relazione MEF del 17 aprile 2013), procedendo al riacquisto della swaption con contestuale vendita di una nuova opzione con nozionale aumentato, maggior durata e data d'esercizio dell'opzione posposta nel

tempo; il costo del riacquisto dell'opzione è stato portato in diminuzione del premio da riscuotere, per cui la nuova operazione si configura come una "ristrutturazione" della precedente.

In particolare, con l'accordo del 10 dicembre 2003 (all. 25 Relazione GdF), sottoscritto dalla dott.ssa X X e da OMISSIS, è stata cancellata l'opzione sopra descritta, mantenendo le condizioni originarie del CCS; con decreto n. OMISSIS del 4 marzo 2004, il OMISSIS, prof. X X ha approvato il suddetto contratto (all. 26 Relazione GdF); con separato accordo del 10 dicembre 2003, sottoscritto dalla dott.ssa X e da OMISSIS (all. 27), il MEF ha venduto alla OMISSIS un'opzione da GBP 1,5 miliardi con data di esercizio 4 agosto 2028, a fronte di un premio annuo di 2,64 milioni di sterline che il MEF avrebbe riscosso fino alla data di esercizio dell'opzione (dal 4 agosto 2004 al 4 agosto 2028). L'opzione conferiva alla OMISSIS il diritto ad entrare in un OMISSIS trentennale (dal 2028 al 2058), nel quale avrebbe pagato semestralmente (il 4 febbraio e il 4 agosto di ogni anno) un tasso variabile in sterline inglesi (GBP Libor a 6 mesi) e riscosso annualmente (ogni 4 agosto) un tasso fisso del 5%.

Nel contratto è stata inserita una specifica clausola

di *Early Termination* che conferiva a ciascuna parte il diritto di chiudere anticipatamente l'operazione il 12 dicembre 2008 e poi il 12 dicembre di ogni quinto anno successivo, qualora l'altra parte avesse ricevuto una valutazione uguale o inferiore ad "A3" dall'agenzia "Moody's" oppure uguale o inferiore ad "A" dall'agenzia "Standard & Poor's".

Il suddetto contratto è stato approvato definitivamente con decreto n. OMISSIS a firma del OMISSIS, prof. X X, in data 12 febbraio 2004 (all. 28 Relazione GdF).

In merito alla logica dell'operazione, nella relazione del 17 aprile 2013 il MEF ha dichiarato che "all'epoca, la view diffusa sui mercati circa la possibile convergenza tra i tassi in sterline e quelli in euro rendeva coerente la presenza nel portafoglio derivati della Repubblica di opzioni denominate in quella valuta, benché diversa da quella nazionale. Non solo, era altresì condivisa l'opinione che, in un arco di tempo pluridecennale, fosse elevata la probabilità che anche la valuta britannica confluisse nell'euro".

B.1 Cross Currency Swap (CCS) USD/EURO e B.2 Receiver Swaption in sterline/euro.

Nel 2002 il MEF ha stipulato un Cross Currency Swap

(CCS) con valute USD/Euro, correlandolo ad un'emissione trentennale (del Tesoro) in dollari americani del settembre 1993, con cedole del 6,875% (pagabili in rate semestrali posticipate) e circolante di 3,5 miliardi di dollari (all. 29 Relazione GdF).

In particolare, con l'accordo del 9 gennaio 2002, sottoscritto dalla dott.ssa X X per il MEF (all. 30 Relazione GdF), quest'ultimo a partire dal 27 marzo 2002 e fino al 27 settembre 2023, avrebbe ricevuto, su di un nozionale di 1.000.000.000 di dollari, una cedola semestrale (27 settembre e 27 marzo di ogni anno) pari al 6,875% e pagato, su un nozionale di 695.434.931 sterline inglesi, una cedola semestrale (27 settembre e 27 marzo di ogni anno) del 5,555%.

Alla scadenza del contratto (27 settembre 2023) OMISSIS avrebbe versato al MEF 1.000.000.000 di dollari statunitensi e il MEF avrebbe versato a OMISSIS 695.434.931 sterline inglesi, ammontare definito al cambio predeterminato alla stipula del contratto.

Con lo stesso contratto del 9 gennaio 2002, il MEF ha venduto a OMISSIS una receiver swaption che attribuiva a OMISSIS la facoltà (da esercitare il 27 settembre 2023) di entrare in un OMISSIS (OMISSIS)

con un nozionale in sterline inglesi (GBP) di 695.434.931, nel quale il MEF avrebbe corrisposto a OMISSIS pagamenti semestrali ad un tasso fisso del 4,5% e ricevuto, alle stesse scadenze, un tasso variabile (GBP Libor a 6 mesi) dal 27 marzo 2024 al 27 settembre 2043. Nel contratto non è stato indicato alcun pagamento di premi.

Con decreto n. OMISSIS del 23 gennaio 2002 (all. 31), a firma del Ministro dell'Economia e delle Finanze pro tempore, è stata autorizzata la stipula del CCS. Per spiegare la peculiare struttura dell'operazione - trasformazione di una parte dell'esposizione in dollari (USD 1 miliardo) in una in sterline (GBP 695 milioni circa - il MEF nella più volte citata Relazione del 2013 scrive che fu eseguita per "trarre vantaggio dalla peculiare conformazione della curva dei rendimenti inglese - invertita nella parte a lungo termine - e sempre nell'ottica di futura convergenza tra sterlina ed euro". Ed ancora che, poiché l'operazione di CCS fu eseguita quasi dieci anni dopo la data di emissione della correlata emissione in valuta e in un contesto di tassi completamente diverso, la receiver swaption fu venduta "al fine di ridurre l'onere a carico della Repubblica".

Nel settembre del 2006, il MEF ha concordato una ristrutturazione del CCS per ridenominare la c.d. "gamba a pagare" (da sterline ad euro), lasciando inalterata la "gamba a ricevere" in dollari (sia in termini di nozionale che di tasso fisso ricevuto). In quest'occasione, la receiver swaption non è stata modificata.

In particolare, con l'accordo del 5 settembre 2006 (all. 32 Relazione GdF) firmato dalla dott.ssa X X per il MEF, quest'ultimo avrebbe ricevuto, su di un nozionale di 1.000.000.000 di dollari, una cedola semestrale (27 settembre e 27 marzo di ogni anno) pari al 6,875% e pagato, su un nozionale di 1.030.579.329 di euro, una cedola semestrale (27 settembre e 27 marzo di ogni anno) del 4,89%.

Alla scadenza del contratto (27 settembre 2023), OMISSIS avrebbe versato al MEF 1.000.000.000 di dollari statunitensi ed il MEF avrebbe versato a OMISSIS 1.030.579,329 di euro.

Il predetto accordo di ristrutturazione è stato approvato con decreto n. OMISSIS del OMISSIS del 25 settembre 2006 (all. 33 Relazione GdF) a firma della dott.ssa X X.

Con successivo l'accordo del 6 giugno 2008 (all. 34), sottoscritto dalla dott.ssa X X per MEF, è stato

stabilito di anticipare la data di esercizio dell'opzione, trasformare il nozionale (da sterline inglesi ad euro), aumentare la durata e diminuire il tasso fisso (a 4,10%).

Anche in questo caso, nel contratto relativo alla swaption era stata inclusa una clausola unilaterale di early termination a favore della Repubblica in caso di una riduzione del rating di OMISSIS al di sotto del livello di rating pari a "BBB" da S&P e "Baa2" da Moody's (credit event).

Tale circostanza è da collegare al fatto che pochi mesi prima, il 22 aprile 2008, vi era stata una novazione soggettiva che, come si vedrà, trasferiva tutte le posizioni in derivati contratte con il veicolo OMISSIS alla controparte OMISSIS, che non aveva massimo merito di credito.

Il contratto di ristrutturazione della swaption è stato approvato con decreto n. OMISSIS del 12 gennaio 2009 del OMISSIS (all. 35 Relazione GdF), firmato dalla dott.ssa X X.

C. OMISSIS a 30 anni da 3 miliardi di euro

Con l'accordo del 2 luglio 2004, firmato dalla dott.ssa X X (in data 21 luglio 2004) per il MEF (all. 36 Relazione GdF), questi ha venduto alla OMISSIS una receiver swaption con data di esercizio 26 agosto

2005.

In particolare, il Ministero ha concesso alla banca d'affari la facoltà (esercitabile il 26 agosto 2005) di essere controparte in un OMISSIS con nozionale di 2 miliardi di euro, nel quale il MEF avrebbe pagato annualmente (il 1° settembre di ogni anno dal 2006 al 2035) un tasso fisso del 4,9% e riscosso semestralmente (il 1° marzo ed il 1° settembre di ogni anno dal 2006 al 2035) un tasso variabile indicizzato all'Euribor a 6 mesi. Per la vendita dell'opzione il MEF ha incassato un premio di 29.000.000 di euro.

Subito dopo, il 2 agosto 2004, l'accordo firmato dalla dott.ssa X X (in data 16 novembre 2004) per il MEF (all.37), realizzava la ristrutturazione dell'opzione di cui sopra, aumentando, tra l'altro, il nozionale del sottostante OMISSIS a 3 miliardi di euro a fronte di un premio addizionale di 18.028.485 euro, e lasciando invariate le altre condizioni.

I predetti accordi sono stati approvati con decreto n. OMISSIS in data 17 dicembre 2004 del OMISSIS (all.38).

Il 26 agosto 2005, OMISSIS ha esercitato il diritto d'opzione con conseguente stipula del contratto di OMISSIS da 3 miliardi di euro a 30 anni (dal 1°

settembre 2005 al 1° settembre 2035) nel quale il MEF effettuava pagamenti annuali (1° settembre di ogni anno) calcolati sul tasso fisso del 4,9% e riceveva flussi variabili semestrali indicizzati all'Euribor 6 mesi. L'accordo è stato sottoscritto dalla dott.ssa X X per il MEF (all. 39 Relazione GdF).

Nel contratto è stata inserita una clausola bilaterale di risoluzione anticipata per evento di credito (credit event) di tipo "bermuda", vale a dire esercitabile a intervalli di tempo regolari, in questo caso ogni 5 anni con soglia di rating pari a "A-" da S&P e "A3" da Moody's e prima data di esercizio prevista per il 2 agosto 2014.

D. OMISSIS ex OMISSIS

L'articolo 1, commi 966-969, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) ha disposto l'assunzione a carico del bilancio dello Stato degli oneri per capitale ed interessi dei titoli emessi e dei mutui contratti da OMISSIS fino al 31 dicembre 2005 per il finanziamento degli investimenti per la realizzazione della infrastruttura ferroviaria ad alta velocità "Linea Torino-Milano-Napoli", nonché gli oneri delle relative operazioni di copertura.

Nel portafoglio di OMISSIS vi erano 11 swap eseguiti a copertura di titoli e mutui e tra questi 5 avevano

OMISSIS come controparte.

Il derivato interessato dalla chiusura oggetto del presente atto è lo swap da 1 miliardo di euro con partenza 25 aprile 2005 e scadenza 31 luglio 2026, in cui la OMISSIS riceveva il tasso variabile indicizzato all'Euribor 12 mesi più uno spread di 23,5 punti base (0,235%) e pagava un tasso fisso del 5,48% annuo (all. 40, 41 e 42).

Con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze n. OMISSIS del 27 dicembre 2006 (all. 43), sono stati determinati i criteri e le modalità di assunzione da parte dello Stato degli oneri di cui al citato comma 966 della legge n. 296/2006.

Il subentro del MEF nel contratto swap, c.d. "ex OMISSIS", è stato formalizzato con l'accordo del 31 luglio 2007, firmato dalla dott.ssa X X per il Ministero (all.44 Relazione GdF).

L'operazione conteneva una clausola reciproca di Early Termination, non collegata ad alcun evento di credito, già concordata da OMISSIS alla stipula del contratto di swap, con prima data di esercizio nel 2014 e successivamente ogni anno.

d) Dal punto di vista delle vicende soggettive, è anche emerso che come già riferito, con accordo datato 22 aprile 2008 (con effetto dal 24 aprile

2008), approvato con decreto n. OMISSIS del 20 maggio 2008 (all. 45-46), tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze (a firma della dott.ssa X X), la "OMISSIS" e la "OMISSIS", i diritti e gli obblighi sorti per effetto di 19 contratti in derivati finanziari posti in essere tra il MEF e la "OMISSIS", nonché i diritti e gli obblighi derivanti dall'OMISSIS del 10 gennaio 2004, sono stati trasferiti alla "OMISSIS". Inoltre, sempre con effetto dal 24 aprile 2008 la OMISSIS subentra anche nell'OMISSIS del 10 gennaio 1994" (pag. 6-12 della citazione in riassunzione).

1.2 Nel quadro fattuale sopra descritto la Procura regionale ha rappresentato che verso la fine del 2011 la OMISSIS ha valutato l'esercizio della clausola di "Early Termination" e che, al fine di evitare la risoluzione anticipata di tutte le posizioni in corso il MEF, dopo aver ritenuto non percorribili le altre soluzioni previste dalla clausola quali la novazione soggettiva dei contratti a favore di una controparte terza o prestazione di una garanzia (collateral), ha preferito accettare la proposta della OMISSIS con conseguente chiusura volontaria delle quattro operazioni precedentemente descritte e ristrutturazione di due cross currency swap.

L'accordo è stato formalizzato in data 22 dicembre 2011 e sottoscritto per il MEF dalla convenuta X e prevedeva due distinte fasi, nella prima delle quali, portata a termine alla fine di dicembre 2011 e regolata finanziariamente il successivo 3 gennaio, sono stati ricondotti a mercato gli swap e nella seconda fase, eseguita tra l'11 e il 13 gennaio 2012, sono stati cancellati tutti gli swap e le opzioni eseguite durante la prima fase; la ristrutturazione dei due cross currency swap è stata effettuata il 28 dicembre 2011. In occasione delle suddette operazioni è stata cancellata la clausola ATE.

1.3 Dopo aver illustrato gli elementi in fatto, la Procura regionale ha esposto il quadro normativo di riferimento identificandolo nell'articolo 8 della legge 22 dicembre 1984, n. 887, nel d.p.r. 30 dicembre 2003, n. 398, recante il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di debito pubblico e nei "decreti cornice" previsti dall'art. 3 del citato d.p.r.

Alla luce dei fatti sopra esposti, la Procura regionale ha rilevato l'assenza della finalità di copertura dei citati contratti e/o inidoneità rispetto alla finalità di ristrutturazione del debito pubblico, in quanto *"caratterizzati da un alto*

livello di imponderabilità degli effetti e da un alto grado di aleatorietà che, alla luce della presenza della clausola ATE e tenuto conto del contesto operativo in cui essi venivano negoziati, conferisce alle operazioni i caratteri della non conservatività (in taluni casi, della speculatività), ponendosi del tutto al di fuori dell'ordinamento" (pag. 29 della citazione in riassunzione).

La Procura regionale ha, quindi, rilevato che "le receiver swaption - non solo come strumento in sé, ma come strategia finanziaria del MEF (consulenza tecnica integrativa del 31.5.2017, par 2.3 e 2.4) poste in essere al solo scopo di ottenere benefici a breve termine, presentano indubbia natura non conservativa o speculativa e contraddicono gli obiettivi dichiarati di allungamento della duration e copertura dal rialzo dei tassi, tale da rendere queste operazioni non compatibili con la provenienza pubbliche delle risorse impiegate e con la loro necessaria funzionalizzazione alla ristrutturazione del debito pubblico italiano, perché in contrasto con i principi costituzionali e con l'art. 3, co. 1, lett. c) del DPR 398 del 2003 (riduzione del costo complessivo dell'indebitamento o buon funzionamento del mercato secondario dei titoli di Stato)" (pag. 33

della citazione in riassunzione). Ha, poi, evidenziato che i *"due swaption erano espressi originariamente in valuta estera"* e che *"gli Stati sovrani non hanno di per sé alcun osservatorio privilegiato su mercati esteri a differenza di quello nazionale ..."* (pag. 34 della citazione in riassunzione).

1.4 Con riferimento alla clausola ATE, la Procura regionale ha evidenziato che tale clausola era in contrasto con gli obiettivi del MEF di protezione dai rischi di mercato e del c.d. "allungamento della duration". Ha, quindi, rilevato la mancata attivazione della c.d. "garanzia collateral", pur ipotizzata dalla stessa OMISSIS in fase di conclusione OMISSIS del 1994. Sul punto la Procura regionale ha osservato che l'attivazione della clausola ATE presupponeva il meccanismo di garanzia e che la OMISSIS aveva, quindi, accettato di operare come controparte del MEF aumentando la sua esposizione, che già da diversi anni superava i limiti pattuiti, senza il supporto di tale garanzia, così ponendosi nella medesima posizione degli altri operatori che non beneficiavano di analoga clausola ATE.

1.5 Alla luce delle considerazioni che precedono, la

Procura regionale ha evidenziato gli effetti della clausola ATE sui contratti in esame, qualificando come illecita la loro causa per i seguenti profili:

- violazione di norme imperative, in quanto i contratti avevano finalità speculative (finalità non di copertura, assunzione di rischio per effetto della clausola ATE, assenza di collateral);

- contrarietà all'ordine pubblico economico, tenendo conto anche dell'art. 41, comma 1, della legge n. 448/2001, che seppur espressamente applicabile ai soli enti territoriali, dispone che i contratti derivati possono essere stipulati se finalizzati a *"contenere il costo dell'indebitamento e ... monitorare gli andamenti di finanza pubblica"*.

- snaturamento della causa concreta, non meritevole di tutela per i seguenti motivi:

a) non misurabilità del rischio in quanto la durata dei contratti dipendeva dalla discrezionalità di OMISSIS;

b) irrazionalità ed incongruità rispetto agli obiettivi dichiarati;

c) finalità non di copertura delle vendite di swaption;

d) asimmetria conoscitiva in quanto il MEF per diversi anni ha stipulato contratti derivati con

OMISSIS senza avere contezza della clausola ATE e OMISSIS non ha informato correttamente e lealmente il MEF, in base ai suoi doveri fiduciari.

1.6 Alla luce di quanto precede, la Procura regionale ha rilevato la negligenza e l'imperizia nella gestione da parte del MEF della clausola ATE e nella fase di chiusura/ristrutturazione dei contratti. Al riguardo, ha, in particolare, osservato che il MEF non ha attivato alcuna verifica legale in ordine alla fondatezza dell'esercizio della clausola, tenendo conto del mancato rispetto di OMISSIS dei requisiti procedurali previsti per l'attivazione della stessa. Secondo la Procura regionale la crisi economico - finanziaria 2008-2011 non costituisce la causa del danno né assume rilievo sotto il profilo del nesso causale e psicologico.

1.7 Con riferimento alla fase di chiusura dei contratti, la Procura regionale ha evidenziato che il MEF si è limitato a recepire la proposta di OMISSIS senza effettuare alcuna autonoma valutazione, chiudendo le operazioni in due fasi piuttosto che in un'unica soluzione, con aggravio dei costi tra la prima e la seconda fase, quantificati in € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisette milioni/00), oltre a € 86.200.000,00 (Ottantasei milioni-

duentomila/00) a titolo di non meglio precisati "costi di hedging".

1.8 La Procura regionale si è, poi, soffermata sulla struttura organizzativa del MEF, rilevando la sua inadeguatezza di strumenti e personale.

Per quanto attiene agli strumenti ha dedotto la "mala gestio" in ordine alla valutazione del rischio finanziario, richiamando le osservazioni del consulente tecnico ed evidenziando che *"l'amministrazione non disponeva di strumenti che permettessero valutazioni di tipo probabilistico e, in particolare, non aveva sistemi software in grado di generare tali tipi di valutazioni per la curva swap; alcune tipologie di rischio, come il rischio legale non venivano considerate; i rischi di mercato venivano parzialmente analizzati, ma esclusivamente nella fase che precedeva l'operazione"* (pag. 60 della citazione in riassunzione); anche le banche dati (database) e gli strumenti software erano obsoleti e non idonei a valutare l'intero portafoglio. Sul punto, la Procura regionale ha rappresentato che solo dopo i contratti in questione il MEF si è dotato di strumenti adeguati alla gestione e monitoraggio del rischio inerente alla stipula di contratti derivati così complessi e che il MEF non ha, quindi,

documentato le specifiche attività di risk analysis compiute sui prodotti in esame.

Con riferimento al personale, la Procura regionale ha rilevato l'inadeguatezza delle dotazioni organiche del MEF - Direzione II - sia in termini numerici che di professionalità, rispetto alla gestione dei derivati finanziari oggetto del presente atto.

1.9 La Procura regionale ha, quindi, quantificato complessivamente il danno erariale in € 3.943.913.732,13 (Tremiliardinovecentoquarantatremilioninovecentotredicimilasettecentotrentadue/13), derivante dalle seguenti voci:

a) chiusura e ristrutturazione dei contratti: € 3.109.183.204,00 (Tremiliardicentonovemilionicento - ottantatremiladuecentoquattro/00);

b) costi di finanziamento sostenuti per sopperire al fabbisogno generato dalle predette operazioni: € 725.994.278,13 (Settecentoventicinquemilioninovecentonovantaquattromiladuecentosettantotto/13);

c) flussi finanziari negativi: € 108.736.250,00 (Centoottomilionisettecentotrentaseimiladuecentocinquanta/00).

