REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE UMBRIA

composta dai magistrati:

Dott. Giuseppe DE ROSA Presidente

Dott. Giuseppe VICANOLO Componente

Dott.ssa Elisabetta CONTE Componente relatore

pronuncia la seguente

SENTENZA

nel giudizio, in materia di responsabilità amministrativa, iscritto al n. 11682 del Registro di Segreteria, promosso dalla Procura regionale della Corte dei conti per la regione Umbria

nei confronti di:

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato a *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente a *[Omissis] [Omissis]* (*[OMISSIS]*), Via *[Omissis] [Omissis] [Omissis]*, n. *[Omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Romeo Volpicelli, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso, sito in Milano, Via Piolti de Bianchi, n. 2 e l'indirizzo pec romeoantonio.volpicelli@milano.pecavvocati.it

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato a *[Omissis] [omissis] [Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*), *[Omissis] [Omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall' avv. Giovanni Taglialatela e dall'avv. Flavio Bindi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.

Nerio Zuccaccia in Perugia, Via delle Prome, n. 5

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]*, residente in *[Omissis] [Omissis]* (*[OMISSIS]*), Via *[omissis] [Omissis] [Omissis] [Omissis]*, n. 1, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato il *[omissis].[omissis].[omissis]* ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) ed ivi residente in Via *[Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente in *[Omissis]* (*[OMISSIS]*), *[Omissis] [Omissis] [omissis] [Omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato a *[Omissis] [Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*), *[Omissis] [Omissis] [Omissis]*, Via *[OMISSIS] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato a *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente in *[Omissis]* (*[OMISSIS]*), Via *[omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato a *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* e residente in *[Omissis]* (*[OMISSIS]*), Largo *[Omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* ed ivi residente in *[Omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* ed ivi residente in Via *[Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) il *[omissis].[omissis].[omissis]* ed ivi residente in Via *[Omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Pepe e dall'avv. Anna Dean ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Perugia, Corso Vannucci, n. 30

- ***[Omissis] [OMISSIS]*** (C.F. *[OMISSIS]*), nato il *[omissis].[omissis]. [omissis]* ad *[Omissis]* (*[OMISSIS]*) ed ivi residente in Via *[omissis] [Omissis]*, n. *[omissis]*, rappresentato e difeso – anche disgiuntamente - dagli avv.ti David Giuseppe Apolloni, prof. Isabella Loiodice, prof. Aldo Loiodice, elettivamente domiciliato in Perugia, Via XIV Settembre, n. 71, presso lo studio legale dell'avv. David Giuseppe Apolloni.

VISTO l'atto di citazione.

VISTI tutti gli altri atti e documenti di causa.

UDITI, nella pubblica udienza del giorno 13 novembre 2024, svoltasi con l'assistenza del Segretario dott.ssa Marida Amodio Mancino, il Relatore dott.ssa Elisabetta Conte, il Pubblico Ministero, in persona del dott. Enrico Amante e gli avvocati Romeo Volpicelli per il convenuto *[Omissis]*; Alessandra Taglialatela, in sostituzione degli avvocati Giovanni Taglialatela e Flavio Bindi per il convenuto *[Omissis]*; Nicola Pepe per i convenuti *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]* e *[Omissis]*; Simona Batori, in sostituzione degli avvocati David Giuseppe Apolloni, Isabella Loiodice e Aldo Loiodice per *[Omissis] [Omissis]*.

Ritenuto in

FATTO

I. Con atto di citazione depositato il 28 febbraio 2011, la Procura conveniva in giudizio *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis] [Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis] [Omissis] [Omissis]* e *[Omissis] [Omissis] [Omissis]* per sentirli condannare al risarcimento del danno, complessivamente stimato in € 2.649.899,72, derivante da costi impliciti presenti alla data di sottoscrizione, estinzione e successive rinegoziazioni di quindici contratti di finanza derivata stipulati dal Comune di Orvieto con Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (BNL) dal 2001 al 2006 e di cinque contratti stipulati con la Royal Bank of Scotland

plc (RBS).

II. Con ordinanza n. 6/2012, questa Sezione disponeva la separazione dei giudizi con riguardo alla domanda riferita alla frazione di presunto danno sofferto dal Comune di Orvieto in esecuzione dei contratti stipulati con RBS e alla domanda riferita al danno derivante da quelli stipulati con BNL.

Il filone relativo al danno derivante dai contratti stipulati con RBS veniva definito con sentenza parziale di questa Sezione n. 129/2014 che, alla luce dell'intervenuta transazione tra il Comune e la Banca, dichiarava l'improcedibilità dell'azione per sopravvenuta carenza del danno.