La quota di € 2.760.739.612,49 (Duemilionisettecentosessantasettecentotrentanoveseicentododici/49) è stata imputata alla OMISSIS, ma tale quota di danno

non è oggetto del presente giudizio per effetto della sentenza della Corte di Cassazione n. OMISSIS del OMISSIS, che ha dichiarato il difetto della giurisdizione del giudice contabile sulla banca a favore del giudice ordinario; sul punto la Procura regionale ha precisato di aver inviato copia della predetta decisione della Suprema Corte e dell'atto di citazione originario al Ministro dell'Economia e delle finanze, con nota del 4 febbraio 2021, affinché provveda alla riassunzione del giudizio nei confronti di OMISSIS dinanzi al giudice competente.

Con riferimento alla rimanente quota del 30 per cento di danno, la Procura regionale ha riepilogato il ruolo avuto dai convenuti, ritenendo sussistente il nesso di causalità e l'elemento soggettivo della colpa grave.

1.10 In particolare, con riferimento alla posizione della convenuta dott.ssa X X nella sua qualità di OMISSIS dal dicembre 2000, ha rilevato quanto segue:

- ristrutturazione della receiver swaption gbp - 1 mld, aumentando il nozionale (a 1,5 mld) e la durata: ha firmato in data 10 dicembre 2003 due contratti attraverso i quali è stata effettuata la ristrutturazione;
- vendita e la successiva ristrutturazione della

receiver swaption da 695 mln di sterline (poi 1,5 miliardi di Euro): ha firmato il contratto del 9 gennaio 2002 attraverso il quale è stata venduta, tra l'altro, la receiver swaption, l'appunto n. OMISSIS del 20 marzo 2008, con il quale ha proposto al OMISSIS la ristrutturazione della receiver swaption (ridefinita la valuta ed il tasso a pagare, aumentata la durata ed anticipata la data d'esercizio), il successivo contratto del 6 giugno 2008, attraverso il quale è stata ristrutturata la predetta receiver swaption, il decreto n. OMISSIS del 12 gennaio 2009, approvativo del contratto di ristrutturazione;

- vendita e la successiva ristrutturazione della receiver swaption da 2 miliardi di euro (poi 3 miliardi): ha firmato: l'appunto n. OMISSIS del 26 gennaio 2004 avente ad oggetto "attività in derivati per il 2004", che includeva la vendita della receiver swaption; il contratto del 2 luglio 2004, attraverso il quale è stata venduta la receiver swaption; il contratto del 2 agosto 2004, attraverso il quale è stata ristrutturata la receiver swaption aumentando il nozionale da 2 a 3 miliardi di euro;

- l'operazione di subentro dell'OMISSIS c.d. ex OMISSIS: ha firmato il contratto del 31 luglio 2007, concernente il subentro del MEF nello swap;

- ristrutturazione dei cross currency swap gbp/euro in occasione della chiusura dei quattro derivati avvenuta nel periodo finale del 2011: ha firmato il contratto datato 28 dicembre 2011 relativo alla ristrutturazione del cross currency swap gbp/euro; il decreto n. DT OMISSIS del 30 dicembre 2011 approvativo del suddetto contratto;

- ristrutturazione del cross currency swap usd/gbp in occasione della chiusura dei quattro derivati avvenuta nel periodo finale del 2011: ha firmato il contratto del 9 gennaio 2002 con il quale è stata aperta l'operazione cross currency swap usd/gbp, poi modificata in usd/euro; il contratto datato 28 dicembre 2011 relativo alla ristrutturazione del cross currency swap usd/euro; il decreto n. DT OMISSIS del 30 dicembre 2011 approvativo dei suddetti contratti.

1.11 La Procura regionale ha ravvisato la sussistenza del nesso causale e dell'elemento soggettivo della colpa grave in capo alla convenuta X tenendo presente tutti i profili di criticità già evidenziati nell'atto di citazione in ordine alle operazioni in questione. Con riferimento alla sussistenza del danno erariale la Procura regionale ha contestato quanto dedotto nella consulenza tecnica del prof. OMISSIS,

nominato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma nell'ambito del procedimento penale n. OMISSIS - conclusosi con il decreto di archiviazione del giudice per le indagini preliminari emesso in data 20 maggio 2015, che ha negato la sussistenza del danno, rilevando che il pubblico ministero penale non aveva formulato un quesito avente a oggetto la sussistenza o meno del danno erariale e che il citato consulente non ha esaminato i profili di criticità individuati dalla Procura regionale.

La Procura regionale ha, quindi, ritenuto che la convenuta X debba essere chiamata a rispondere del danno erariale per euro 982.556.950,99 (Novecentoottantaduemilionicinquecentocinquantasei - milanovecentocinquanta/99).

1.12 Con riferimento alla posizione del convenuto X X, nella sua qualità di OMISSIS dal 1997 al 30 novembre 2000, la Procura regionale ha riepilogato il suo ruolo come segue:

- vendita della receiver swaption GBP 1 mld, il cui nozionale è stato poi aumentato a 1,5 miliardi: ha firmato il contratto del 24 agosto 1999, con il quale è stata originariamente formalizzata la vendita della swaption;

- cross currency swap gbp (euro 1 mld) - poi oggetto di ristrutturazione da parte della dott.ssa X nel 2011: ha firmato il contratto del 24 agosto 1999 attraverso il quale è stata formalizzata l'operazione.

La Procura regionale ha, quindi, ritenuto che il convenuto X debba essere chiamato a rispondere del danno erariale per euro 95.946.443,11 (Novantacinquemilioninovecentoquarantaseimilaquattrocentoquarantatre/11).

1.13 Con riferimento alla posizione del convenuto X X, la Procura regionale ha riepilogato il ruolo avuto dal medesimo nella sua qualità di OMISSIS dal 23 novembre 2001 al 19 maggio 2005 come segue:

- ristrutturazione della receiver swaption gbp - 1 mld, con la quale è stato aumentato il nozionale (a 1,5 mld) e la durata, spostando la data d'esercizio dell'opzione: ha firmato i decreti n. OMISSIS del 12 febbraio 2004 e n. OMISSIS del 4 marzo 2004, approvativi dei contratti attraverso i quali è stata ristrutturata la receiver swaption;

- vendita e ristrutturazione della receiver swaption da 2 miliardi di euro (poi 3 miliardi): ha approvato l'appunto n. OMISSIS del 26 gennaio 2004 avente ad oggetto "attività in derivati per il 2004", che

includeva la vendita delle receiver swaption, apponendo la dicitura "tutti e 3 i punti mi paiono molto sensati D.S.";

La Procura regionale ha, quindi, ritenuto che il convenuto X debba essere chiamato a rispondere del danno erariale per euro 84.716.916,78 (Ottantaquattromilionisettecentosedicimilanovecentosettedici/78)

1.14 Con riferimento alla posizione del convenuto X X, nella sua qualità di OMISSIS dal 19 maggio 2005 al 29 novembre 2011, la Procura regionale ha evidenziato quanto segue:

- ha avallato e in ogni caso non impedito, pur essendone a conoscenza, la ristrutturazione della receiver swaption da gbp 695 mln e risulta destinatario dell'appunto n. OMISSIS del 20 marzo 2008, con il quale il OMISSIS, dott.ssa X, ha proposto la ristrutturazione della receiver swaption, nonché del memorandum datato 19 febbraio 2007 sottoscritto da un altro soggetto (relazione integrativa GdF dell'8 maggio 2017, all. 8), concernente la ristrutturazione della swaption in sterline effettuata nel 2008;

- ristrutturazione dei due cross currency swap effettuate in data 28 dicembre 2011: risulta essere

destinatario di una serie di e-mail, anche in data antecedente alla nomina a OMISSIS, relative alla suddetta ristrutturazione.

La Procura regionale ha, quindi, ritenuto che il convenuto X debba essere chiamato a rispondere del danno erariale per 19.953.808,77 (Diciannovemilioninovecentocinquantatremilaottocentotto/77).

1.15 Alla luce delle considerazioni che precedono, la Procura regionale ha ritenuto sussistente il nesso di causalità e la colpa grave anche in capo ai convenuti X, X e X.

1.17 La Procura regionale ha, quindi, chiesto la condanna dei convenuti per i seguenti importi, oltre oneri accessori:

- dott.ssa X X, euro 982.556.950,99 (Novecentoottantaduemilionicinquencentocinquantaseimilanovecentocinquanta/99);

- dott. X X, euro 95.946.443,11 (Novantacinquemilioninovecentoquarantaseimilaquattrocentoquarantatre/11);

- prof. X X, euro 84.716.916,78 (Ottantaquattromilionisettecentosedicimilanovecentosedici/78);

- prof. X X, euro 19.953.808,77

(Diciannovemilioninovecentocinquantatremilaottocento/77).

2. Con comparsa di costituzione e risposta del 22 settembre 2021, depositata in data 23 settembre 2021, nell'interesse del convenuto dott. X X, dall'avv. prof. Lucio Ghia e dall'avv. Alessandro Giorgetta, la difesa ha rappresentato che il convenuto ha ricoperto la carica di OMISSIS dal 19 maggio 1997 al 30 novembre 2000 e di OMISSIS) dal 15 maggio 2012 al 15 maggio del 2018.

2.1 In via pregiudiziale e preliminare, la difesa ha dedotto l'inammissibilità dell'investigazione integrativa disposta dalla Procura regionale in data 8 febbraio 2017 e ha chiesto lo stralcio della documentazione depositata all'esito della suddetta istruttoria o, in ogni caso, di non tener conto di essa ai fini della decisione, rilevando la violazione dell'art. 67, comma 7, del c.g.c., tenuto conto della genericità dell'istanza di proroga delle indagini depositata dalla Procura regionale in data 6 marzo 2017.

2.2 La difesa ha, poi, eccepito la prescrizione quinquennale rilevando che il danno si è perfezionato in data 24 agosto 1999 e ha, in ogni caso, segnalato che gli esborsi sono stati effettuati in data

anteriore al 12 luglio 2012 e la citazione è stata notificata in data 3 luglio 2017; sul punto ha evidenziato che l'invito a dedurre, notificato il 14 giugno 2016, non ha efficacia interruttiva della prescrizione, in quanto anteriore alla vigenza dell'art. 66 c.g.c. e privo dei caratteri necessari secondo la giurisprudenza contabile per costituire un valido atto di messa in mora, in quanto nell'invito a dedurre *"la Procura formula espresse riserve di ulteriore approfondimento e di ulteriori valutazioni ed, inoltre, una volta ricevute le controdeduzioni dei soggetti invitati, la stessa Procura (a dimostrazione ulteriore del fatto che l'invito a dedurre era del tutto dubitativo, ipotetico e con riserve), ha richiesto: (a) il raddoppio del termine per la proposizione dell'azione erariale; (b) nuovi approfondimenti istruttori; (c) un supplemento di consulenza tecnica al proprio consulente tecnico"* (pag. 23 della comparsa di costituzione); in subordine ha chiesto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, L. n. 20/1994 per violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), del dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), del diritto di difesa e del principio di certezza del diritto (art. 24 Cost.),

del principio di buon andamento dell'Amministrazione Pubblica (art. 97 Cost.) e del principio di ragionevolezza (riconducibile anch'esso all'art. 3 Cost.).

2.3 La difesa del convenuto ha, poi, dedotto il difetto di legittimazione passiva, l'assenza del danno e del nesso causale. Al riguardo ha rilevato che la Procura regionale ha contestato al convenuto X la sottoscrizione del cross currency swap gbp/euro e della receiver swaption in data 24 agosto 1999 e ha chiesto il risarcimento del danno erariale per la chiusura e ristrutturazione dei derivati nel periodo dicembre 2011/gennaio 2012. Sul punto la difesa ha rilevato che il convenuto non svolgeva alcun incarico al MEF dal 2000 e ha assunto altro incarico nel 2012. Ha, quindi, contestato la sussistenza di un danno ingiusto, in quanto si tratta di esborsi e costi sopportati dal MEF all'esito di una trattativa con OMISSIS e ha evidenziato il difetto del nesso di causalità in quanto la receiver swaption sottoscritta in data 24 agosto 1999 è stata cancellata dalla receiver swaption del 10 dicembre 2003 e per quanto attiene al cross currency swap ha prodotto documentazione attestante i flussi positivi per il MEF.

2.4 La difesa del convenuto X ha, quindi, rilevato la legittimità dei contratti che sono stati contestati al convenuto, richiamando l'art. 8, penultimo comma, della Legge 22 dicembre 1984, n. 887 come sostituito dall'art. 2, comma 165 della Legge 23 dicembre 1996 n. 662, il Decreto del Ministro del Tesoro del 10 novembre 1995, il Decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 ("TUF"), il Decreto del Ministro del Tesoro del 22 gennaio 1997 (c.d. "Decreto Ciampi") di approvazione del contratto quadro OMISSIS datato 10 gennaio 1994, sottoscritto il 24 gennaio 1995 tra il MEF (allora Ministero del Tesoro) e la OMISSIS, il Decreto del Ministro del Tesoro del 15 settembre 1999 con cui sono state autorizzate le suddette operazioni contestate al convenuto. Ha, quindi, evidenziato la finalità di copertura del cross currency swap dal rischio di cambio in relazione ad una precedente emissione obbligazionaria in sterline del 5 aprile 1989, disposta con Decreto del Ministro del Tesoro n. OMISSIS del 5 aprile 1989, sul mercato internazionale di titoli, e della receiver swaption con cui è stata perseguita la scelta di allungare durata del debito pubblico, segnalando, in particolare, che *"la ricezione del premio da parte dell'Italia fino al termine di esercizio dell'opzione, consente la*

riduzione del costo del CCS, e quindi in definitiva dei Titoli stessi” e che “La data di esercizio dell’opzione (dopo quindici anni) e la durata dell’eventuale OMISSIS (OMISSIS) a cui la prima dà accesso (venticinque anni) comportano un sostanziale aumento della duration” (pag. 46 della comparsa di costituzione). La difesa ha, poi, richiamato ampi passaggi della motivazione della sentenza di primo e di secondo grado e della requisitoria del Procuratore Generale della Suprema Corte che hanno evidenziato la legittimità delle operazioni in questione quali strumenti di copertura del debito, rilevando l’insussistenza della distinzione tra derivati di copertura e speculativi.

2.5 La difesa del convenuto X ha, poi, evidenziato l’elevata competenza tecnica della struttura alle dipendenze del Ministero nella gestione del debito pubblico, come riconosciuto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. OMISSIS, e ha rilevato che la condotta del convenuto è stata *“coerente con gli elementi conoscitivi a disposizione del Ministero in quel momento storico”* (pag. 61 della comparsa di costituzione). Sul punto ha, quindi, richiamato le informazioni contenute nei “Green Book” ovvero nei rapporti della Federal Reserve, da cui

potrebbe desumersi una politica di rialzo dei tassi d'interesse.

2.6 Con riferimento alla clausola ATE, la difesa ha rilevato che la citata clausola non è stata attivata dalla OMISSIS e, quindi, ha evidenziato che il convenuto X non può essere ritenuto responsabile della chiusura e della ristrutturazione dei contratti derivati avvenuta tra il mese di dicembre 2011 e gennaio 2012, in quanto il suo incarico al MEF era cessato nell'anno 2000, così confermando il difetto di legittimazione passiva e l'assenza del nesso di causalità con il danno contestato dalla Procura regionale. La difesa ha, poi, rilevato che non era una clausola di semplice "risoluzione anticipata" e ha evidenziato la presenza nei contratti di altre clausole a favore dell'Italia.

2.7 Con riferimento alla problematica relativa all'assenza della garanzia collateral, la difesa ha rilevato che la OMISSIS avrebbe potuto escutere il collateral senza alcuna trattativa e che, come rilevato nella requisitoria del Procuratore Generale della Suprema Corte *"sotto un diverso profilo, non può neppure imputarsi ai soggetti chiamati la mancata previsione di una garanzia collaterale (c.d. "collateral")*: questa sarebbe stata costituita

dall'accantonamento di somme pari al valore negativo che OMISSIS avrebbe potuto pretendere in caso di superamento dei parametri della propria esposizione creditoria. Di conseguenza, anche la previsione di questa garanzia, come affermato anche dalla sentenza di primo grado (...) non avrebbe evitato il pagamento delle somme contestate da parte del MEF" (pag. 81 della comparsa di costituzione); lo Stato avrebbe, poi, sopportato i costi per tale garanzia anche per gli altri contraenti in derivati. La difesa ha, poi, in ogni caso, evidenziato che non vi era alcun obbligo di inserire nel contratto meccanismi di garanzia che, comunque, il MEF avrebbe potuto prevedere all'occorrenza, nella fase della rinegoziazione e della chiusura dei derivati.

2.8 Da ultimo la difesa ha contestato la quantificazione del danno e ha chiesto in via istruttoria prova per testimoni.

2.9 Ha concluso chiedendo, in via pregiudiziale, di "accertare e dichiarare l'inammissibilità dell'integrazione istruttoria svolta dalla Procura successivamente alla notifica dell'invito a dedurre e conseguentemente disporre lo stralcio del (e/o dichiarare inutilizzabile il) nuovo materiale istruttorio versato in atti", e in via preliminare ,

di "accertare e dichiarare la prescrizione dell'azione svolta e delle domande proposte dalla Procura nei confronti del Dott. X X e conseguentemente accertare e dichiarare l'inammissibilità di tale azione e di tali domande, previa occorrendo rimessione alla Corte Costituzionale della questione, reputata non manifestamente infondata, di costituzionalità dell'art. 1, comma 2, L. n. 20/1994 per violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), del dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), del diritto di difesa e del principio di certezza del diritto (art. 24 Cost.), del principio di buon andamento dell'Amministrazione Pubblica (art. 97 Cost.) e del principio di ragionevolezza (riconducibile anch'esso all'art. 3 Cost.)" e di dichiarare il difetto di legittimazione passiva; nel merito in via principale, "rigettare l'azione svolta e le domande proposte dalla Procura nei confronti del Dott. X X, stante l'assenza del nesso di causalità e/o del danno, in via subordinata, rigettare l'azione svolta e le domande proposte dalla Procura nei confronti del Dott. X X, in quanto le condotte poste in essere dal medesimo sono legittime e/o comunque non connotate da colpa grave" e in via ulteriormente

subordinata, *"rigettare l'azione svolta e le domande proposte dalla Procura nei confronti del Dott. X X, in quanto comunque infondate in fatto e in diritto"* e in estremo subordine di rideterminare l'entità del risarcimento del danno il danno anche per mezzo dell'esercizio del potere riduttivo, con vittoria di spese e competenze.

3. Con comparsa di costituzione e risposta del 23 settembre 2021, depositata in pari data, nell'interesse del convenuto prof. X X, dall'avv. prof. Luisa Torchia, dall'avv. Riccardo Montanaro e dall'avv. Valerio Turchini, la difesa ha eccepito l'inammissibilità della citazione in riassunzione per violazione del perimetro del *"thema decidendum"* individuato dalla Corte di Cassazione, in quanto con la sentenza della Suprema Corte n. OMISSIS del OMISSIS è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice contabile limitatamente alla *"mala gestio"* inerente alle modalità operative e alle specifiche pattuizioni contenute nei contratti derivati, *"ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati"*. Sul punto, ha rilevato che le

contestazioni della Procura regionale mosse all'operato del convenuto non attengono ad atti di gestione, ma alla legittimità dei contratti, in particolare di due receiver swaption ritenute dall'attore speculative e che, in quanto tali, non avrebbero dovuto essere concluse. Al riguardo, la difesa ha osservato che nell'ordinamento non esiste la distinzione, ipotizzata dalla Procura, tra derivati di copertura del debito e derivati non di copertura né, quindi, un divieto per lo Stato di concludere specifiche tipologie di contratti derivati.

3.1 La difesa ha, poi, dedotto la nullità dell'atto di citazione per mancata esposizione di fatti essenziali, travisamento dei fatti e grave carenza di istruttoria, in quanto la Procura ha ommesso di valutare il decreto ministeriale 22 gennaio 1997, n. 178168 (Decreto Ciampi), di approvazione dell'accordo del 10 gennaio 1994, ivi incluso l'Allegato contenente la clausola ATE, non ha chiarito che la citata clausola ATE non è stata attivata da OMISSIS con conseguente estraneità del convenuto alla fase di chiusura e ristrutturazione dei contratti, avvenuta tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012, per espressa volontà negoziale del MEF e di OMISSIS,

in un periodo in cui il convenuto non ricopriva alcun ruolo al MEF, e non ha chiarito la possibilità o meno di applicare la clausola ai contratti contestati (receiver swaption del dicembre 2003 e alla receiver swaption del novembre 2004), tenuto conto delle specifiche clausole di risoluzione anticipata bilaterale ivi disciplinate.

3.2 Con riferimento al merito, la difesa ha rappresentato che il convenuto ha assunto l'incarico di OMISSIS dal 1° ottobre 2001 fino alla nomina come OMISSIS nel mese di luglio 2004 e non ha, quindi, esercitato alcun ruolo gestionale. Ha rilevato la legittimità del ricorso allo strumento dei contratti derivati e ha richiamato l'appunto predisposto dal prof. OMISSIS ("Appunto OMISSIS"), all'epoca OMISSIS, all'allora OMISSIS prof. OMISSIS, rilevando che le operazioni contestate dalla Procura regionale erano state già elaborate nel citato appunto che prevedeva l'utilizzo anche della receiver swaption per la ristrutturazione del debito pubblico e che, sulla base del suddetto appunto, il 9/01/2002 è stato concluso un cross currency swap usd/sterline e contestualmente il MEF ha venduto alla OMISSIS una receiver swaption in sterline. La citata operazione è stata approvata con il D.M. n. 6065 del 23 gennaio

2002 (Decreto Tremonti) e il cross currency swap usd/sterline e la receiver swaption sono stati ristrutturati nel 2006 e nel 2008 a firma della dott.ssa X.

3.3 La difesa ha, quindi, evidenziato che secondo la Procura regionale il convenuto X sarebbe responsabile del danno erariale pari a € 84.716.916,78 in relazione alla seguente condotta:

- 1) accordo del 10 dicembre 2003, approvato con Decreto direttoriale n. OMISSIS del 12 febbraio 2004, con cui è stata cancellata la receiver swaption del 24 agosto 1999 e prevista altra receiver swaption con data di esercizio 4 agosto 2028. Sul punto, la difesa ha rilevato che la suddetta receiver swaption del 10 dicembre 2003 era funzionale alla ristrutturazione del debito pubblico in quanto a copertura degli interessi di un prestito nonché migliorativa rispetto alla precedente receiver swaption;
- 2) receiver swaption del 21 luglio 2004, ristrutturata nel novembre 2004. Al riguardo, la difesa ha rilevato che l'operazione era a copertura di una precedente emissione di buoni del Tesoro e che, in ogni caso, il convenuto non ha sottoscritto il Decreto direttoriale n. OMISSIS del 17 dicembre 2004 di approvazione dell'operazione di

ristrutturazione in quanto già nominato OMISSIS con il D.p.r. 16 luglio 2004. Sul punto, anche la relazione della Guardia di Finanza non identifica la firma apposta al suddetto decreto con quella del convenuto X, ma secondo la tesi della Procura la responsabilità del convenuto deriverebbe dall'aver dato riscontro a un generico appunto n. OMISSIS del 26 gennaio 2004 della dott.ssa X - nel quale si prospettava la possibilità di vendere anche le opzionalità - scrivendo a penna la frase *"tutti e 3 i punti mi paiono molto sensati"*.

3.4 La difesa ha, poi, evidenziato che l'operazione di chiusura e ristrutturazione dei contratti derivati non è dipesa dall'attivazione da parte della OMISSIS della clausola ATE ma dalla negoziazione con il MEF finalizzata a evitare l'utilizzo della clausola. Ha, quindi, dedotto l'estraneità del convenuto rispetto ai fatti contestati dalla Procura regionale e ha segnalato che le operazioni in derivati sono sempre state portate a conoscenza della Corte dei conti.

3.5 La difesa ha, quindi, ribadito che l'atto di citazione è manifestamente infondato, in quanto la normativa consente allo Stato di utilizzare tutti gli strumenti derivati comprese le receiver swaption e ha rilevato la conformità delle operazioni effettuate

alla Costituzione e alla legge, richiamando sul punto parere legale agli atti. Ha, poi, evidenziato che la potenziale esposizione del Governo nel caso di conclusione di receiver swaption è sempre definibile a priori e che le condotte contestate al convenuto si sono verificate sotto la vigenza dell'articolo 8, ultimo comma, della legge 22 dicembre 1984, n. 887. La difesa ha, quindi, rilevato che le receiver swaption non hanno natura speculativa e sono strumenti idonei alla ristrutturazione del debito, riducendo il costo dell'indebitamento. Ha, quindi, osservato che la Procura regionale non ha prospettato condotte a carico del convenuto riconducibili a un'ipotesi di "mala gestio" e che il ruolo di OMISSIS non consentiva al convenuto di porre in esse atti di gestione. La difesa del convenuto ha, quindi, insistito sull'assenza del nesso di causalità tra la condotta del convenuto e le voci di danno contestate, e della colpa grave.

3.6 In subordine ha eccepito la prescrizione quinquennale, tenendo conto che i fatti contestati risalgono al 2004 e ha chiesto l'esercizio del potere riduttivo.

3.7 La difesa ha concluso chiedendo di "*dichiarare ed accertare l'assenza di responsabilità del convenuto*"

e che nulla è da lui dovuto, in quanto l'atto di citazione in riassunzione è inammissibile per violazione del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza di rinvio, le condotte contestategli sono pienamente lecite e, comunque, sono insussistenti tanto il nesso causale quanto l'elemento soggettivo necessari per configurare l'illecito;

b) in subordine, dichiarare che l'azione di responsabilità è prescritta per decorrenza del termine quinquennale di prescrizione;

c) in ulteriore subordine, ridurre di giustizia la somma addebitata al convenuto ad un ammontare puramente simbolico" con vittoria delle spese e competenze.

4. Con comparsa di costituzione e risposta del 21 settembre 2021, depositata in data 24 settembre 2021, nell'interesse della convenuta dott.ssa X X, dall'avv. Antonio Palmieri, dall'avv. Giuseppe Iannaccone, dall'avv. Riccardo Lugaro e dall'avv. Alessandra Pagliari, la difesa ha eccepito la prescrizione, l'inammissibilità dell'integrazione istruttoria svolta dalla Procura contabile, la mancata comunicazione degli esiti dell'istruttoria integrativa, con violazione del contraddittorio nella

fase preprocessuale e conseguente inammissibilità dell'atto di citazione e, in subordine l'illegittimità costituzionale dell'art. 67 c.g.c., e l'inammissibilità dell'atto di citazione per violazione del termine di cui all'art. 67, comma 5, c.g.c., richiamando le argomentazioni svolte nell'originaria comparsa di costituzione del 29 marzo 2018 a sostegno delle citate questioni.

4.1 In particolare, nella citata comparsa del 29 marzo 2008, con riferimento alla prescrizione, la difesa ha rilevato che l'invito a dedurre notificato l'11 luglio 2016 non ha efficacia interruttiva della prescrizione, in quanto anteriore alla vigenza dell'art. 66 c.g.c e privo dei caratteri necessari, secondo la giurisprudenza contabile, per costituire un valido atto di messa in mora; la citazione è stata notificata in data 3 luglio 2017.

Per quanto attiene all'inammissibilità dell'integrazione istruttoria svolta dalla Procura contabile e all'inammissibilità della citazione per mancata comunicazione degli esiti dell'istruttoria suppletiva effettuata sulla base della delega istruttoria dell'8 febbraio 2017, sempre nella comparsa del 29 marzo 2018 la difesa ha rilevato la violazione dell'art. 67, quinto comma, c.g.c., in

quanto l'istanza di proroga delle indagini del 6 marzo 2017 era generica e ha chiesto di dichiarare l'inammissibilità dell'indagine suppletiva o di disporre lo stralcio o comunque di dichiarare le risultanze non utilizzabili ai fini del giudizio.

La difesa ha, poi, rilevato che l'istruttoria suppletiva non è stato oggetto di comunicazione da parte della Procura regionale e ha, quindi, sostenuto che l'art. 67 c.g.c. debba essere interpretato nel senso di ritenere che sussista l'obbligo di comunicare gli esiti delle indagini svolte successivamente alla notifica dell'invito a dedurre, seppur non espressamente previsto nel testo all'epoca vigente, in quanto il codice di giustizia contabile condiziona l'emissione dell'atto di citazione alla notifica dell'invito a dedurre, ex art. 67, comma 1 e all'audizione ove richiesta ex art. 67, comma 2. Sul punto ha osservato quanto segue:

"Ne discende che nell'ipotesi integrazioni istruttorie svolte successivamente all'invito a dedurre ed alle controdeduzioni e audizioni personali dei presunti responsabili, l'emissione dell'atto di citazione deve considerarsi parimenti condizionato (i) alla comunicazione ai presunti responsabili degli esiti degli ulteriori accertamenti compiuti dal PM,

(ii) alla possibilità d'esame da parte dei medesimi dei nuovi elementi di prova acquisiti, (iii) alla fissazione di un termine per il deposito di deduzioni integrative.

A tale conclusione, ove si eccepisca il difetto di una previsione normativa espressa, può giungersi - in linea di coerenza con lo spirito della legge processuale contabile - in via di interpretazione analogica.

In caso contrario, la norma di cui all'art. 67 del Codice della Giustizia Contabile (d.lgs. n. 774 del 26 agosto 2016) dovrebbe considerarsi come costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3 Cost. (irragionevole disparità di trattamento di situazioni simili) e 111 Cost. (giusto processo), nella parte in cui non prevede che, anche nell'ipotesi - prevista dall'art.67, comma 7 - di svolgimento da parte del Pubblico Ministero di attività istruttorie successivamente alla notifica dell'invito a dedurre, si applica il disposto dell'art. 67, comma 1 e comma 2.

Si spiega, pertanto, formale eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 67 del Codice della Giustizia Contabile; e si chiede che, previa valutazione della rilevanza e della non manifesta

infondatezza, la questione venga rimessa al giudizio della Corte Costituzionale" (pag. 10-11 della comparsa di costituzione del 29 marzo 2018). Con riferimento all'eccezione dell'inammissibilità della citazione per violazione del termine di cui all'art. 67, comma quinto, c.g.c., ai sensi del quale l'atto di citazione va depositato entro centoventi giorni dalla scadenza del termine per le controdeduzioni, la difesa ha rilevato che la proroga, chiesta con l'istanza del 6 marzo 2017, è stata autorizzata in data 14/15 marzo 2017, quando era già scaduto il termine da prorogare.

4.2 Quanto al merito, con la comparsa di costituzione del 21 settembre 2021, depositata il 24 settembre 2021, la difesa della convenuta X X ha rilevato che sia la Corte di Cassazione sia i precedenti gradi di giudizio davanti al giudice contabile hanno accertato la legittimità, in astratto, del ricorso da parte dello Stato dello strumento della swaption, evidenziando che la Corte dei conti è stata sempre informata nelle Relazioni semestrali inviate dal MEF circa l'utilizzo di tali strumenti.

Per quanto attiene al rispetto dei principi di economicità, efficacia e ragionevolezza delle operazioni contestate dalla Procura regionale, la

difesa ha rilevato che le stesse "non costituivano affatto transazioni speculative, ma si inquadravano in una gestione attiva e prudentiale del debito pubblico, finalizzata alla riduzione dei costi e dei rischi finanziari" (pag. 18 e 19 della comparsa di costituzione), per l'allungamento della scadenza del debito pubblico e la copertura dal rischio di aumento dei tassi d'interesse. La difesa ha, quindi, chiarito la natura del contratto di swaption e ha evidenziato che le operazioni contestate devono essere valutate nell'ambito della complessiva gestione del debito pubblico, in quanto esse prevedevano tassi d'interesse inferiori rispetto a quelli che venivano storicamente pagati prima della loro stipulazione e il forte calo dei tassi di mercato ha comportato per lo Stato un beneficio di gran lunga superiore rispetto agli oneri sopportati con le operazioni contestate. Con riferimento alla strategia suddetta ha evidenziato il ruolo del OMISSIS prof. OMISSIS, all'epoca OMISSIS, nella scelta di ricorrere alla vendita di swaption quale ulteriore strumento di gestione del debito pubblico, richiamando la nota redatta dal prof. OMISSIS per l'allora OMISSIS in data 26 febbraio 2001. La difesa ha, quindi, rilevato che le operazioni contestate rispettano i principi di

economicità, efficacia e ragionevolezza dell'agire amministrativo.

La difesa ha, poi, evidenziato l'accuratezza delle analisi finanziarie disposte dal MEF in via propedeutica alla verifica delle condizioni di "pricing".

4.3 Sempre con riferimento alle swaption, la difesa ha, in sintesi, così replicato a quanto rappresentato dalla Procura regionale:

"i. la tesi secondo cui la vendita di swaption costituirebbe attività vietata dalla legge è confutata dal fatto che la legge italiana consentiva e consente espressamente la vendita di swaption, garantendo al Ministero dell'Economia e delle Finanze la facoltà di operare in tutti gli strumenti finanziari previsti dalla prassi dei mercati internazionali e, specificamente, anche di operare in opzioni;

ii. in conformità al thema decidendum delineato dalla Suprema Corte, pienamente dimostrato risulta altresì il rispetto dei principi di economicità, ragionevolezza ed efficacia, dal momento che valutando, in concreto, le operazioni de quibus (come è doveroso fare), congiuntamente alle posizioni sottostanti e all'integralità del debito, si può

affermare la piena rispondenza delle receiver swaption alle finalità di gestione prudentiale, stabilizzazione e riduzione del costo del debito. Ed infatti, esse avevano un evidente rationale economico in ogni scenario di tasso, in quanto:

- nel caso di rialzo dei tassi, che è il vero evento temuto dalla Repubblica Italiana e rispetto al quale il MEF cerca protezione, le swaption consentivano l'incasso di un premio che contribuisse in sé alla riduzione del costo dell'indebitamento;*
- nel caso di abbassamento dei tassi, in un complessivo scenario di consistente vantaggio non temuto dalla Repubblica, le swaption consentivano comunque il pagamento di tassi fissi a livelli storicamente bassi per la Repubblica Italiana;*
- a ciò si aggiunga che, sempre in caso di esercizio, le swaption si traducevano in OMISSIS di lunga durata che avevano effetti di allungamento della duration del debito e di protezione contro un possibile successivo innalzamento dei tassi" (pag. 59 e 60 della comparsa di costituzione).*

4.4 Con riferimento alla stipula di contratti derivati in valuta estera, la difesa rilevato la legittimità delle swaption in valuta (cross currency swap) quale strumento per diversificare e ridurre il

rischio di rifinanziamento e, con riferimento ai contratti ex OMISSIS e alla riconduzione all'accordo quadro del 1994, ha evidenziato che l'accollo a carico del bilancio dello Stato dei debiti contratti da OMISSIS con la OMISSIS era stato imposto dall'art. 1, comma 996, Legge 27 dicembre 2006, n. 296 e, quindi, di conseguenza, i contratti sono stati assoggettati all'accordo quadro che regolava i derivati tra il MEF e la OMISSIS; sul punto, la difesa ha, peraltro, rilevato che ciò ha comportato il riconoscimento della clausola sulla giurisdizione italiana.

4.5 Con riferimento alle censure di "*mala gestio*" connesse alla clausola di "Additional Early Termination" - clausola ATE - la difesa ha, in primo luogo, rilevato che gli "Additional Termination Event" erano stati pattuiti a protezione di entrambe le parti, in quanto al verificarsi di specifiche situazioni ciascuna parte poteva attivare la clausola per la risoluzione anticipata delle operazioni, seguendo una specifica procedura incentrata sul coinvolgimento dell'altra parte. Ha, poi, evidenziato che la convenuta dott.ssa X è stata è stata nominata OMISSIS e OMISSIS soltanto nel dicembre 2000 e non ha, quindi, partecipato alle negoziazioni per la

stipula dell'accordo quadro avvenuta nel 1994 - 1995 - approvato con il decreto Ciampi - e alla negoziazione relativa alla citata clausola ATE, che non è stata, poi, trascritta nei singoli contratti derivati.

La difesa ha, poi, rappresentato che *"dalla sottoscrizione dei contratti fino al 2011, la clausola ATE non poteva essere percepita come rischiosa, perché non era certamente prevedibile che una Banca d'affari potesse temere il default di uno Stato dell'area Euro"* (pag. 75 della comparsa di costituzione).

4.6 Con riferimento al subentro della OMISSIS all'intermediario OMISSIS nell'OMISSIS, la difesa ha rilevato che nel 2008 con le crisi bancarie ci si è resi conto che le società veicolo, costose per il sistema bancario, pur con rating elevato, non sarebbero state immuni in caso di una crisi della società madre e, quindi, è stata accettata la proposta di novazione soggettiva avanzata dalla OMISSIS.

4.7 La difesa ha, quindi, osservato che la clausola ATE non muta la natura giuridica dei contratti derivati in contratti speculativi, ma determina la possibilità di interrompere la funzione di gestione

del rischio precedentemente svolta e non incide sull'alea dei contratti derivati. Ha, quindi, evidenziato che le operazioni contestate vanno interpretate nell'ambito della gestione dinamica del debito pubblico, che tiene conto costantemente dell'evoluzione del mercato e che, quindi, consente, in caso di una risoluzione di un contratto con market market negativo per lo Stato, di stipulare altro contratto derivato per l'allungamento della duration, ma sulla base delle nuove condizioni di mercato migliori delle precedenti. Ha, poi, rappresentato che *"secondo una prospettiva ex ante (ossia quella corretta da assumere nella valutazione di tali operazioni), le swaption erano altresì finalizzate a supportare la Repubblica Italiana qualora si fosse verificato un quadro macroeconomico sfavorevole e temuto di rialzo dei tassi"* (pag. 90-91 della comparsa di costituzione).

4.8 Con riferimento alla mancata attivazione di garanzie collaterali, la difesa ha rilevato che non era possibile un meccanismo di garanzia in assenza di una specifica norma giuridica e che, in ogni caso, l'effetto finanziario sarebbe stato il medesimo dell'esborso effettuato nel 2011/2012.

4.9 La difesa si è, quindi, soffermata sulla

quantificazione del danno, osservando che "dopo il 2011, lo scenario di abbassamento dei tassi di interesse è stato molto più consistente di quanto allora prevedibile, cosicché i flussi in uscita per la Repubblica sarebbero stati ancora più alti di quelli in entrata. Evidentemente, se gli swap fossero rimasti in vita, negli stessi termini in cui erano stati stipulati, l'esborso che avrebbe dovuto affrontare la Repubblica sarebbe stato ancora più alto di quello, in effetti, sostenuto" e che "la chiusura dei contratti ha, di fatto, neutralizzato l'andamento negativo che avrebbe caratterizzato quei derivati in virtù dell'evoluzione successiva dei tassi di mercato, determinando così, ex post, un risparmio per le finanze dello Stato" (pag. 98 della comparsa di costituzione); sul punto ha quantificato un risparmio pari a circa tre miliardi di euro.

4.10 Con riferimento alla contestazione mossa dalla Procura regionale in ordine mancato adeguato contrasto a OMISSIS sull'attivazione della clausola ATE, la difesa ha evidenziato che l'azione di contrasto del MEF ha impedito l'attivazione della clausola ATE e che, a seguito dell'accordo concluso con OMISSIS, sono state chiuse solo quattro operazioni su diciannove e due sono state

ristrutturate. La difesa ha, poi, rilevato che non era percorribile un'azione di contrasto legale, in quanto ciò avrebbe impattato sull'affidabilità e sulla fiducia dello Stato da parte del sistema finanziario durante la grave crisi del secondo semestre 2011, caratterizzata da un notevole rialzo dello spread e dalla riduzione del rating dell'Italia, crisi che contribuì alla nascita del governo tecnico guidato dal prof. OMISSIS. Sul punto la difesa ha, quindi, richiamato una dichiarazione dell'allora OMISSIS per il quale l'enorme debito pubblico esponeva l'Italia al rischio di un drammatico disastro finanziario e ha, quindi, rilevato che era opinione diffusa il rischio di un default finanziario.

4.11 Per quanto concerne la contestazione mossa dalla Procura regionale di negligenza e imperizia nella fase di chiusura e ristrutturazione dei contratti, la difesa ha rilevato che, a fronte della richiesta dell'iniziale richiesta di attivazione della clausola ATE da parte di OMISSIS non era percorribile l'ipotesi della novazione soggettiva per mezzo della OMISSIS né quella di attivare un meccanismo di garanzia, evidenziando i costi per le suddette operazioni e l'effetto che esse avrebbero

determinato, ovvero il mantenimento di contratti derivati a condizioni fuori mercato con conseguenti maggiori costi futuri. Per quanto attiene alla contestazione sui maggiori costi per € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00) sopportati per effetto della chiusura dei derivati in due fasi, ristrutturazione nel 2011 e chiusura nel 2012, la difesa ha rilevato che la chiusura immediata nel mese di dicembre 2011 avrebbe comportato un costo certo pari a € 536.000.000,00 (Cinquecentotrentaseimilioni/00) a causa della gravissima crisi di illiquidità di mercato esistente in quel momento e che nel mese di gennaio 2012 era ragionevole prevedere un miglioramento della situazione di mercato che, poi, non si è verificato; ha, quindi, esposto che *"il costo per la risoluzione anticipata/ristrutturazione delle Operazioni è stato pari a euro 86 milioni (rispetto a 1,3 miliardi di euro richiesti da OMISSIS per la novazione delle Operazioni)"* (pag.125 della comparsa di costituzione).

4.12 Con riferimento alla quantificazione del complessivo esborso di € 3.109.183.204,00, (Tremiliardicentonovemilionicentoottantatremiladue - centoquattro/00), la difesa ha rilevato che la

Procura regionale non ha contestato la congruità del valore attribuito ai sei derivati in fase di ristrutturazione/estinzione (il c.d. mark to market), rilevando, peraltro, che *"le condizioni di OMISSIS furono attentamente valutate dal MEF e furono accettate solo in quanto allineate a livelli di mercato"* (pag. 126 della comparsa di costituzione).

4.13 Con riferimento alla contestazione della Procura regionale in ordine al fatto che una singola operazione di swaption, a fronte di un incasso iniziale di soli quarantasette milioni di euro, ha comportato un esborso di un miliardo e trecento milioni di euro, la difesa ha rilevato che si tratta di una valutazione ex post e non ex ante, evidenziando che lo strumento aveva la funzione di controbilanciare uno scenario negativo, l'aumento dei tassi d'interesse, che non si è verificato e che lo scenario positivo - diminuzione dei tassi - se da un lato ha comportato il suddetto esborso dall'altro ha determinato rilevanti vantaggi monetari per lo Stato.

4.14 La difesa della convenuta X X ha, poi, rilevato l'assenza di qualsiasi condotta colposa attribuibile alla dott.ssa X, evidenziando che *"la colpa va valutata secondo un giudizio "ex ante" in base ai criteri della prevedibilità ed evitabilità della*

serie causale produttiva del danno, tenendo conto di quelli che, in concreto, erano i parametri della diligenza e della prudenza richiesti all'epoca dei fatti, e cioè delle prassi e delle regole di condotta a quel tempo vigenti" (pag. 131 della comparsa di costituzione) e ha richiamato sul punto quanto già dedotto nell'originaria comparsa di costituzione in ordine alla procedura di sottoscrizione dei contratti derivati, all'esistenza di un ufficio deputato alla gestione del rischio finanziario, all'adeguata dotazione degli strumenti informatici, alla fase di monitoraggio dei contratti derivati, alla non affidabilità degli scenari probabilistici, al legittimo potere di firma dei contratti e dei decreti in capo alla convenuta, all'attività di gestione dell'emissioni del debito pubblico e all'utilizzo degli strumenti derivati svolta con elevata competenza e professionalità.

4.15 Con riferimento al danno, la difesa ha rilevato che la Procura regionale ha contestato i seguenti costi: 1) esborsi per la ristrutturazione e la chiusura dei contratti; 2) oneri di finanziamento del relativo debito contratto per fronteggiare gli esborsi attraverso l'emissione di titoli di Stato per far fronte al saldo passivo tra entrate e spese poste

in essere; 3) saldi negativi dei flussi finanziari.

Sul punto, la difesa ha rilevato che gli esborsi per la ristrutturazione e la chiusura dei contratti *"non possono certamente essere considerati come un danno, dal momento che gli stessi non costituiscono altro che il corrispettivo dovuto dalla Repubblica alla controparte bancaria sulla base dei contratti derivati conclusi dalle parti"* (pag. 136 della comparsa di costituzione) e ha richiamato quanto argomentato dal dott. OMISSIS nella consulenza redatta su incarico della Procura della Repubblica nell'ambito del procedimento penale davanti al Tribunale di Roma, definito con l'ordinanza del 24 novembre 2015 di archiviazione, e dal consulente di parte convenuta prof. OMISSIS.

La difesa ha ribadito che la chiusura dei contratti ha, invece, comportato un notevole risparmio rispetto al costo che lo Stato avrebbe dovuto sopportare se i contratti fossero proseguiti fino alla loro scadenza, risparmio pari a circa tre miliardi.

Con riferimento alla voce di danno relativa agli oneri di finanziamento, la difesa ha rilevato che *"se l'esborso per l'estinzione del derivato non configura un danno, men che meno possono configurare un danno gli oneri finanziari relativi al debito contratto per*

estinguere il derivato" (pag. 141 della comparsa di costituzione) e ha contestato la quantificazione della Procura regionale, evidenziando che sarebbe stato sopportato un onere maggiore in caso di attivazione del meccanismo di garanzia collaterale. Con riferimento alla voce di danno relativa ai saldi negativi dei flussi finanziari dei derivati, la difesa ha ribadito la legittimità dei contratti e ha rilevato che *"i predetti flussi negativi non potevano in alcun modo e da nessuno essere previsti al momento della sottoscrizione della opzioni, derivando gli stessi dalla crisi del 2008 che, come a tutti noto, ha ribaltato tutti i valori (compreso l'andamento dei tassi di interesse) del sistema economico finanziario mondiale"* (pag. 143 della comparsa di costituzione) e che non si è tenuto conto dei premi incamerati dal MEF. La difesa ha, quindi, contestato la mancata indicazione dei criteri di riparto del danno e l'abnormità della somma posta a carico della dott.ssa X.

4.16 La difesa della convenuta dott.ssa X X ha, così, concluso:

"Piaccia all'Ecc.ma Corte, in via preliminare:

1. accertare e dichiarare l'inammissibilità della pretesa azionata dalla Procura per intervenuta

prescrizione;

2. accertare e dichiarare l'inammissibilità dell'integrazione istruttoria svolta dalla Procura successivamente alla notifica dell'invito a dedurre con conseguente inutilizzabilità delle relative istanze istruttorie;

3. accertare e dichiarare l'inammissibilità della citazione a giudizio per violazione del contraddittorio nella fase preprocessuale;

e, in via condizionata, in accoglimento della spiegata eccezione di illegittimità costituzionale dell'(art.) 67 del Codice della Giustizia Contabile (d.lgs. n. 174 del 26 agosto 2016) per violazione dell'art. 3 Cost. (irragionevole disparità di trattamento di situazioni simili) e 111 Cost. (giusto processo), nella parte in cui non prevede che anche nell'ipotesi - prevista dall'art. 67, comma 7 - di svolgimento da parte del Pubblico Ministero di attività istruttorie successivamente alla notifica dell'invito a dedurre debba applicarsi il disposto dell'art. 67, comma 1 e comma 2, rimettere la questione previa valutazione della sua rilevanza e non manifesta infondatezza al giudizio della Corte Costituzionale.

Nel merito:

- *in via principale, accertare e escludere la responsabilità amministrativa della Dottoressa X per insussistenza del danno, della violazione di obblighi di servizio, del nesso di causalità, del dolo e della colpa grave;*
- *e, per l'effetto, rigettare integralmente le domande proposte nei confronti della predetta convenuta siccome infondate in fatto ed in diritto;*
- *in via subordinata, nelle denegata ipotesi di accertamento di una responsabilità contabile in capo alla dottoressa X, rideterminare l'entità del risarcimento del danno in considerazione di una diversa valutazione delle singole voci indicate dalla Procura, ovvero in ragione del diverso e minore grado di responsabilità attribuibile alla dottoressa X ed esercitare le prerogative conferite dall'art. 52 , comma 2, Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214 così come modificato dall'art. 1, comma 1 bis della legge 14 gennaio 1994, n. 20.*

Con riserva di ogni consentita deduzione e produzione, di merito ed istruttoria e con vittoria di spese, diritti e onorari, oltre IVA e CPA".

5. *Con comparsa di costituzione e risposta del 29 settembre 2021, depositata in pari data, nell'interesse del convenuto prof. X X, dall'avv.*

Mario D'Urso, la difesa ha rilevato che la Procura regionale non ha analizzato documenti fondamentali, acquisiti agli atti dell'istruttoria, così violando l'art. 55 e l'art. 95 c.g.c., quali il D.M. del 22 gennaio 1997 n. 178168 (decreto Ciampi), di approvazione dell'accordo del 10 gennaio 1994, ivi incluso l'Allegato contenente la clausola ATE e l'appunto predisposto dal prof. OMISSIS ("Appunto OMISSIS"), all'epoca OMISSIS, all'allora OMISSIS prof. OMISSIS, sulla base del quale sono state poste in essere le operazioni contestate dalla Procura regionale. Ha, poi, dedotto l'inammissibilità dell'istruttoria suppletiva per violazione dell'art. 67, comma 7, c.g.c., dell'art. 4 c.g.c. e dell'art. 24 della Costituzione.

5.1 Ciò posto, in via pregiudiziale la difesa ha eccepito l'inammissibilità dell'intervento di OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS ai sensi dell'art. 85 c.g.c.

5.2 La difesa ha, poi, dedotto la carenza di legittimazione passiva del convenuto X, e, quindi, la sua estraneità, rilevando che il convenuto è stato OMISSIS dal 19 maggio 2005 al 28 novembre 2011, non ha firmato o partecipato ad alcuna fase relativa alla stipula o ristrutturazione dei contratti ed è cessato

dalla carica prima della chiusura e ristrutturazione dei contratti derivati, avvenuta in due fasi il 28 dicembre 2011 e il 11/13 gennaio 2012.

5.3 La difesa ha, quindi, analizzato le contestazioni mosse dalla Procura regionale. In particolare, relativamente alla ristrutturazione della receiver swaption da gbp 695 milioni (sterline), la difesa ha evidenziato il ruolo apicale che non consentiva atti di gestione e ha evidenziato che non assume rilievo la ricezione dell'appunto elaborato dalla dott.ssa X n. OMISSIS del 20 marzo 2008, in quanto con esso la dott.ssa X comunicava di aver autorizzato la ristrutturazione di due receiver swaption denominate in sterline nel corso del 2001 e 2002, non concluse secondo i livelli concordati per le avverse condizioni di mercato; peraltro, secondo la difesa l'appunto fa riferimento a due diverse receiver swaption rispetto a quelle contestate. Per quanto attiene al "memorandum" del 19 febbraio 2007 a firma di altro soggetto, la difesa ha rilevato che esso non aggiunge nulla alla vicenda e non è utilizzabile in quanto acquisito dopo la notifica dell'invito a dedurre.

La difesa ha, poi, evidenziato che *"la vendita di receiver swaption è funzionale alla ristrutturazione*

del debito pubblico e va valutata nell'ambito delle operazioni di gestione in generale, essendo funzionale a conferire flessibilità agli obiettivi di gestione del debito sui mercati nazionali e esteri ed a ridurre l'importo complessivo dell'indebitamento con l'incasso del premio" (pag.23 della comparsa di costituzione) e che la valutazione sulle suddette operazioni va effettuata in base a un giudizio ex ante e non ex post.

Con riferimento alla ristrutturazione dei due cross currency swap effettuata il 28 dicembre 2011 la difesa ha rilevato che il convenuto X è cessato dalla carica il 28 novembre 2011 e che sono prive di rilievo le mail del 23 novembre 2011, del 30 novembre 2011 e del 9 gennaio 2012, in quanto dal contenuto delle stesse non emerge alcuna approvazione o autorizzazione alle operazioni contestate dalla Procura regionale.

5.4 Con riferimento alla "responsabilità manageriale", contestata dalla Procura regionale, la difesa ha osservato che non rientrava nella competenza del convenuto la gestione del personale e delle risorse strumentali.

5.5 La difesa ha, poi, evidenziato che il MEF ha sempre informato l'Ufficio di Controllo della Corte

dei Conti in merito all'attività svolta nella gestione del portafoglio derivati finanziari, che non ha mai sollevato alcun rilievo in merito, e che anche le Sezioni Riunite in sede di controllo, con la Relazione avente ad oggetto "Indagine conoscitiva sulle tematiche relative agli strumenti finanziari derivati", trasmessa alla Commissione VI Finanze del Parlamento (delibera 4/12/2014) *"hanno espresso un giudizio positivo sulla strategia attuata dal MEF (Divisione II - Debito Pubblico) nella gestione dei derivati finanziari nel corso degli anni, compresi quelli (2008-2012) che sono stati caratterizzati da una grave crisi economico-finanziaria"* (pag. 28 della comparsa di costituzione).

In ragione della conoscenza dei fatti contestati da parte della Corte dei Conti, la difesa ha richiamato l'art. 69, comma 2 e l'art. 95, commi 1 e 4, c.g.c., rilevando che l'assenza di rilievi da parte dell'Ufficio di Controllo incide sulla sussistenza del requisito della colpa grave, tenendo presente che, ai sensi dell'art. 69, comma 2, il pubblico ministero contabile procede all'archiviazione se l'azione amministrativa si è conformata a un parere reso dalla Corte dei conti e che l'art. 95 prevede che il giudice debba tener conto dei pareri resi dalla

Corte dei conti in via consultiva ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità.

5.6 La difesa ha, poi, evidenziato la finalità di copertura dei contratti derivati in esame caratterizzati da "un'alea misurabile", ha richiamato il quadro normativo di riferimento (d.p.r. 30/12/2003 n. 398 e successivi undici "decreti cornice"), rilevando che solo con l'art. 1, comma 387, lett. b, della L. 23/12/2014 n. 190 (Legge Stabilità 2015), si autorizzava il MEF a "*stipulare accordi di garanzia bilaterali in relazione ad operazioni in strumenti derivati*" e ha richiamato parere legale in cui si rileva che lo Stato può stipulare qualsiasi contratto derivato, in quanto non sussiste la differenza, ipotizzata dalla Procura regionale, tra derivati di copertura e derivati speculativi.

5.7 Con riferimento alla clausola ATE, la difesa ha ribadito l'estraneità del convenuto X, in quanto la clausola è stata approvata con il Decreto Ciampi del 1997 e il OMISSIS dal 1991 al 2001 era il prof. OMISSIS e, quanto agli effetti sui contratti, ha evidenziato che il profilo di rischio delle operazioni non rende nulla la causa dei contratti in

quanto essi, in base a una valutazione *ex ante*, svolgevano una funzione di copertura del debito e l'eventuale opposizione giudiziaria da parte del MEF poteva comportare un aumento del rischio di default.

5.8 La difesa ha, poi, contestato le argomentazioni della Procura contabile sull'asimmetria contrattuale e conoscitiva.

5.9 La difesa ha, quindi, eccepito la cosiddetta "esimente politica" ai sensi dell'art. 1 - ter della legge n. 20/1994, in quanto la chiusura e la ristrutturazione dei contratti è avvenuta quando il convenuto X rivestiva la carica di OMISSIS, esimente che è stata applicata ad altri Ministri che avevano firmato decreti autorizzativi di alcuni contratti mentre il convenuto non ha firmato o partecipato ad alcuna fase relativa alle operazioni da cui è derivato l'esborso contestato dalla Procura regionale.

5.10 La difesa ha, poi, ribadito la correttezza e la legittimità delle operazioni contestate e ha evidenziato che ai fini del presente giudizio assume decisivo rilievo l'ordinanza di archiviazione n. OMISSIS del Tribunale di Roma - Collegio per i reati ministeriali, che ha accertato la liceità e la regolarità del pagamento effettuato dal MEF a seguito

dell'attivazione della clausola ATE, tenendo conto della consulenza del prof. OMISSIS nominato dalla Procura della Repubblica, evidenziando che con la suddetta ordinanza è stata anche accertata l'assenza del danno erariale.

5.11 La difesa ha rilevato, poi, anche il fine politico delle operazioni in derivati dopo il 1990 in quanto funzionali per il bilancio dello Stato e ha richiamato i risultati della "VI Commissione Finanze della Camera".

5.12 Con riferimento alla quantificazione del danno, la difesa ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 83, comma 2, c.g.c., occorre tener conto anche dell'apporto causale di soggetti non evocati in giudizio.

5.14 Da ultimo la difesa ha dedotto l'assenza del requisito della colpa grave e ha ribadito l'assenza del nesso di causalità e della legittimazione passiva.

5.15 La difesa del convenuto prof. X ha concluso chiedendo di:

1) *"Dichiarare in via pregiudiziale, l'inammissibilità "dell'intervento ad adiuvandum dipendente" dell'Associazione OMISSIS e delle altre due Associazioni intervenienti (OMISSIS e OMISSIS)*

per le ragioni ampiamente esplicate;

2) sempre in via pregiudiziale, l'inammissibilità della "integrazione istruttoria" svolta dall'Ufficio Requirente contabile dopo la notifica dell'Invito a dedurre, in violazione dell'art. 67, comma 70, D.Lgs. n. 174/2016, disponendo lo stralcio (o dichiarando la sua non utilizzabilità) del nuovo materiale acquisito;

3) Dichiarare la prescrizione della domanda attrice per decorso dei termini di cui all'art. 1 L. n. 20/94 ed all'art. 3 L. n. 639/96;

4) Rigettare, nel merito, la domanda della ricorrente - nei confronti del prof. X X - ed assolvere lo stesso da ogni addebito, per carenza degli elementi strutturali della responsabilità erariale (colpa grave e nesso di causalità) ed anche tenuto conto della correttezza e legittimità di comportamento dello stesso;

5) Rigettare, nel merito, la domanda della ricorrente, in quanto le operazioni dei sei derivati per cui è causa, erano parte di un disegno politico, finanziariamente corretto, attuato in base al c.d. "Appunto OMISSIS", quando OMISSIS del MEF era l'On.le OMISSIS e OMISSIS era il prof. OMISSIS, al fine di dotare l'Italia dei necessari ed indispensabili

"parametri finanziari" per entrare nella Comunità Europea (dove la ragione per cui all'accordo OMISSIS, stipulato il 24/01/1995, venne data efficacia dal 10/01/1994 in quanto da tale data decorreva l'esame quinquennale dei bilanci degli Stati aspiranti alla Comunità Europea);

6) Rigettare, nel merito, la domanda della ricorrente, in quanto le operazioni dei sei derivati per cui è causa, erano finanziariamente corrette ed esenti da censura, perseguendo esse il fine di ristrutturazione il debito pubblico, in un quadro di gestione complessiva, secondo gli indici del mercato internazionale, come dimostra sia l'assenza di "rilievi" alle "relazioni" semestrali inviate dal MEF all'Ufficio di Controllo della Corte dei Conti, sia la sentenza del "Tribunale per i reati ministeriali" di Roma (Ord. del OMISSIS, depositata il 22/01/2016), di assoluzione totale e di conferma di "assenza di danno", sia i risultati dell'On. Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema bancario e finanziario conclusi con giudizio positivo;

7) Dichiarare la carenza di legittimazione passiva del prof. X X per carenza del "nesso di causalità", e per la conseguente provata estraneità dello stesso alla vicenda oggetto del presente giudizio;

8) *Rideterminare il danno erariale contestato, tenendo conto, ex art. 83, co.2, del D.Lgs. n. 174/2016, dei soggetti non convenuti in giudizio;*

9) *Applicare comunque in favore del prof. X X la c.d. "esimente politica", di cui all'art. 1-ter della L. n. 20/1994;*

10) *Applicare, in via graduata e per mero tuziorismo difensivo, il potere riduttivo nella misura massima consentita".*

6. All'udienza pubblica odierna, sia il pubblico ministero che i difensori dei convenuti si sono richiamati agli atti scritti già depositati in atti, hanno illustrato quanto in essi già rappresentato sia in punto di fatto che in punto di diritto e hanno ribadito le conclusioni già rassegnate per iscritto. La difesa della convenuta X ha, in particolare, depositato la nota di riscontro all'istanza di accesso rivolta al MEF, avente a oggetto la corrispondenza intercorsa tra il MEF, l'Avvocatura Generale dello Stato e la Procura regionale in ordine alla riproposizione in sede civile della domanda risarcitoria verso la banca OMISSIS, con cui il MEF ha negato l'accesso rappresentando che la documentazione è stata trasmessa alla Procura regionale. Ha, quindi, chiesto al Collegio di

acquisire al giudizio la suddetta documentazione, richiesta che è stata rigettata con ordinanza a verbale.

Sentiti gli interventi delle parti e le loro repliche, come da verbale d'udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di dover esaminare, in primo luogo, le eccezioni dedotte dalle difese dei convenuti in via pregiudiziale e preliminare.

1.1 La difesa del convenuto X X ha eccepito l'inammissibilità della citazione in riassunzione per violazione del perimetro del "*thema decidendum*", individuato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. OMISSIS del OMISSIS. Al riguardo, la difesa ha richiamato il principio di diritto formulato dalla Suprema Corte: "*ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati, rientra invece nella giurisdizione contabile, in quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell'agire amministrativo, l'azione di responsabilità per danno erariale con la*

quale si faccia valere, quale petitum sostanziale, la mala gestio alla quale i OMISSIS del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti".

Secondo la prospettazione della difesa la Cassazione ha ritenuto legittima la scelta da parte dei OMISSIS del MEF di ricorrere alla sottoscrizione dei contratti derivati e/o alla loro ristrutturazione.

Pertanto, l'atto di citazione in riassunzione "si pone al di fuori del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in tema di giurisdizione, cui il giudice di rinvio ha l'obbligo di uniformarsi ai sensi dell'art. 210, co. 2, del codice di giustizia contabile, perché: a. non contesta al Prof. X specifiche condotte integranti una fattispecie di mala gestio nella gestione (rectius, ristrutturazione) dei contratti in oggetto, ma censura in sé la scelta di utilizzare specifici moduli contrattuali (considerati non di copertura del debito) e di procedere a ristrutturare contratti già sottoscritti, sulla base della presunta natura speculativa e illecita dei medesimi; b. in ogni caso, non prova come la condotta del Prof. X si

caratterizzati, nel caso di specie, in termini di mala gestio (intesa quale negligenza o imperizia) nell'asserito esercizio di discrezionalità amministrativa" (pag. 31 della comparsa di costituzione).

Al riguardo, il Collegio osserva che il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 e successive modifiche, recante il "codice di giustizia contabile" (nel prosieguo c.g.c.) non contiene alcuna previsione che "sanziona" con l'inammissibilità della citazione il contrasto tra il principio di diritto formulato dalla Cassazione e l'atto di citazione in riassunzione. La stessa norma citata dalla difesa del convenuto X, ovvero l'art. 210, comma 2, c.g.c. così dispone: "2. *Il giudice si uniforma a quanto statuito dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione*". La norma in questione ha, quindi, come destinatario il giudice chiamato a decidere sul giudizio riassunto, precisando che il vincolo derivante dalla pronuncia della Suprema Corte è limitato solo a quanto statuito sul punto della giurisdizione.

Le considerazioni che precedono sono già di per sé sufficienti, ad avviso del Collegio, per ritenere che l'eccezione d'inammissibilità sia infondata. Il

Collegio osserva, poi, che dalla motivazione della citata sentenza n. OMISSIS si deduce la conformità dell'atto di citazione in riassunzione al "*thema decidendum*" oggetto del presente giudizio. Sul punto il Collegio ritiene di dover richiamare il paragrafo 5.3, laddove la Suprema Corte, dopo aver elencato i contratti derivati censurati dalla Procura regionale, afferma che "*la causa petendi dell'azione aveva riguardo a condotte tutte riconducibili ad asserita mala gestio ...*" (pag. 30) e il paragrafo 5.4, laddove secondo la Cassazione "*la valutazione del giudice contabile non poteva fermarsi - pena il denunciato arretramento di potere giurisdizionale rispetto ad una materia che invece l'ammette - né alla legale possibilità per lo Stato di fare ricorso ai derivati indipendentemente dallo scopo di copertura e minimizzazione dei costi dell'esposizione pregressa, e neppure alla insindacabilità della determinazione in sé di fare ricorso ai derivati (quanto a rinegoziazione/ristrutturazione/chiusura) in un contesto come quello di specie, dovendo piuttosto rivolgersi alla rispondenza delle concrete modalità negoziali, caratteristiche delle dedotte operazioni, ai sui su richiamati canoni di legittimità preposti alla economicità, efficacia e ragionevolezza*

dell'agire amministrativo" (pag. 32).

Da ultimo il Collegio ritiene che le argomentazioni della difesa del convenuto X a sostegno dell'eccezione attengano al merito della vicenda all'esame della Sezione, in quanto volte a evidenziare l'assenza di un ruolo gestionale in capo al convenuto.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio rigetta l'eccezione d'inammissibilità della citazione in riassunzione per contrasto con il "*thema decidendum*" individuato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. OMISSIS.

1.2 Le difese dei convenuti X, X e X hanno dedotto che, con la delega dell'8 febbraio 2017, la Procura regionale ha svolto un'istruttoria suppletiva dopo la notifica dell'invito a dedurre, rilevando, al riguardo, la violazione dell'art. 67, comma 7, del c.g.c., in quanto tale attività istruttoria è stata disposta in assenza dei requisiti a tal fine previsti dal citato articolo. Le difese hanno, quindi, chiesto di dichiarare inammissibile la suddetta istruttoria o, comunque, di stralciare o dichiarare inutilizzabili le relative risultanze, per violazione dell'art. 67, comma 7, c.g.c., dell'art. 4 c.g.c. e dell'art. 24 della Costituzione. A supporto della

suddetta eccezione le difese hanno, altresì, evidenziato la genericità dell'istanza di proroga del 6 marzo 2017, dalla quale non si evincono gli elementi richiesti dal citato art. 67, comma 7, c.g.c. ovvero gli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni; in tal ottica l'istruttoria suppletiva è stata effettuata, secondo le difese, al solo scopo di supportare e confermare la tesi della Procura regionale.

La difesa della convenuta X ha, poi, dedotto anche l'inammissibilità della citazione per mancata comunicazione degli esiti dell'istruttoria suppletiva. Al riguardo, ha rilevato che l'art. 67 c.g.c. debba essere interpretato nel senso di ritenere che sussista l'obbligo, seppur non espressamente previsto nel testo della norma all'epoca vigente, di comunicare gli esiti delle indagini svolte successivamente alla notifica dell'invito a dedurre, in quanto il codice di giustizia contabile condiziona l'emissione dell'atto di citazione alla notifica dell'invito a dedurre, ai sensi dell'art. 67, comma 1 e all'audizione ove richiesta ai sensi art. 67, comma 2. Nell'ipotesi in cui il Collegio non condivida la suddetta interpretazione, ha chiesto di sollevare la questione

di legittimità costituzionale dell'art. 67 c.g.c. In particolare, sui suddetti aspetti ha, così, argomentato:

“Ne discende che nell'ipotesi integrazioni istruttorie svolte successivamente all'invito a dedurre ed alle controdeduzioni e audizioni personali dei presunti responsabili, l'emissione dell'atto di citazione deve considerarsi parimenti condizionato (i) alla comunicazione ai presunti responsabili degli esiti degli ulteriori accertamenti compiuti dal PM, (ii) alla possibilità d'esame da parte dei medesimi dei nuovi elementi di prova acquisiti, (iii) alla fissazione di un termine per il deposito di deduzioni integrative.

A tale conclusione, ove si eccepisca il difetto di una previsione normativa espressa, può giungersi - in linea di coerenza con lo spirito della legge processuale contabile - in via di interpretazione analogica.

In caso contrario, la norma di cui all'art. 67 del Codice della Giustizia Contabile (d.lgs. n. 774 del 26 agosto 2016) dovrebbe considerarsi come costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3 Cost. (irragionevole disparità di trattamento di situazioni simili) e 111 Cost. (giusto

processo), nella parte in cui non prevede che, anche nell'ipotesi - prevista dall'art.67, comma 7 - di svolgimento da parte del Pubblico Ministero di attività istruttorie successivamente alla notifica dell'invito a dedurre, si applica il disposto dell'art. 67, comma 1 e comma 2.

Si spiega, pertanto, formale eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 67 del Codice della Giustizia Contabile; e si chiede che, previa valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza, la questione venga rimessa al giudizio della Corte Costituzionale".

Con riferimento alla prima questione oggetto dell'eccezione in esame, ovvero alla delega istruttoria che sarebbe stata disposta dalla Procura regionale in assenza dei requisiti di cui all'art. 67, comma 7, c.g.c., il Collegio rileva che ai sensi della citata disposizione, nel testo vigente all'epoca dei fatti, "Successivamente all'invito a dedurre, il pubblico ministero non può svolgere attività istruttoria, salva la necessità di compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni".

Con l'istanza di proroga depositata in data 6 marzo 2017, la Procura regionale ha rilevato che "i

presunti responsabili nelle deduzioni personali presentate (e laddove richiesto, nel corso delle audizioni, di cui si allega il verbale in data 7.11.2016 e 19.12.2016) hanno offerto argomentazioni e prospettato i fatti in maniera tale da rendere necessario ulteriori approfondimenti e valutazioni istruttorie" e ha richiamato il decreto di delega integrativa alla Guardia di Finanza dell'8 febbraio 2017 e l'incarico di consulenza tecnica integrativa del 24 febbraio 2017 allegandoli all'istanza. La Procura regionale ha analiticamente individuato i profili oggetto dell'indagine istruttoria sia nel decreto di delega integrativa sia nell'incarico di consulenza tecnica integrativa e entrambi i citati atti elencano le specifiche attività oggetto dell'indagine suppletiva che traggono origine da quanto dedotto dalle parti a seguito della notifica dell'invito a dedurre.

Alla luce di quanto precede, il Collegio ritiene che l'indagine suppletiva sia stata conferita dalla Procura regionale nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 67, comma 7, c.g.c. all'epoca vigente e, quindi, respinge l'eccezione delle difese dei convenuti X, X e X relativa all'inammissibilità della suddetta istruttoria (in senso conforme, Corte dei

conti, Sezione Prima Giurisdizionale d'Appello, sent. n. OMISSIS).

Il Collegio passa, quindi, a esaminare l'eccezione d'inammissibilità della citazione dedotta dalla difesa della convenuta X, secondo cui il testo allora vigente dell'art. 67 c.g.c. andrebbe interpretato nel senso di ritenere in capo alla Procura regione l'obbligo di comunicare gli esiti dell'istruttoria suppletiva, al fine di consentire il deposito di ulteriori deduzioni da parte dei soggetti destinatari dell'invito a dedurre.

Al riguardo, il Collegio rileva che l'art. 67, comma 7, c.g.c. vigente all'epoca dell'istruttoria suppletiva non prevedeva alcun onere di comunicazione in capo alla Procura regionale degli esiti dell'istruttoria suppletiva. La suddetta disposizione è stata modificata con l'art. 29, comma 1, lett. b) del decreto legislativo n. 114/2019 e nell'attuale formulazione dispone che *"Successivamente all'invito a dedurre, il pubblico ministero non può svolgere attività istruttorie, salva la necessità di compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni ovvero nel caso che ricorrano situazioni obiettivamente nuove rispetto alla fase*

istruttoria precedente, che non richiedono l'emissione di un nuovo invito a dedurre e salva la comunicazione dei nuovi elementi istruttori ai soggetti invitati".

Al riguardo, il Collegio rileva, in primo luogo, che l'art. 67, comma 7, testo vigente, specifica che deve trattarsi di elementi che non richiedono l'emissione di un nuovo invito a dedurre, pur prevedendo l'onere di comunicare i nuovi elementi istruttori ai soggetti invitati.

Nella fattispecie all'esame, il Collegio evidenzia che l'istruttoria suppletiva è stata effettuata nella vigenza dell'art. 67, comma 7, c.g.c., che non prevedeva alcun onere di comunicazione ai soggetti invitati. La chiara disposizione della norma non può essere interpretata nel senso di prevedere in capo a un soggetto, la Procura regionale, uno specifico obbligo ivi non disciplinato.

In ogni caso, non può configurarsi la sanzione dell'inammissibilità della citazione dedotta dalla difesa della convenuta X, in quanto tale sanzione deve essere espressamente indicata quale conseguenza di una specifica violazione; depone in tal senso lo stesso art. 67, commi 2 e 5, c.g.c., laddove dispone l'inammissibilità dell'atto di citazione in caso di

omessa audizione personale, richiesta dall'invitato, o di deposito della citazione oltre il termine di centoventi giorni dalla scadenza del termine per le deduzioni, fatta salve eventuali proroghe.

Pertanto, il Collegio rigetta l'eccezione d'inammissibilità della citazione.

Per quanto attiene alla richiesta di sollevare, in tal caso, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 7, c.g.c., il Collegio rileva che, anche in tal caso, ai fini della questione di legittimità costituzionale occorre verificare se sussistano i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza (art. 23, comma 2, legge n. 87/1953). La difesa della convenuta X ha chiesto di sollevare la suddetta questione per violazione dell'art. 3 Cost. (irragionevole disparità di trattamento di situazioni simili) e 111 Cost. (giusto processo), in quanto in caso di istruttoria suppletiva l'art.67, comma 7, non prevede l'applicazione dei commi 1 e 2 del medesimo articolo, ovvero la notifica di un nuovo invito a dedurre e la possibilità di essere sentiti personalmente. La questione di costituzionalità è manifestamente infondata, in quanto l'art. 67, comma 7, c.g.c., prevede il divieto per la Procura regionale di

svolgere attività istruttoria dopo la notifica dell'invito a dedurre, fatta salva la necessità di compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni (art. 67, comma 7, testo vigente all'epoca dei fatti). In tal contesto, si tratta di attività istruttoria che non incide sugli elementi essenziali già delineati con la notifica dell'invito a dedurre e, proprio per tale ragione, il legislatore non ha previsto la necessità di attivare una nuova fase preprocessuale. Il Collegio rileva, poi, che nella fase preprocessuale non trovano applicazione i principi sul giusto processo di cui all'art. 111 Cost. (in questi termini Corte conti, Sezione II Giurisdizionale d'Appello, sent. n. OMISSIS) e che non si pone la prospettata violazione dell'art. 3 Cost., in quanto non viola il principio di ragionevolezza trattare in modo differenziato situazioni diverse, quali la fase successiva alla notifica dell'invito a dedurre e quella, eventuale, successiva all'istruttoria suppletiva, che è permessa entro i ristretti limiti indicati dall'art. 67, comma 7, c.g.c. Pertanto, il Collegio ritiene che la questione di costituzionalità sia manifestamente infondata.

1.3 La difesa della convenuta dott.ssa X ha eccepito l'inammissibilità della citazione per violazione del termine di cui all'art. 67, comma quinto, c.g.c., ai sensi del quale l'atto di citazione va depositato entro centoventi giorni dalla scadenza del termine per le controdeduzioni. Sul punto ha rappresentato che la Procura regionale ha chiesto la proroga del suddetto termine con l'istanza del 6 marzo 2017, ma la proroga è stata concessa solo con l'ordinanza del 14 marzo 2021, depositata il giorno successivo, ovvero dopo la scadenza del termine dei centoventi giorni, avente natura decadenziale. La difesa ha, quindi, evidenziato che non può trovare applicazione l'art. 68 c.g.c., in quanto la proroga è stata disposta dopo la scadenza del termine decadenziale e che il codice di giustizia contabile non prevede l'istituto della rimessione in termini.

Al riguardo, il Collegio rileva che l'istanza di proroga è stata depositata prima della scadenza del termine di cui all'art. 67, comma quinto, c.g.c. e che la costante giurisprudenza contabile ritiene che sia sufficiente la tempestività dell'istanza, non essendo, invece, necessario che il provvedimento giudiziale intervenga entro il termine dei centoventi giorni (Corte conti, Sezione II Giurisdizionale

d'Appello, sent. n. OMISSIS); peraltro, l'ordinanza che ha concesso la proroga non è stata oggetto di reclamo.

Pertanto, il Collegio rigetta l'eccezione d'inammissibilità della citazione.

1.4 La difesa del convenuto X ha eccepito la nullità della citazione per mancata esposizione di fatti essenziali, travisamento dei fatti e grave carenza di istruttoria, in quanto la Procura ha omesso di valutare il decreto ministeriale 22 gennaio 1997, n. 178168 (Decreto Ciampi), di approvazione dell'OMISSIS datato 10 gennaio 1994, ivi incluso l'Allegato contenente la clausola ATE, non ha precisato che la citata clausola ATE non è stata attivata da OMISSIS con conseguente estraneità del convenuto alla fase di chiusura e ristrutturazione dei contratti avvenuta tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 per espressa volontà negoziale del MEF e di OMISSIS, in un periodo in cui il convenuto non ricopriva alcun ruolo al MEF, e non ha chiarito la possibilità o meno di applicare la clausola ai contratti contestati (receiver swaption del dicembre 2003 e alla receiver swaption del novembre 2004), tenuto conto delle specifiche clausole di risoluzione anticipata bilaterale ivi disciplinate.

Al riguardo, il Collegio rileva che quanto contestato dalla difesa del convenuto non incide sulla validità dell'atto di citazione, che contiene gli elementi essenziali previsti dall'art. 86 c.g.c., ma attiene al merito della vicenda, essendo il Collegio tenuto in tale sede a verificare quanto prospettato dalla difesa del convenuto X.

Pertanto, il Collegio respinge la suddetta eccezione.

1.5 La difesa del convenuto X ha dedotto, in via pregiudiziale, l'inammissibilità dell'intervento adesivo dipendente di OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS ai sensi dell'art. 85 c.g.c. Al riguardo il Collegio rileva che OMISSIS, OMISSIS e OMISSIS non hanno depositato alcun atto d'intervento e, quindi, l'eccezione dedotta è improcedibile per carenza d'interesse; peraltro, con la sentenza n. OMISSIS di questa Sezione l'intervento di OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS è stato dichiarato inammissibile e con la sentenza n. OMISSIS della Prima Sezione Centrale d'Appello è stata confermata l'inammissibilità dell'intervento di OMISSIS e di OMISSIS, mentre la decisione d'inammissibilità del giudice di primo grado non è stata oggetto di appello da parte di OMISSIS.

1.6 Le difese di tutti i convenuti hanno, poi,

eccepito la prescrizione quinquennale. In particolare, la difesa del convenuto X e quella del convenuto X hanno dedotto il decorso della prescrizione quinquennale, individuando l'esordio del periodo prescrizionale nella data di sottoscrizione degli atti contestati dalla Procura regionale (rispettivamente nel 1999 e nel 2004), la difesa del convenuto X ha eccepito la prescrizione quinquennale nelle conclusioni senza ulteriori precisazioni in ordine alla decorrenza, la difesa della convenuta X e la difesa del convenuto X hanno dedotto la prescrizione tenendo conto anche del periodo intercorso tra la notifica dell'atto di citazione e l'insorgenza, secondo la prospettazione della Procura regionale, del danno erariale, ritenendo che l'invito a dedurre, notificato alla convenuta X in data 11 luglio 2016 e al convenuto X in data 14 giugno 2016 non abbia efficacia interruttiva della prescrizione. Sul punto, le difese dei convenuti X e X hanno evidenziato che l'invito a dedurre è stato notificato in data anteriore all'entrata in vigore dell'art. 66 del c.g.c, ai sensi del quale l'invito a dedurre può interrompere la prescrizione, rilevando che il citato articolo 66 non ha efficacia retroattiva; hanno, quindi,

rappresentato che l'invito a dedurre notificato dalla Procura regionale non è idoneo a interrompere la prescrizione in quanto *"non possiede i requisiti tradizionalmente richiesti dalla giurisprudenza ai fini della suddetta efficacia; giurisprudenza in virtù della quale l'atto deve "manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora"* (v. ad es. Cass. n. 17123/2015), ossia l'esatto opposto di quanto concretamente accaduto nel caso di specie, visto che nell'invito a dedurre in questione la Procura formula espresse riserve di ulteriore approfondimento e di ulteriori valutazioni ed, inoltre, una volta ricevute le controdeduzioni dei soggetti invitati, la stessa Procura (a dimostrazione ulteriore del fatto che l'invito a dedurre era del tutto dubitativo, ipotetico e con riserve), ha richiesto: (a) il raddoppio del termine per la proposizione dell'azione erariale; (b) nuovi approfondimenti istruttori; (c) un supplemento di consulenza tecnica al proprio consulente tecnico" (pag. 23 della comparsa di costituzione depositata nell'interesse del convenuto X; analoghe considerazioni sono state svolte dalla

difesa della convenuta X). La difesa del convenuto X ha, poi, chiesto, qualora non venga accolta l'eccezione di prescrizione, di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art.1, comma 2, della Legge n. 20/1994, per contrasto con i seguenti principi costituzionali: principio di eguaglianza e ragionevolezza (art. 3), dovere di solidarietà sociale (art. 2), diritto di difesa e certezza del diritto (art. 24), buon andamento dell'Amministrazione Pubblica (art. 97).

Così riassunta la posizione dei convenuti sull'eccezione di prescrizione, è noto che, ai sensi del suddetto art. 1, comma 2, della legge n. 20/1994 *"Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta"*. La costante giurisprudenza contabile individua l'esordio della prescrizione con il pagamento, fatta salva l'ipotesi del doloso occultamento del danno. Al riguardo è, infatti, pacifico che il danno diventa certo e attuale solo con il materiale esborso economico. Sul punto, il Collegio ritiene che sia sufficiente richiamare quanto affermato dalle Sezioni riunite, secondo cui

la prescrizione decorre dal pagamento (Sezioni riunite, sent. n. 7/2000). Il suddetto principio è stato confermato dalla giurisprudenza contabile successiva. In particolare, con la sentenza n. OMISSIS le Sezioni riunite hanno rilevato che *"per la regola generale dell'art. 2935 c.c. (richiamata nella sentenza n. 5/QM/2007 di queste Sezioni Riunite), la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (cioè quando il danno è divenuto certo, concreto ed attuale) e che l'individuazione del dies a quo della prescrizione non può essere effettuata con riguardo al momento in cui è insorto il semplice obbligo giuridico di pagare, con l'ulteriore conseguenza che la diminuzione del patrimonio dell'ente danneggiato - nel che consiste l'evento dannoso - assume i caratteri della concretezza, attualità ed irreversibilità solo con l'effettivo pagamento"* (pag. 14-15). La costante giurisprudenza contabile si è uniformata ai suddetti principi (tra le altre, Corte dei conti, Sezione Terza Giurisdizionale Centrale, sent. n. OMISSIS).

Alla luce di quanto precede, il Collegio ritiene che la prescrizione non possa, quindi, decorrere dal compimento dell'atto, essendo, invece, necessario che

a esso segua l'effettivo esborso economico; ne consegue che non assume, quindi, rilievo l'eccezione di prescrizione dedotta dai convenuti X e X nella parte in cui individuano l'esordio della prescrizione dalla data di sottoscrizione degli atti ritenuti illegittimi dalla Procura regionale.

Le difese dei convenuti X e X hanno, però, eccepito la prescrizione ritenendo anche che non abbia efficacia interruttiva l'invito a dedurre notificato dalla Procura regionale.

Al riguardo il Collegio condivide quanto prospettato dalle difese in ordine all'efficacia non retroattiva dell'art. 66 c.g.c., in quanto, ai sensi dell'allegato 3, art. 2, comma 2, c.g.c., l'art. 66 si applica *"ai fatti commessi e alle omissioni avvenute a decorrere dalla data di entrata in vigore del codice"*. Occorre, quindi, verificare se l'invito a dedurre abbia o meno i caratteri individuati dalla giurisprudenza come essenziali, al fine di poter attribuire allo stesso l'efficacia interruttiva della prescrizione.

Al riguardo, il Collegio richiama il costante indirizzo della Suprema Corte di Cassazione (tra le altre Cass, sez. VI civ, sent. n. 18631/2021), secondo cui *"l'atto di costituzione in mora di cui*

all'art. 1219 c.c., idoneo ad integrare atto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, ultimo comma, c.c., non è soggetto a rigore di forme, all'infuori della scrittura, e quindi non richiede l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti, occorrendo soltanto che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere il soddisfacimento del proprio diritto. Sulla base di tali principi, perché un atto possa valere come costituzione in mora, deve contenere unicamente la chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo), nonché l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di ottenere il soddisfacimento del proprio diritto nei confronti del soggetto indicato (elemento oggettivo)". Con specifico riferimento all'invito a dedurre, la costante giurisprudenza contabile, fiorita antecedentemente all'entrata in vigore del codice di giustizia contabile, ha rilevato che l'invito a dedurre notificato dalla Procura regionale interrompe la prescrizione se contiene gli elementi di cui agli articoli 1219 c.c. e 2943 c.c. ovvero "la

dimostrazione della volontà di ottenere la realizzazione del credito ..." (Corte dei conti, Sezioni Riunite, n. 6/2003; in termini analoghi Sezioni riunite, n. 14/2000).

Alla luce del richiamato indirizzo giurisprudenziale, occorre verificare, quindi, se nel caso di specie l'invito a dedurre presenti i suddetti elementi.

Al riguardo il Collegio rileva che l'invito a dedurre contiene l'espressa indicazione che l'atto vale come messa in mora e l'intimazione, ai sensi degli articoli 1219 c.c. e 2943 c.c., a "*procedere al risarcimento del danno complessivo di che trattasi, nella misura per ciascuno indicata (fatte salve le successive valutazioni e determinazioni di questo Pubblico Ministero)*". L'invito a dedurre individua puntualmente i soggetti intimati tenuti al risarcimento, le relative quote di competenza, l'amministrazione danneggiata e le ragioni creditorie a sostegno della domanda.

Secondo le difese dei convenuti X e X, l'invito non avrebbe efficacia interruttiva della prescrizione in quanto la pretesa al risarcimento del danno ivi contenuta sarebbe ipotetica, in quanto rimessa alle "*successive valutazioni e determinazioni*" della Procura regionale, e ciò sarebbe avvalorato, oltre

che dalla specifica indicazione in tal senso contenuta nell'invito, anche dall'istruttoria suppletiva effettuata dopo la sua notifica.

Le argomentazioni delle difese non sono condivise dal Collegio, in quanto, come è noto, l'invito a dedurre assolve a una duplice funzione di garanzia per l'invitato e di strumento per acquisire ulteriore materiale probatorio per la Procura regionale. In tal ottica, a seguito delle deduzioni degli invitati e dell'eventuale audizione e istruttoria suppletiva, la Procura regionale potrebbe ritenere superate, in tutto o in parte, le contestazioni mosse con l'invito e, quindi, procedere all'archiviazione del fascicolo istruttorio ai sensi dell'art 69 c.g.c.; peraltro la giurisprudenza (tra le altre Corte dei conti, Sezioni riunite, n. 6/2003) - fiorita antecedentemente all'entrata in vigore del codice di giustizia contabile - ha costantemente valorizzato la suddetta funzione dell'invito a dedurre nei seguenti termini: " *L'invito a dedurre appartiene ad una fase prodromica all'accertamento della responsabilità, "avente natura pre-processuale", conclude la fase delle indagini del procuratore regionale e, quindi, è prevalente strumento di definizione delle acquisizioni probatorie dell'attore, il quale,*

proprio in relazione ad esse, si determina ad instaurare il giudizio con la citazione ovvero a disporre l'archiviazione: lo stesso soggetto invitato non acquista la qualità di parte (Corte cost., n. 163 del 2-4 giugno 1997; n. 513 del 20 novembre 4 dicembre 2002; SS.RR., n. 7/98/QM del 16 febbraio 1998; n. 14/98/QM del 19 giugno 1998; n. 27/99/QM del 7 dicembre 1999)".

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio è, quindi, dell'avviso che l'espressione contenuta all'ultimo periodo dell'invito a dedurre e l'istruttoria suppletiva non siano elementi sufficienti per poter ritenere che l'invito a dedurre non abbia efficacia interruttiva della prescrizione, trattandosi, invece, di elementi che vanno letti nell'ambito delle previsioni dell'art. 69 c.g.c. e 86 c.g.c., in quanto funzionali alla chiusura della fase istruttoria con conseguente alternativa: 1) archiviazione (art. 69 c.g.c.); 2) citazione (art. 86).

Con riferimento all'eccezione genericamente formulata nelle conclusioni dalla difesa del convenuto X al punto 3 *"Dichiarare la prescrizione della domanda attrice per decorso dei termini di cui all'art. 1 L. n. 20/94 ed all'art. 3 L. n. 639/96"*,

valgono le medesime argomentazioni svolte nel presente paragrafo.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio rigetta l'eccezione di prescrizione.

La difesa del convenuto X ha, in subordine, chiesto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art.1, comma 2, della legge n. 20/1994, per contrasto con una molteplicità di principi costituzionali, tenuto conto che nel caso di specie l'azione è stata esercitata a notevole distanza di tempo rispetto ai fatti contestati.

Al riguardo, il Collegio rileva che ai fini della questione di legittimità costituzionale occorre verificare se sussistano i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza (art. 23, comma 2, legge n. 87/1953). In tal ottica, tenuto conto della costante giurisprudenza contabile che identifica l'esordio della prescrizione con il danno certo e attuale derivante dall'esborso economico, il Collegio ritiene che la questione sia manifestamente infondata. Sul punto, il Collegio osserva che il periodo prescrizioneale quinquennale non comprime i diritti della difesa, tenuto conto che, come già evidenziato dalla giurisprudenza contabile, i profili di criticità sollevati dalla difesa del convenuto X

vanno valutati in sede di merito nell'ambito dell'esame del nesso di causalità e/o dell'elemento soggettivo della colpa grave. Al riguardo, il Collegio richiama quanto affermato dalle Sezioni Riunite con la sentenza n. 7/2000: *Invero, la questione del dies a quo, specie nell'ambito della soluzione cui queste SS.RR. sono pervenute, si intreccia con la problematica, di non minor rilevanza, inerente alla individuazione del nesso di causalità e del concorso di cause ed anche di quelle sopravvenute ai fini della individuazione della riferibilità del danno (artt. 40 e 41 c.p.).*

Ma, proprio sulla base di una corretta applicazione dei principi inerenti a tale elemento costitutivo della responsabilità unitamente a quello della colpa grave, si giunge a ricondurre entro limiti di adeguatezza temporale ben circoscritti la responsabilità degli amministratori evitando quegli "effetti aberranti" paventati dalla difesa di taluni dei convenuti").

Pertanto, il Collegio respinge la richiesta formulata dalla difesa del convenuto X di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità dell'art.1, comma 2, della Legge n. 20/1994 per contrasto con gli articoli 2, 3, 24 e 97 della

Costituzione, per difetto del requisito della non manifesta infondatezza della questione.

1.7 Le difese dei convenuti X e X hanno eccepito la carenza di legittimazione passiva. In particolare la difesa del convenuto X ha evidenziato che il proprio assistito non ricopriva alcun ruolo all'interno del MEF nel periodo in cui, secondo la Procura regionale, si sarebbe verificato il danno erariale derivante dall'operazione di chiusura e ristrutturazione dei contratti derivati, avvenuta tra la fine dell'anno 2011 e l'inizio dell'anno 2012, in quanto il convenuto X ha assunto la carica di OMISSIS dal 19 maggio 1997 al 30 novembre 2000. La difesa del convenuto X ha, invece, rilevato che il proprio assistito è stato OMISSIS dal 19 maggio 2005 al 28 novembre 2011, non ha firmato o partecipato ad alcuna fase relativa alla stipula o ristrutturazione dei contratti ed è cessato dalla carica prima dell'operazione di chiusura e ristrutturazione, avvenuta in due fasi il 28 dicembre 2011 e il 11/13 gennaio 2012.

Al riguardo il Collegio rileva, in via generale, che *"la legittimatio ad causam definisce la correlazione tra il potere, dal lato attivo, di esercitare l'azione in giudizio e, da quello passivo, la*

soggezione a subirla secondo la prospettazione di parte attrice. La legittimazione passiva sussiste sempre allorché vi sia coincidenza tra il soggetto della fattispecie in astratto considerata e colui contro il quale la domanda è proposta ed è affermato essere soggetto passivo del diritto. Solo ove non vi sia questa coincidenza ed essa sia concretamente ed *ictu oculi* rilevabile, il legislatore consente al giudice di pronunciarsi estromettendo il chiamato in giudizio prima ancora di procedere all'esame del merito" (Corte Conti, Sezione Terza Giurisdizionale d'Appello, sent. n. OMISSIS). Nella fattispecie all'esame del Collegio, secondo la prospettazione della Procura regionale il convenuto X è responsabile di una quota parte del danno conseguente alla sottoscrizione in data 24 agosto 1999 di un cross currency swap e di una receiver swaption mentre al convenuto X è stata imputata una quota parte del danno, in quanto, pur essendo destinatario dell'appunto n. OMISSIS del 20 marzo 2008 a firma della dott.ssa X, del memorandum del 19 febbraio 2007 sottoscritto da altro soggetto e di alcune e-mail, non ha impedito la ristrutturazione di una receiver swaption e l'operazione di chiusura e ristrutturazione dei contratti.

Alla luce della prospettazione della Procura regionale, sussiste la legittimazione passiva dei convenuti X e X.

Pertanto, il Collegio rigetta l'eccezione relativa alla carenza di legittimazione passiva.

1.8 La difesa del convenuto X ha anche eccepito la cosiddetta "esimente politica" di cui all'art. 1 - ter della legge n. 20/1994. Il citato art. 1- ter dispone che *"... Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione"*. In particolare, secondo la difesa la posizione del convenuto prof. X sarebbe identica a quella di altri due Ministri non evocati in giudizio, pur avendo sottoscritto, a differenza del convenuto X, vari decreti autorizzativi.

Al riguardo il Collegio rileva che secondo la prospettazione della Procura regionale la responsabilità del convenuto X è connessa al suo ruolo di OMISSIS dal 19/05/2005 al 28/11/2011 e non a quello di OMISSIS.

Pertanto, il Collegio respinge l'eccezione dedotta dalla difesa del convenuto X avente a oggetto

l'applicazione dell'art. 1-ter della legge n. 20/1994.

2. Esaurita la disamina delle questioni pregiudiziali e preliminari, quanto al merito della complessa vicenda all'attenzione del Collegio occorre procedere all'esame dei seguenti aspetti: a) stipula del contratti e rispetto dei principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, sotto il duplice profilo della legittimità della tipologia dei contratti in astratto e in concreto, tenuto conto sotto quest'ultimo profilo, delle norme costituzionali, della normativa in materia di contratti derivati emanata per gli enti territoriali, della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e della presenza della clausola ATE, in conformità al principio di diritto formulato dalla Cassazione con la citata sentenza n. OMISSIS; b) danno erariale; c) nesso di causalità; d) elemento soggettivo.

2.1 Il Collegio è tenuto, quindi, a verificare, in primo luogo, se la condotta dei convenuti in relazione ai contratti in esame abbia o meno rispettato i principi di legalità, economicità, efficacia e imparzialità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n.

241 e dell'art. 97 della Costituzione, in quanto l'insindacabilità del merito delle scelte discrezionali di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, non è assoluta ma condizionata al rispetto dei suddetti principi, come ha ribadito la Suprema Corte con la richiamata pronuncia n. OMISSIS. In tale contesto, occorre verificare se sia stata legittima la stipula da parte dello Stato e nello specifico del MEF dei contratti derivati oggetto del presente giudizio. Sul punto, secondo la prospettazione della Procura regionale, lo Stato non può sottoscrivere contratti derivati non aventi finalità di copertura o in valuta estera in assenza di una espressa norma autorizzativa e, a supporto di tale argomentazione, ha richiamato norme costituzionali e disposizioni che trovano applicazione solo per gli enti territoriali ma che, secondo la tesi della Procura, sarebbero espressione di principi cogenti anche nei confronti dello Stato e ciò troverebbe conferma nella pronuncia della Cassazione n. 8770/2020. La suddetta tesi è contestata dalle difese dei convenuti, che hanno, invece, evidenziato, all'opposto, l'assenza di norme ostative alla sottoscrizione di contratti derivati da parte dello Stato.

In tal contesto, il Collegio condivide, in primo luogo, la disamina del quadro normativo svolta dalla Prima Sezione Giurisdizionale d'Appello nella sentenza n. OMISSIS nei seguenti termini:

"L'art. 8, penultimo e ultimo comma, della legge 22 dicembre 1984, n. 887 (legge finanziaria per il 1985), autorizzava il Ministro del Tesoro a utilizzare derivati solo per la ristrutturazione di debiti esteri e quindi per sottoscrivere Cross currency swaps per prestiti in valuta straniera.

Con successivo Decreto del Ministro del Tesoro del 10.11.1995 (in G.U. 10.01.1996, n. 7), tale possibilità è stata estesa ai prestiti in valuta nazionale, al fine di minimizzare il costo del debito, con obbligo di trasmissione alla Corte dei conti di una relazione semestrale riguardante tutta l'attività di gestione del debito.

Con l'art. 2, comma 165, della legge n. 662 del 23 dicembre 1996 (legge finanziaria per il 1997) è stato, poi, consentito al Ministro di ristrutturare il debito pubblico "interno ed estero attraverso operazioni di trasformazione di scadenze, di scambio o sostituzione di titoli di diverso tipo, o altri strumenti operativi previsti dalla prassi di mercati finanziari".

Successivamente, il D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, o T.U.F.), nell'allegato 1 Sezione C, ha ricompreso tra gli strumenti finanziari, cui il MEF poteva ricorrere, i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati ("futures"), gli swap, gli accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso pagamento di differenziali in contanti".

Nella medesima linea di dare "flessibilità alla gestione del debito in essere sui mercati internazionali" è, poi il D.M. n. 6065 del 23 gennaio 2002 del Ministro Tremonti.

La possibilità di procedere alla ristrutturazione del debito pubblico secondo le linee direttrici sopra elencate, con il rinvio a un'ampia, quasi illimitata possibilità di scelta tra i vari strumenti finanziari è stata definitivamente ribadita dall'art. 3, comma 1, lett. c) del d.P.R. n. 398 del 2003, che richiama

a sua volta il T.U.F" (Corte dei conti, Prima Sezione Giurisdizionale d'Appello, sent. n. OMISSIS, pag. 108-109).

Alla luce del suddetto quadro normativo, il Collegio ritiene, quindi, che la scelta del MEF di stipulare i contratti in esame non sia stata, in astratto, illegittima. Sul punto il Collegio rileva, infatti, che tutti i contratti derivati sono caratterizzati da "un'alea", ma tale "rischio" non costituisce una violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 41, 52 (rectius 53) e 81 evocati dalla Procura regionale, se e nella misura in cui i contratti derivati stipulati dallo Stato abbiano una loro "ratio" economica, in quanto perseguano la finalità di copertura o, comunque, di gestione del debito pubblico, sotto il duplice profilo dell'allungamento della scadenza del debito e del controllo della dinamica del tasso d'interesse e, quindi, in definitiva, assolvano alla funzione di assicurare la sostenibilità del debito.

Al riguardo, il Collegio richiama e condivide le osservazioni contenute nella consulenza del prof. OMISSIS, secondo cui *"l'uso di contratti derivati per finalità di copertura e/o gestione della struttura finanziaria del debito pubblico è da considerarsi una*

pratica sensata e senza dubbio utile alla gestione della spesa pubblica in termini di obiettivo di contenimento dei flussi di interesse passivi" (pag. 12 della Relazione). Il Prof. OMISSIS ha esaminato i contratti in esame formulando le seguenti considerazioni: 1) cross currency swap sterline/euro del 1999, opzione del 1999 e opzione del 2003: il cross currency swap è uno strumento di copertura, l'opzione del 1999 e quella del 2003, che ha sostituito la precedente, non hanno finalità di copertura ma sono operazioni di gestione del debito pubblico; 2) cross currency swap dollari/euro e opzione del 2002: il cross currency swap dollari/euro era un'operazione di gestione del debito e costituisce un adeguato strumento di gestione del rischio di cambio, che va letta unitamente alla vendita dell'opzione che non è uno strumento di copertura, ma ha consentito il miglioramento delle condizioni economiche del cross currency swap per effetto del premio ricevuto dal MEF e in tal ottica il cross currency swap è uno strumento di copertura dal rischio cambio sia nella versione del 2002 sia a seguito della ristrutturazione del 2006, così come l'opzione del 2002 e la successiva del 2008, che ha chiuso la precedente, sono operazioni di gestione del

debito pubblico; 3) OMISSIS del 2005: non è un'operazione di copertura ma uno strumento di gestione del debito pubblico, con "una sua ratio finanziaria"; 4) OMISSIS ex OMISSIS: è un'operazione di copertura parziale con "una sua ratio finanziaria".

2.2 Il Collegio rileva, poi, che le limitazioni alla stipula dei contratti derivati previste per gli enti territoriali dalla normativa (tra le altre, l'art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448) non sono estensibili allo Stato in quanto il loro ambito applicativo è espressamente delimitato agli enti territoriali e i principi desumibili dalla normativa in questione non possono, quindi, costituire un punto di riferimento per l'attività in derivati dello Stato.

In tale ottica non assume, quindi, rilievo nel caso di specie quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza n. 8770/2020, di cui era parte un ente locale, come precisato dalla stessa Cassazione nella sentenza n. OMISSIS (pag. 23): *"Vale, ad ogni modo, il dato oggettivo che "i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati di gestire il debito pubblico" costituiscono controparti qualificate*

nell'intermediazione finanziaria ex art.6, co. 2 quater, TUF; e da ciò non può certo prescindersi nell'escludere l'incidenza, l'essenzialità e la determinatività dell'attività di consulenza posta in essere dalla Banca, non potendosi sostenere che essa fosse in ipotesi tale da indirizzare significativamente, se non da senz'altro sostituire, la volontà decisoria del Ministero e la possibilità di questo di autonomamente soppesare, nel quadro generale, l'aspetto precipuo dato dal rapporto costo/rischio delle operazioni condotte con OMISSIS. Né risulta estensibile de plano alla presente fattispecie quanto da questa stessa corte di legittimità recentemente ritenuto (a scopo diverso dal riparto di giurisdizione) con specifico riguardo al contenuto informativo essenziale dovuto dagli intermediari finanziari qualificati - non già allo Stato attraverso il Tesoro, ma - ai Comuni (equiparabili, almeno nelle più modeste realtà territoriali, proprio ai clienti retail) nella stipulazione 'personalizzata' di contratti derivati (Cass.SSUU n.8770/20)".

2.3 Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che la tipologia dei contratti derivati in questione sia funzionale alla copertura

e/o alla gestione del debito pubblico, in quanto finalizzati ad allungare la durata del debito e a controllare l'andamento del tasso d'interesse.

In tal ottica va letto anche l'appunto del prof. OMISSIS che nel 2001, nell'ambito di una politica di ristrutturazione del portafoglio in valuta, ha prospettato le seguenti finalità per le operazioni in contratti derivati: 1) riduzione della spesa per interessi; 2) estensione della durata; 3) blocco, in caso di esercizio dell'opzione, del tasso ad un livello storicamente interessante.

2.4 Ciò posto, nel caso in esame, tuttavia, la presenza della clausola ATE, ad avviso del Collegio, incide su una delle suddette finalità, ovvero l'estensione della durata.

Sul punto, il Collegio rileva che tale impatto della clausola ATE sui contratti in esame avviene solo successivamente al verificarsi delle condizioni previste nella clausola (diminuzione del rating e livello di esposizione) e, quindi, secondo la Procura regionale, verso la fine dell'anno 2002 (pag. 7 della relazione della GDF dell'8 maggio 2017, prot. n. 197728).

La clausola ATE di per sé, infatti, non può configurarsi come illegittimamente apposta né la

stessa Procura regionale ravvisa specifici profili di illegittimità della stessa.

Alla luce di quanto precede, ne consegue che i contratti stipulati o ristrutturati dopo l'astratta azionabilità della clausola da parte di OMISSIS erano soggetti al rischio di una loro risoluzione anticipata.

In tal contesto assume rilievo, ad avviso del Collegio, la circostanza che il MEF abbia continuato a stipulare contratti derivati con la OMISSIS senza aver la consapevolezza dell'esistenza della clausola e di aver continuato, dopo aver avuto contezza della clausola, a gestire tali contratti senza valutare l'attivazione un meccanismo di garanzia e/o il rischio legato alla clausola ATE, nella convinzione che la OMISSIS non avrebbe mai attivato la clausola. Sul punto, la convenuta X ha, infatti, dichiarato nelle controdeduzioni che *"... a fronte dell'inserimento della clausola, in modo del tutto atipico, direttamente all'interno di un OMISSIS, nessuna evidenza fu mai inserita in qualsivoglia archivio utile al monitoraggio degli strumenti finanziari"* (pag. 16), rilevando che *"... la clausola ATE, a quel tempo e a quelle condizioni di mercato, non fu ragionevolmente percepita come un fattore*

rischio per lo Stato Italiano" (pag. 19). La convenuta X ha, altresì, affermato che anche nell'ipotesi in cui il MEF avesse avuto contezza della clausola, avrebbe, comunque, autorizzato le operazioni in derivati in quanto *"idonee a coprire i rischi che la Repubblica avrebbe potuto allora dover fronteggiare con un margine di ragionevole prevedibilità"* (pag. 25) e che nel momento in cui è venuta a conoscenza della clausola all'inizio del 2007, *"... si ritenne non decisiva la presenza della clausola, poiché, come più volte ripetuto, non era prevedibile che una banca d'affari potesse temere il default di uno Stato sovrano dell'Area Euro, tanto da voler esercitare una clausola risolutiva di tutte le posizioni in derivati ma soprattutto poiché, anche in caso di esercizio della predetta clausola, la stessa avrebbe generato per la Repubblica, al più, un'esigenza di rifinanziamento assolutamente gestibile"* (pag. 26).

2.5 Alla luce di quanto precede, il Collegio ritiene che la stipula dei contratti senza tener conto degli effetti dell'eventuale attivazione della clausola ATE abbia violato i principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Al riguardo, la disamina che precede ha illustrato la

ratio economica della vendita di opzione (receveir swaption), in quanto tramite essa lo Stato incassa un premio e, a scadenza, l'acquirente - nel caso di specie la OMISSIS - ha la facoltà di stipulare il contratto derivato alle condizioni prefissate. L'acquirente versa un premio e, in caso di condizioni di mercato migliori rispetto a quelle del contratto derivato, non eserciterà l'opzione e, in tal caso, lo Stato avrà conseguito il vantaggio del premio. Nell'ipotesi opposta, l'acquirente eserciterà l'opzione e il vantaggio dello Stato deriva dal premio ma anche dall'allungamento della gestione del debito e dalla protezione derivante dall'eventuale aumento dei tassi di mercato durante la vigenza del contratto derivato. Nel caso in esame la presenza della clausola ATE e la contemporanea assenza di un meccanismo di garanzia hanno impattato sulla strategia del MEF in quanto era rimessa alla valutazione di OMISSIS la facoltà di risolvere il contratto in ogni momento in caso di condizioni di mercato più favorevoli per la banca.

La presenza della clausola ATE non incide, poi, ad avviso del Collegio sulla causa dei contratti, determinandone la nullità o aumentando l'alea, come sostenuto dalla Procura regionale, ma si risolve

nella possibile risoluzione anticipata degli stessi. Pertanto, premesso che la OMISSIS non ha attivato la clausola, non vi è dubbio che l'operazione di chiusura e ristrutturazione dei contratti sia dipesa dall'esistenza della clausola e che il MEF non abbia gestito la presenza della clausola secondo i principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Sul punto, assumono rilievo sia le argomentazioni del consulente della Procura regionale dott. OMISSIS, secondo cui *"Le analisi a supporto dell'accettazione della clausola non standart di early termination non erano adeguate. Il rischio posto da tale clausola non risulta apprezzato compiutamente né ex ante né durante la vita dei contratti. Inoltre, non sono documentate azioni specifiche di mitigazione dei rischi posti da tale clausola"* (pag. 88 della consulenza tecnica del 23/10/2015), sia quelle del prof. OMISSIS secondo cui *"È da giudicarsi anomalo il fatto che il MEF non abbia gestito la citata clausola lasciando che, per anni, l'esposizione creditizia della RI"* (Repubblica Italiana) *"nei confronti di OMISSIS fosse sensibilmente superiore alla soglia contrattuale ed esponendo così la RI al rischio di esercizio della clausola"* (pag. 29 della Relazione).

In tal contesto, il Collegio ritiene, quindi, che la condotta dei convenuti sia sindacabile ai fini dell'eventuale responsabilità amministrativa, e, a tal fine, occorre verificare la sussistenza o meno del danno erariale, del nesso di causalità e dell'elemento soggettivo.

3. Con riferimento al primo elemento strutturale della responsabilità amministrativa, la Procura regionale ha contestato ai convenuti il danno erariale derivante dalla sommatoria delle seguenti voci: 1) ristrutturazione e chiusura dei contratti; 2) costi di finanziamento; 3) flussi finanziari negativi.

In ragione dell'apporto causale di ciascun convenuto, la Procura regionale ha, così, ripartito il danno:

dott. X, € 95.946.443,11

(Novantacinquemilioninovecentoquarantaseimilaquattrocentoquarantatre/11;

prof. X, € 84.716.916,78 (Ottantaquattromilionisettecentosedicimilanovecentosedici/78);

prof. X, € 19.953.808,77 (Diciannovemilioninovecentocinquantatre milaottocentootto/77);

dott.ssa X, € 982.556.950,99 (Novecentoottantaduemilionicinquecentocinquantaseimilanovecentocinquanta/99).

Secondo la prospettazione della Procura regionale, tutti gli esborsi connessi ai contratti in esame vanno qualificati come danno erariale poiché i contratti non potevano essere stipulati, in quanto privi della finalità di copertura del debito pubblico, e, in ogni caso, la loro sottoscrizione e successiva gestione è avvenuta senza tener conto dell'esistenza della clausola ATE. La posizione della Procura regionale è supportata dalle relazioni della Guardia di Finanza e dalla perizia di parte elaborata dal dott. OMISSIS. In particolare, nella perizia si rappresenta che *"...modalità di conduzione dell'operatività tra le parti in derivati atipiche in quanto ibridate da elementi relazionali e fiduciari, rafforzati dalla coeva situazione di crisi dei mercati, rendono riferibili a concreti comportamenti contraddittori, sia del MEF sia di OMISSIS, gli accadimenti in commento. Essi hanno comportato per la Repubblica esborsi rilevanti e inattesi, da finanziare agli elevati spread del momento, nonché un potenziale indebolimento (i.e. rischio reputazionale) della sua capacità negoziale in un contesto di mercato, in cui altre controparti estere avrebbero potuto avere interesse a ridurre l'esposizione per rischio di controparte"* (pag. 97

della consulenza tecnica su operatività in derivati del MEF).

Le difese dei convenuti hanno, invece, prospettato l'insussistenza del danno erariale e, in particolare, la difesa della convenuta X ha evidenziato che la chiusura anticipata dei contratti, a prescindere dalle cause che l'hanno determinata, ha comportato, in realtà, un risparmio stimato in circa tre miliardi di euro; sul punto, ha rilevato che *"i predetti esborsi non possono certamente essere considerati come un danno, dal momento che gli stessi non costituiscono altro che il corrispettivo dovuto dalla Repubblica alla controparte bancaria sulla base dei contratti derivati conclusi dalle parti. In specie, il fatto che i predetti esborsi siano stati anticipati rispetto al termine finale previsto nei contratti non significa certo che si sia prodotto un danno per lo Stato italiano, poiché lo Stato avrebbe comunque dovuto sostenere quegli esborsi nel corso degli anni rimanenti di vigenza dei contratti"* (pag. 136 della comparsa di costituzione).

Alla luce della posizione delle parti, il Collegio ritiene, in primo luogo, di dover ribadire che non può configurarsi di per sé come danno erariale l'esborso derivante dalla chiusura e ristrutturazione

dei contratti derivati, in quanto trattasi di operazioni non vietate dall'ordinamento giuridico.

Il Collegio rileva, poi, è che è pacifico che la somma in questione non sia stata corrisposta per effetto dell'attivazione della clausola ATE da parte di OMISSIS e sul punto sono concordi sia la Procura regionale sia le difese dei convenuti, pur essendo evidente che le operazioni di chiusura e ristrutturazione in questione siano consequenziali alla prospettazione da parte di OMISSIS al MEF della volontà di utilizzare la clausola ATE in caso di mancata risoluzione della problematica evidenziata.

Il Collegio rileva, poi, che la Procura regionale non ha contestato i parametri economici dei contratti, ma gli esborsi in sé derivanti dalle operazioni di chiusura e ristrutturazione dei contratti.

Occorre, quindi, verificare, ad avviso del Collegio, quale sarebbe stato lo scenario economico nell'ipotesi in cui, in assenza della prospettata attivazione della clausola ATE, i contratti avessero continuato a produrre i loro effetti.

Sul punto, la relazione tecnica depositata nell'interesse della convenuta X ha analizzato quale sarebbe stata la situazione economica dei contratti alla data del 31 dicembre 2017, evidenziando che,

nello scenario alternativo, lo Stato avrebbe sopportato un esborso economico maggiore e ha, così, concluso: *"Dunque, prescindendo da ogni considerazione circa la liceità della clausola e la sua gestione da parte di OMISSISI/RI" (OMISSIS e Repubblica Italia), "è un fatto oggettivo che non si possa parlare di un danno erariale poiché in concreto (con i dati ad oggi disponibili) la contestata ristrutturazione/estinzione è risultata una soluzione migliore (per la RI) rispetto allo scenario alternativo in cui i sei derivati non fossero stati ristrutturati/estinti"* (pag. 46 della relazione).

Con riferimento alla sussistenza o meno del danno erariale assume, altresì, rilievo la relazione finale del prof. OMISSIS, consulente nominato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma nell'ambito del procedimento iscritto al n.r. OMISSIS. Nella citata relazione il prof. OMISSIS si è così espresso sugli oneri economici conseguenti alla chiusura e ristrutturazione dei contratti: *"Tale esborso non è da considerarsi come una perdita direttamente riconducibile alla chiusura dei contratti (e quindi indirettamente non riconducibile alla mancata gestione della nota clausola), bensì la naturale conseguenza dell'evoluzione dei tassi di*

interesse che ha penalizzato la RI. In pratica, la chiusura dei contratti ha anticipato un'uscita in denaro che, se pur spalmata in diversi anni futuri, ci si attendeva comunque di sopportare. La chiusura anticipata dei contratti ha probabilmente comportato dei costi di ristrutturazione ed hedging. Ma è lecito ipotizzare che i suddetti costi siano una quota ridotta dei 3,109 milioni di euro complessivamente sborsati" (pag. 30 della relazione) e "di entità minore al potenziale risparmio economico connesso alla loro chiusura" (pag. 31 della relazione).

La citata relazione del prof. OMISSIS è stata condivisa dalla Procura della Repubblica e dal giudice per le indagini preliminari, che ha archiviato la posizione della convenuta X con il decreto di archiviazione del 20 maggio 2015, nonché dal Tribunale di Roma - Collegio per i Reati Ministeriali con l'ordinanza del 24 novembre 2015.

Con riferimento alle suddette considerazioni sul danno erariale, la Procura regionale ha rilevato che la posizione delle difese dei convenuti non è condivisibile, in quanto l'operazione di chiusura e di ristrutturazione dei contratti derivati ha solo impedito il prodursi di un maggior danno derivante dalla stipula degli stessi.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio non condivide quanto prospettato dalla Procura regionale, in quanto - come già chiarito - i contratti sono stati legittimamente stipulati. In tal contesto, poi, se è vero che la presenza della clausola ATE avrebbe dovuto essere oggetto di una migliore ponderazione da parte del MEF, non vi è dubbio che, anche in assenza della clausola, e quindi, della sua prospettata attivazione da parte di OMISSIS nel 2011, lo Stato italiano avrebbe sopportato per i contratti in questione ingenti costi derivanti dalla variazione dei tassi d'interesse. In tale prospettiva, il Collegio ritiene che sia corretta la conclusione della relazione del prof. OMISSIS, secondo cui l'operazione conclusa tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 ha comportato un risparmio economico rispetto al mantenimento in vita dei contratti.

Tuttavia, il Collegio rileva che l'operazione di chiusura e ristrutturazione è stata articolata in due fasi tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 e ciò ha comportato di per sé un maggiore esborso economico, pari a € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisette-milioni/00).

Al riguardo, il Collegio è dell'avviso che tale

esborso non possa ritenersi assorbito dal risparmio conseguente all'operazione di chiusura in questione, in quanto la medesima operazione posta in essere entro il 2011 avrebbe comportato per lo Stato un maggiore risparmio rispetto a quello conseguito per effetto dell'articolazione dell'operazione in due fasi.

In tal ottica, il Collegio ritiene, invece, che tutti i restanti esborsi sopportati dallo Stato per l'operazione di chiusura e ristrutturazione, ivi compreso il costo di rifinanziamento derivante dalla chiusura anticipata dei contratti, quantificato dalla Procura regionale in € 725.994.278,13 - importo, peraltro, contestato dalle difese dei convenuti - il costo di esecuzione pari a € 86.200.000,00 e il costo per i flussi finanziari negativi, non costituiscano danno erariale in quanto l'alternativa, ovvero, il mantenimento in vita dei contratti, avrebbe comportato un esborso di gran lunga superiore rispetto ai suddetti oneri.

Alla luce delle considerazioni che precedono sulla configurabilità del requisito del danno erariale, il Collegio osserva che non assume rilievo né la novazione soggettiva della "OMISSIS" alla "OMISSIS", in quanto indifferente rispetto alla produzione del

contestato danno erariale, né la riconduzione del contratto OMISSIS ex OMISSIS nell'ambito dell'accordo quadro in essere tra il MEF la OMISSIS, trattandosi, ad avviso del Collegio, di un effetto consequenziale alla riconduzione dei contratti ex OMISSIS in capo al MEF per espressa previsione di legge (art. 1, commi 966-969, della legge 27 dicembre 2006, n. 296).

Pertanto, occorre, ora, verificare la sussistenza del nesso di causalità e dell'elemento soggettivo limitatamente al suddetto esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00).

4. Con riferimento al nesso di causalità tra la condotta dei convenuti e il maggior esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00), il Collegio ritiene necessario svolgere alcune brevi considerazioni sul rapporto di causalità tra danno e condotta, prima di esaminare le posizioni dei convenuti.

Al riguardo, il Collegio richiama gli articoli 40 e 41 del codice penale, che, come noto, sono espressione del principio della equivalenza delle cause, in base al quale un evento si considera causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in mancanza del secondo. La Cassazione ha, poi, chiarito il percorso giuridico per verificare se e in che

termini un evento sia causa di un altro, in base al principio della regolarità causale, ai sensi della quale, in ragione di una valutazione ex ante al momento della condotta, occorre accertare se era imprevedibile il verificarsi di una data conseguenza in base alle regole statistiche e/o scientifiche. In altri termini, *"ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta attiva o omissiva, che appaiano sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili"* (Cass. civ., Sez. Un., n. 581/2008).

Il secondo comma dell'art. 41 introduce un temperamento al principio dell'equivalenza causale, in quanto l'evento va attribuito solo all'autore della condotta successiva qualora essa sia tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, in quanto si colloca al di fuori della normale linea di sviluppo della serie causale in atto (criterio di causalità efficiente). Per quanto concerne il regime probatorio, con l'ordinanza n. OMISSIS la Cassazione, Sez. Lavoro, ha rilevato che in sede penale la regola è quella *"dell'oltre ogni ragionevole dubbio"*, e in sede civile quella *"del più probabile che non"*,

precisando "che la regola della "certezza probabilistica" non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità logica: SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581)".

4.1 Alla luce di quanto precede, il Collegio ritiene di dover esaminare quelle che la Procura regionale ha individuato in termini di "fasce di condotte", al fine di valutare, poi, se sussista il nesso di causalità tra l'esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00) e le condotte dei convenuti.

Si tratta, in particolare, delle seguenti problematiche:

4.1.1 subentro OMISSIS nel rapporto contrattuale;

4.1.2 asimmetria conoscitiva e carenza di personale e di strutture informatiche adeguate;

4.1.3 meccanismi impeditivi alla risoluzione dei contratti: sostituzione nel rapporto contrattuale e/o garanzia collaterale.

4.1.1. Con l'accordo del 22 aprile 2008 la OMISSIS subentra alla società veicolo OMISSIS nella titolarità dell'accordo del 10 gennaio 1994 e nei 19 contratti derivati in essere con il MEF. Al riguardo,

il Collegio rileva che tale operazione, effettuata per il MEF dalla convenuta X, non risulta avere alcun impatto sulla successiva dinamica del rapporto contrattuale con la OMISSIS, che ha portato la banca alcuni anni dopo a prospettare l'attivazione della clausola ATE. In altri termini, ad avviso del Collegio il suddetto subentro contrattuale è indifferente rispetto alla produzione del danno.

4.1.2 Il Collegio ritiene, in primo luogo, di dover evidenziare che la problematica in esame ovvero la asimmetria conoscitiva e la carenza di personale e di strutture informatiche adeguate è relativa, anche secondo la prospettazione della Procura regionale, alla modalità di gestione del rapporto con la OMISSIS limitatamente ai soli contratti derivati oggetto del presente giudizio e non certo alla gestione del debito pubblico italiano nel suo complesso.

Sul punto, il Collegio condivide, in primo luogo, quanto già prospettato da questa Sezione nella sentenza n. OMISSIS e dalla Cassazione nella citata sentenza n. OMISSIS, nella parte in cui hanno evidenziato la competenza del MEF nella gestione del debito pubblico, rilevando la sua natura di controparte qualificata sia ai sensi della normativa interna (art. 6, comma 2-quater del TUF), sia di

quella europea (art. 24 della Direttiva 2004/39/C).
Con specifico riferimento ai contratti in esame, dalla documentazione in atti emerge, tuttavia, che il MEF ha gestito il rapporto contrattuale con la OMISSIS non avendo la consapevolezza del fatto che tali contratti fossero assoggettati alla clausola ATE, prevista nell'accordo quadro del 1994; sul punto, si rinvia al paragrafo 2.4, laddove sono state riportate le dichiarazioni della convenuta X, che ha affermato di non avere avuto conoscenza della clausola fino all'inizio del 2007.

Per quanto attiene, invece, alla carenza di personale e di adeguati strumenti informatici, il Collegio richiama l'appunto datato 31 dicembre 2009 della convenuta X al OMISSIS, avente a oggetto la collateralizzazione dei contratti derivati, nel quale la dott.ssa X evidenzia che la procedura per l'attivazione del meccanismo di garanzia unilaterale a favore dello Stato richiede il supporto di personale specializzato, rilevando che *"l'organico dell'ufficio competente risulta già sottodimensionato rispetto alle competenze attualmente assegnate..."* (allegato n. 21 alla comparsa di costituzione e allegato n. 6 alla relazione GDF).
Per quanto attiene alle risorse strumentali, nel

suddetto appunto la convenuta X fa presente che i sistemi informatici in uso presentano delle criticità nell'elaborare i dati necessari per monitorare l'andamento dei contratti derivati.

Sul punto, il Collegio evidenzia, quindi, che quanto prospettato dalla Procura regionale, anche sulla base, in particolare, delle audizioni dei OMISSIS responsabili dell'Ufficio III e IX allegate alla relazione della Guardia di Finanza (allegato 2 e allegato 3) trova conferma nel richiamato appunto a firma della dott.ssa X, la quale ha, peraltro, più volte lamentato la carenza di personale, chiedendo l'implementazione delle risorse umane (allegato n. 23 alla comparsa di costituzione).

Alla luce di quanto precede, il Collegio rileva, quindi, che il MEF non era a conoscenza dell'esistenza della clausola fino all'anno 2007 e che gli strumenti informatici utilizzati almeno fino al 2009 presentavano delle criticità in ordine al monitoraggio dell'andamento dei contratti derivati.

4.1.3 Verso la fine dell'anno 2011, OMISSIS ha comunicato al MEF l'intenzione di avvalersi della clausola risolutiva, a distanza di diversi anni rispetto al momento in cui la clausola avrebbe potuto essere azionata. Risulta in atti che il MEF ha

valutato tutte le ipotesi previste per impedire l'attivazione della clausola, quali la novazione soggettiva, la prestazione di una garanzia collaterale e la chiusura e ristrutturazione di alcuni contratti.

Con riferimento alla novazione soggettiva, il MEF ha individuato una primaria Banca ma l'operazione avrebbe richiesto notevoli costi e la Banca non era in grado di fronteggiare il problema derivante dalla carenza di liquidità e, quindi, ad avviso del Collegio tale strada non era, in concreto, percorribile.

Con riferimento al meccanismo di garanzia, il Collegio ritiene che alla fine del 2011 il MEF non avesse la possibilità di attivare il meccanismo di garanzia in quanto esso è stato disciplinato solo con l'art.1, comma 387, lett. b), n. 3, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, che ha inserito il comma 1 bis all'art. 3 del D.p.r. 30 dicembre 2003, n. 398: *"1-bis. Il Tesoro è autorizzato a stipulare accordi di garanzia bilaterale in relazione alle operazioni in strumenti derivati. La garanzia è costituita da titoli di Stato di Paesi dell'area dell'euro denominati in euro oppure da disponibilità liquide gestite attraverso movimentazioni di conti di*

tesoreria o di altri conti appositamente istituiti. Ai conti di tesoreria, ai conti e depositi, di titoli o liquidità, intestati al Ministero presso il sistema bancario e utilizzati per la costituzione delle garanzie si applicano le disposizioni del comma 6 dell'articolo 5. Con decreto del Ministro sono stabilite le modalità applicative del presente comma". Con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 dicembre 2017 è stata data attuazione al suddetto art. 3, comma 1-bis. In altri termini, il quadro normativo vigente anteriormente alla suddetta modifica non permetteva al MEF di percorrere la strada del meccanismo di garanzia.

Il Collegio evidenzia, poi, che, in ogni caso, anche tale opzione avrebbe comportato un esborso economico di notevole entità. Sul punto, il Collegio richiama la posizione della Procura Generale della Corte Suprema di Cassazione secondo cui "non può neppure imputarsi ai soggetti chiamati la mancata previsione di una garanzia collaterale (cd "collateral"): questa sarebbe stata costituita dall'accantonamento di somme pari al valore negativo che OMISSIS avrebbe potuto pretendere in caso di superamento dei parametri della propria esposizione creditizia. Di conseguenza, anche la previsione di questa garanzia, come affermato

anche dalla sentenza di primo grado, sul punto non specificatamente contestata nell'appello dalla Procura erariale, non avrebbe evitato il pagamento delle somme contestate da parte del MEF" (pag. 38 della requisitoria depositata in atti nel giudizio oggetto della sentenza n. OMISSIS della Corte di Cassazione).

Al riguardo, il Collegio rileva che anche il consulente tecnico della Procura regionale ha rappresentato che *"un sistema di garanzia non poteva essere implementato all'ultimo momento quando l'esposizione era diventata un multiplo di quella massima originariamente accettata e non era stato definito un quadro legale di supporto" (pag. 43 della consulenza integrativa) e che "... la prestazione di collateral avrebbe posto il rischio che analoga richiesta venisse fatta propria da tutte le altre controparti di ROI nelle operazioni in derivati, con immaginabili effetti devastanti sulla liquidità del Sistema Italia e sulla stabilità del paese, comportando un esborso di 27 mld ..."* (pag. 44 della consulenza integrativa).

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che non fosse praticabile alla fine del 2011 neanche il ricorso al meccanismo di garanzia

per paralizzare la prospettata attivazione della clausola ATE.

Sul punto, la Procura regionale ha, altresì, evidenziato che il MEF avrebbe dovuto porre il problema del meccanismo di garanzia ben prima del 2011 e che l'assenza della garanzia collaterale non avrebbe consentito alla OMISSIS di avvalersi della clausola risolutoria.

Dalla documentazione in atti, risulta, in effetti, che solo nel 2009 il MEF ha iniziato ad approfondire il tema della garanzia, prima nella forma unilaterale a favore dello Stato e poi tra il mese di settembre e quello di ottobre 2012 anche della garanzia bilaterale, rilevando la necessità di una espressa previsione di legge per superare l'incertezza del quadro normativo (allegato n. 6 alla relazione GDF e allegato n. 83 alla comparsa di costituzione della dott.ssa X).

In relazione alla prospettazione della Procura regionale relativa, in sintesi, alla sottovalutazione del rischio da parte del MEF in ordine alla possibilità da parte di OMISSIS di attivare la clausola ATE, il Collegio condivide quanto prospettato dalla Procura regionale, ritenendo che tale sottovalutazione emerge dagli atti e dalle

stesse dichiarazioni della dott.ssa X, già oggetto di analisi, e che tale sottovalutazione abbia avuto un'incidenza causale nel maggiore esborso a carico dello Stato, in quanto la conoscenza della clausola ATE avrebbe potuto determinare in capo al MEF una diversa gestione del rapporto contrattuale con OMISSIS, finalizzata a mitigare i rischi derivanti dall'attivazione della stessa.

Per quanto attiene, invece, all'eventuale strategia oppositiva contestata dalla Procura regionale, il Collegio ritiene che tale aspetto debba essere valutato nell'ambito dell'elemento soggettivo.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che la scelta del MEF di procedere alla chiusura e ristrutturazione dei contratti derivati era l'unica opzione percorribile per evitare l'attivazione della clausola ATE, che avrebbe comportato maggiori esborsi per lo Stato.

Ciò posto, occorre, ora, procedere all'esame delle condotte dei convenuti per valutare la sussistenza o meno del nesso causale rispetto all'esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00).

4.2 Con riferimento alla posizione del convenuto X, il Collegio rileva che la Procura regionale ha contestato la sottoscrizione in data 24 agosto 1999

di un cross currency swap sterlina/euro e di una receiver swaption in sterline, opzione che, peraltro, è stata sostituita da altra opzione in data 10 dicembre 2003, quando il convenuto X non ricopriva alcun ruolo al MEF.

Il Collegio osserva, poi, che alla data del 24 agosto 1999 non si erano verificate le condizioni che consentivano alla OMISSIS l'attivazione della clausola ATE e, quindi, non si poneva neanche la problematica relativa all'attivazione di un meccanismo di garanzia.

Il Collegio evidenzia, altresì, che la spesa di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00) è strettamente riconducibile all'operazione di chiusura e ristrutturazione in due fasi tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012 e che, quindi, non sussiste il nesso di causalità tra il suddetto esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00) e la condotta del convenuto X, tenuto conto del fatto che il convenuto ha ricoperto la carica di OMISSIS dal 19 maggio 1997 al 30 novembre 2000 e di OMISSIS dal 15 maggio 2012 al 15 maggio del 2018. La decisione del Collegio sul difetto di nesso di causalità assorbe le altre questioni dedotte dalle parti.

Pertanto, il Collegio rigetta la domanda risarcitoria proposta dalla Procura regionale contro il convenuto X e riconosce le competenze legali, quantificate in € 45.182,00 (Quarantacinquemilacentoottanta-due/00), oltre IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%.

4.2 Con riferimento alla posizione del convenuto X, la Procura regionale ha contestato il decreto n. OMISSIS del 12 febbraio 2004 con cui è stato approvato il contratto del 10 dicembre 2003, avente a oggetto il diritto di opzione alla stipula di un contratto di swap e il decreto n. OMISSIS del 4 marzo 2004 con cui è stato approvato il contratto del 10 dicembre 2003 che ha confermato l'accordo di swap di cui al decreto ministeriale del 15 settembre 1999 n. 475362 cancellando l'opzione prevista all'art. 1, comma 2, del citato decreto n. 475362; la Procura regionale ha, inoltre, contestato anche la vendita e ristrutturazione della receiver swaption da 2 miliardi di euro (poi 3 miliardi), in quanto il convenuto avrebbe approvato tale ultima operazione per effetto della apposizione della frase "*tutti e 3 i punti mi paiono molto sensati*" sull'appunto n. OMISSIS del 26 gennaio 2004 della dott.ssa X, nel quale si prospettava la possibilità di vendere anche le opzionalità.

Al riguardo, la difesa del convenuto X ha, tra l'altro, evidenziato che il prof. X è stato nominato OMISSIS del MEF con il D.P.R. del 26 settembre 2001 ed è cessato dalla carica nel mese di luglio 2004 per effetto della sua nomina a OMISSIS, rilevando che il ruolo di OMISSIS non consente lo svolgimento di attività gestoria.

Il Collegio evidenzia che non sussiste il nesso di causalità tra la condotta del convenuto X e l'esborso di € 527.000.000,00, (Cinquecentoventisettemilioni/00), in quanto tale maggiore costo è strettamente connesso alla decisione di effettuare l'operazione in due fasi tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012, in un periodo in cui il prof. X non ricopriva più alcun incarico presso il MEF e, quindi, non poteva in alcun modo incidere sulla suddetta operazione.

In altri termini, pur essendo già operativa la clausola ATE alla data in cui il convenuto X ha sottoscritto i decreti di approvazione, tuttavia non emergono ragioni sufficienti per differenziare la posizione del medesimo rispetto a quella del convenuto X, tenuto conto del fatto che il maggior costo di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00) è strettamente connesso alla

modalità di chiusura delle operazioni in esame in due fasi.

Alla luce di quanto precede, il Collegio ravvisa l'assenza del nesso di causalità tra la condotta del prof. X e la maggior spesa di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00), con assorbimento delle altre questioni dedotte dalle parti.

Pertanto, il Collegio rigetta la domanda risarcitoria proposta dalla Procura regionale contro il convenuto X e riconosce le competenze legali, quantificate in € 45.182,00 (Quarantacinquemilacentottantadue/00), oltre IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%.

4.3 Con riferimento alla posizione del convenuto X, il Collegio rileva che la Procura regionale non ha contestato specifici atti di gestione bensì una condotta omissiva, in quanto il prof. X, pur essendo a conoscenza dei contratti che sarebbero stati posti in essere dalla convenuta X e dell'operazione di chiusura e ristrutturazione, non è intervenuto per impedire tali eventi.

Al riguardo, il Collegio rileva che il prof. X ha ricoperto l'incarico di OMISSIS dal 19 maggio 2005 al 28 novembre 2011 e in tale arco temporale è stato destinatario di due appunti, uno a firma della convenuta X e l'altro di altro soggetto non evocato

in giudizio datato 19 febbraio 2007.

Con riferimento all'appunto della convenuta X prot. n. OMISSIS del 20 marzo 2008 e al memorandum del 19 febbraio 2007, il Collegio osserva che nei citati documenti si fa espresso riferimento alle operazioni di receiver swaption con la OMISSIS.

Il convenuto X è stato, poi, destinatario di diverse e-mail, inviate sia prima che dopo la cessazione dell'incarico come OMISSIS e, quindi, quando già ricopriva la carica di OMISSIS.

In particolare, con l'e-mail del 23 novembre 2011 la dott.ssa X ha esposto la problematica in essere con la OMISSIS, prospettando la possibilità di trasferire la titolarità di quattro contratti in capo alla OMISSIS e chiedendo espressamente il suo assenso e il convenuto X ha dato riscontro all'email in pari data esprimendo il suo assenso in questi termini: "ok".

Con e-mail del 30 novembre 2011 la convenuta X ha chiesto l'assenso del prof. X in ordine al coinvolgimento della OMISSIS per la riuscita dell'operazione con la OMISSIS e a tale e-mail il convenuto X risponde in pari data condividendo il coinvolgimento della OMISSIS, ma chiarendo anche che la sua posizione all'interno del MEF era cambiata e che, quindi, non poteva approvare l'operazione.

Con e-mail del 9 gennaio 2012 la convenuta X ha informato il prof. X sulla complessiva operazione in due fasi con la OMISSIS e in pari data il convenuto X ha così riscontrato la suddetta mail: "*grazie*".

Alla luce della documentazione in atti, il Collegio rileva, in primo luogo, che non assumono rilievo sotto il profilo del nesso di causalità, gli appunti citati trasmessi al convenuto X, tenuto conto della delimitazione del danno erariale al solo esborso di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00).

Il Collegio evidenzia, poi, che solo a titolo informativo la convenuta X ha comunicato al prof. X l'operazione in corso con la OMISSIS di chiusura e ristrutturazione dei derivati e che il convenuto X non si è inserito nell'attività gestoria né prima né dopo aver assunto la carica di OMISSIS, avendo precisato alla convenuta X che il suo nuovo ruolo non gli consentiva di approvare quanto prospettato dalla dott.ssa X.

Alla luce di quanto precede, il Collegio ritiene che non vi siano ragioni giuridiche per differenziare la posizione del convenuto X rispetto a quella del convenuto X e del convenuto X.

Il Collegio ravvisa, quindi, l'assenza del nesso di causalità tra la condotta del medesimo e la maggior

spesa di € 527.000.000,00, (Cinquecentoventisettemilioni/00) con assorbimento delle altre questioni dedotte dalle parti.

Pertanto, il Collegio rigetta la domanda risarcitoria proposta dalla Procura regionale contro il convenuto X e riconosce le competenze legali, quantificate in € 26.735,00 (Ventiseimilasettecentotrentacinque/00), oltre IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%.

4.4. Con riferimento alla posizione della convenuta X, il Collegio rileva che la convenuta ha ricoperto l'incarico di OMISSIS dal mese di dicembre 2000 e, in tale veste, ha gestito le operazioni di ristrutturazione dei contratti derivati fino alla crisi del rapporto con la OMISSIS alla fine del 2011. Dalla documentazione in atti risulta che la convenuta X ha avuto diretta conoscenza della clausola ATE fin dall'anno 2007 per ammissione della medesima, ma, nonostante ciò, la dott.ssa X ha continuato a concludere operazioni contrattuali con la OMISSIS senza assumere alcuna iniziativa finalizzata a valutare gli effetti derivanti dall'eventuale attivazione della clausola. Il Collegio rileva, poi, che la decisione di concludere l'operazione in due fasi tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012, con il conseguente maggior costo di € 527.000.000,00

(Cinquecentoventisettemilioni/00), è direttamente riconducibile alla sua condotta nell'ambito della trattativa intercorsa con la OMISSIS, che si è conclusa con la firma della convenuta X degli accordi del 28 dicembre 2011, del decreto n. DT OMISSIS del 30 dicembre 2011 e dell'accordo dell'11 gennaio 2012. Pertanto, il Collegio ritiene che sussista il nesso di causalità tra la condotta della convenuta X e il maggior esborso per lo Stato di € 527.000.000,00 (Cinquecentoventisettemilioni/00).

5. Da ultimo, il Collegio è tenuto a esaminare se nella condotta della convenuta X sia configurabile o meno il requisito della colpa grave.

Al riguardo, il Collegio rileva che la dott.ssa X ha dichiarato di essere stata fermamente convinta del fatto che OMISSIS non avrebbe mai attivato la clausola ATE in uno scenario diverso da quello in essere alla fine del 2011, caratterizzato dalla percezione del rischio di default dello Stato nell'area euro, e che l'articolazione dell'operazione in due fasi rispondeva all'esigenza di evitare un costo di liquidità certo da sopportare alla fine del 2011, mentre era, altresì, prevedibile che all'inizio del 2012, oltre a non esservi il costo di liquidità, la situazione economica dei contratti avrebbe

registrato risultati migliorativi rispetto alla fine del 2011; tale giustificazione, relativamente al costo di liquidità, è stata ritenuta "plausibile" dal prof. OMISSIS (pag. 28 della Relazione).

Nella citata relazione il prof. OMISSIS ha rilevato, altresì, che *"...la mancata gestione della clausola di Early Termination è senza dubbio un errore, così come è un errore ignorare il fatto che OMISSIS avesse da anni il diritto di esercitare tale clausola. Ma le modalità operative con cui il MEF ha gestito la chiusura delle operazioni in derivati ha evitato che la RI fosse economicamente penalizzata da questa mancata gestione della clausola. La decisione di non procedere alla sostituzione della controparte (come prevedeva l'OMISSIS), sembra efficace non solo alla luce del fatto che essa avrebbe comportato ingenti costi di sostituzione, ma anche alla luce della successiva dinamica dei tassi di interesse (...). Infatti, la successiva discesa repentina dei tassi avrebbe determinato un incremento sensibile del valore di mercato negativo dei derivati. Di certo i costi di ristrutturazione ed hedging eventualmente sopportati alla chiusura dei derivati sono di entità minore al potenziale risparmio economico connesso alla loro chiusura"* (pag. 30-31 della Relazione).

Alla luce della complessiva documentazione in atti, il Collegio ritiene che il MEF fino all'anno 2007 abbia sottoscritto accordi con la OMISSIS senza un'attenta verifica delle condizioni contrattuali e con una carenza di adeguate risorse umane e strumentali per la gestione di contratti derivati particolarmente complessi. Tale carenza non può, però, essere imputabile alla convenuta X, ma va attribuita all'amministrazione nel suo complesso. Successivamente, a partire dall'anno 2007 la stessa convenuta X ha dichiarato di aver avuto consapevolezza della clausola ATE ma di aver continuato a stipulare accordi con la OMISSIS nella convinzione che la controparte non avrebbe mai esercitato la clausola. Il Collegio ritiene che tale atteggiamento sia connotato da colpa, in quanto la OMISSIS non ha mai rinunciato ad avvalersi della clausola ATE, nonostante i tentativi in tal senso effettuati, sempre secondo le dichiarazioni della dott.ssa X, in occasione delle varie contrattazioni. Il Collegio ritiene, poi, che la sottovalutazione del suddetto rischio emerge anche in relazione al fatto che non è stata approfondita la tematica del meccanismo di garanzia bilaterale già a partire dal 2007, quando era già chiaro alla convenuta X la

possibilità giuridica da parte della OMISSIS di avvalersi della clausola; sul punto, il Collegio rileva che eventuali impedimenti all'attivazione della garanzia di ordine giuridico o economico avrebbero dovuto comportare un'attenta valutazione in ordine all'opportunità o meno di formalizzare ulteriori accordi con la OMISSIS.

In tal contesto, occorre, ora, verificare se la colpa della dott.ssa X possa qualificarsi in termini di gravità.

Al riguardo, il Collegio rileva che la OMISSIS ha prospettato l'attivazione della clausola ATE in un periodo caratterizzato dalla gravissima crisi finanziaria che aveva prima colpito la Grecia, per la quale si era ipotizzata anche l'uscita dall'area euro, e poi l'Italia, alle prese con un valore dello spread superiore ai cinquecento punti, con la riduzione del rating e con la nascita di un governo tecnico.

Alla fine del 2011 il sistema finanziario non escludeva, quindi, il rischio di default dell'Italia, come attestato dall'evoluzione della curva dei Credit Default Swap (CDS) della Repubblica riportata nella memoria della convenuta X.

In tal contesto, il Collegio ritiene, in via

generale, che una strategia oppositiva all'operazione di chiusura e ristrutturazione avrebbe potuto comportare danni ben maggiori di quelli conseguenti all'articolazione dell'operazione in due fasi e innestare pericolosi dubbi circa l'affidabilità del sistema paese di far fronte ai propri debiti.

La suddetta valutazione del Collegio risulta, peraltro, essere in linea con quanto già deciso in sede penale dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, che ha archiviato la posizione della convenuta X con il decreto di archiviazione del 20 maggio 2015, condividendo la ricostruzione del pubblico ministero che, nella richiesta di archiviazione, aveva evidenziato quanto segue: *"In conclusione si deve affermare che la clausola di early termination era stata in origine legittimamente apposta e che essa è stata legittimamente esercitata da OMISSIS nell'ambito delle sue facoltà contrattuali. La Repubblica Italiana, dal canto suo, non disponeva di valide ragioni per contestare sul piano giuridico né la legittimità e la validità della clausola né la legittimità del suo esercizio. Ed è evidente che una mera inadempienza di fatto avrebbe comportato per la Repubblica un danno facilmente intuibile in termini di perdita di reputazione e*

difficilmente calcolabile nei suoi effetti economici"
(pag. 6 della richiesta di archiviazione del 30 marzo 2015).

Negli stessi termini si è espresso il Tribunale di Roma - Collegio per i reati ministeriali, con l'ordinanza del 24 novembre 2015, laddove ha evidenziato che *"il mancato adempimento delle clausole contrattuali da parte di RI avrebbe certamente comportato la perdita di credibilità finanziaria ed affidabilità dello Stato, con conseguente rischio di marginalizzazione dell'Italia nell'ambito di tutti i mercati internazionali, in una fase di estrema tensione dei mercati, nella quale lo Stato avrebbe dovuto cercare nuovi finanziatori del proprio debito sovrano"* (pag. 3).

Con specifico riferimento, quindi, alla maggior spesa di € 527.000.000,00, (Cinquecentoventisette milioni/00) il Collegio non ravvisa nella condotta della convenuta X la gravità della colpa, in quanto la decisione di strutturare l'intervento in due fasi è stata motivata dall'esigenza di evitare il costo per la carenza di liquidità.

Il contesto in cui è stata prospettata l'attivazione della clausola ATE, di natura eccezionale, richiedeva di assumere in breve tempo decisioni significative

per contrastare l'eventuale attivazione della clausola, che avrebbe comportato un maggior esborso per lo Stato.

Pertanto, il Collegio assolve la convenuta dott.ssa X X non ravvisando nella condotta della medesima l'elemento soggettivo della colpa grave e liquida le competenze legali a favore della medesima in € 99.264,00 (Novantanovemiladuecentosessantaquattro/00), oltre IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio assolve i convenuti X X, X X, X X e X X, riconoscendo a loro favore il rimborso delle competenze legali così quantificate, maggiorate di IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%: per il dott. X € 45.182,00 (Quarantacinquemilacentottantadue/00); per il prof. X € 45.182,00 (Quarantacinquemilacentottantadue/00); per il prof. X € 26.735,00 (Ventiseimilasettecentotrentacinque/00); per la dott.ssa X € 99.264,00 (Novantanovemiladuecentosessantaquattro/00).

Nulla per le spese di giudizio.

P.Q.M.

La Corte dei Conti - Sezione giurisdizionale per la

Regione Lazio, definitivamente pronunciando nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 75600 del registro di Segreteria, promosso ad istanza della Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio, disattesa ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione:

a) rigetta le eccezioni sollevate dai convenuti dott. X X, prof. X X, prof. X X e dott.ssa X X e non ammette le questioni di legittimità costituzionale;

b) assolve i convenuti e riconosce a loro favore il rimborso delle competenze legali così quantificate, maggiorate di IVA, Cassa Avvocati e spese generali al 15%: €

45.182,00 (Quarantacinquemilacentoottantadue/00) per il dott. X X; € 45.182,00

(Quarantacinquemilacentoottantadue/00) per il prof. X X; € 26.735,00 (Venti-

seimilasettecentotrentacinque/00) per il prof. X X; € 99.264,00 (Novanta-

novemiladuecentosessantaquattro/00) per la dott.ssa X X.

Nulla per le spese di giudizio.

Manda alla Segreteria per gli ulteriori adempimenti di rito.

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 52 del

d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali" (Codice della privacy), e dell'art. 22, comma 1, del decreto legislativo n. 101/2018, a tutela dei diritti e della dignità dei soggetti interessati dalla presente sentenza, e, in particolare, a tutela del loro diritto alla riservatezza dei dati personali, si dispone in particolare che, in caso di riproduzione della sentenza stessa in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, venga opportunamente omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi (con particolare riguardo per quelli relativi allo stato di salute) dei soggetti interessati riportati sulla sentenza.

A tal fine la Segreteria della Sezione applicherà la disposizione di cui al comma 3 dello stesso art. 52 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy).

Così deciso nelle camere di consiglio del 14 ottobre 2021, del 20 ottobre 2021, del 3 novembre 2021 e del 17 febbraio 2022.

L'Estensore

Il Presidente correlatore

Massimo Balestieri

Tommaso Miele

F.to digitalmente

F.to digitalmente

Depositata in Segreteria il 11 aprile 2022

Il Dirigente

Luciana Troccoli

f.to digitalmente