Il filone relativo al danno derivante dai contratti stipulati con BNL veniva sospeso con la precitata ordinanza 6/2012 in considerazione della pendenza, innanzi al Tribunale civile di Terni, di un contenzioso tra il Comune e la Banca, poi definito con sentenza di detto Tribunale n. 9/2019, che dichiarava la nullità dei contratti e, per l'effetto, condannava BNL alla restituzione in favore del Comune della somma complessiva di euro 514.687,73, pari al valore dei differenziali/flussi di cassa alla data della notifica dell'atto di citazione e alla refusione delle spese di lite, oltre al rimborso forfettario per spese generali, Iva, cpa e spese della CTU. La Corte di appello di Perugia, con sentenza n. 487 del 19.06.2023, confermava la pronuncia di primo grado, respingendo l'impugnazione proposta da BNL. Con attestazione del 05.03.2024, veniva certificato dal funzionario giudiziario presso la citata Corte di appello che la sentenza n. 487/2023 era passata in giudicato a far data

dal 13.02.2024.

III. La Procura regionale, con istanza del 25.03.2024, chiedeva la fissazione dell'udienza in prosecuzione del giudizio sospeso nei confronti degli originari convenuti, per sentire accogliere le conclusioni di cui all'atto di citazione depositato il 28.02.2011 relativamente *"alla domanda processuale riferita alla frazione di presunto danno patrimoniale sofferto dal Comune d'Orvieto in esecuzione dei contratti di finanza derivata stipulati con la B.N.L. s.p.a."*.

Con memoria del 02.09.2024, nel richiamare integralmente quanto dedotto con la citazione introduttiva, l'Ufficio requirente precisava la domanda alla luce dell'intervenuta sentenza parziale n. 129/2014, scorporando dal danno azionato la quota parte relativa ai contratti sottoscritti con RBS e, dunque, non chiedendo la prosecuzione del giudizio nei confronti dei convenuti che erano stati evocati solo con riferimento a tali contratti. Manifestava, in particolare, l'interesse a coltivare il danno azionato in relazione all'importo complessivo di € 1.762.482,41 relativo ai contratti sottoscritti dal Comune di Orvieto con BNL, chiedendo a questa Sezione di affermare la responsabilità, a titolo gravemente colposo, e di condannare al risarcimento *[Omissis] [Omissis]* nella misura di € 119.572,63, *[Omissis] [Omissis]* nella misura di € 1.114.165,05, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]* ciascuno nella misura di € 76.755,09, *[Omissis] [Omissis]* e *[Omissis] [Omissis]* nella misura di € 8.540,90 ciascuno, *[Omissis] [Omissis]*, *[Omissis] [Omissis]* ed *[Omissis] [Omissis]* nella misura di € 68.214,19 ciascuno, oltre a rivalutazione secondo gli indici ISTAT, interessi legali

dal deposito della sentenza sino all'effettivo soddisfo ed alle spese di giudizio.

IV. Con riferimento ai rapporti con BNL, la Procura, nell'atto di citazione del 2011, aveva sostenuto che dalla conclusione dei quindici contratti *swap* di tipo IRS (*interest rate swap*) erano derivati consistenti costi impliciti, generati dallo squilibrio iniziale dei contratti, poiché l'*up front* (ossia la somma di denaro che dovrebbe compensare lo squilibrio contrattuale iniziale) a favore del Comune non aveva ricondotto il contratto ad equilibrio, perché assente, insufficiente o completamente assorbito dalle consistenti perdite derivanti dai valori *mark to market* sempre negativi per l'ente. Tali costi impliciti, sulla base di una consulenza effettuata dalla società Brady Italia s.r.l., venivano quantificati in € 1.762.482,41. Inoltre, la Procura rappresentava che molti contratti erano mere rinegoziazioni di precedenti e che questi avevano ingenerato a carico del Comune costi impliciti e/o occulti, comportando un aumento dell'indebitamento con connessa violazione dell'art. 119, c. 6, Cost.. Difatti, nell'atto di citazione si affermava che tali costi impliciti avrebbero determinato una mancata entrata per il Comune, indipendentemente dall'avvenuto incasso – o meno – da parte dell'intermediario. Inoltre, si rappresentava che il Comune, dal flusso dei differenziali scambiati con le due banche, aveva registrato una perdita complessiva di € 1.000.838,15 (pari ad € 666.507,59 se riferita ai soli contratti con BNL).

Conseguentemente, venivano convenuti in giudizio *[Omissis] [Omissis]* ed *[Omissis] [Omissis]*poiché, in qualità rispettivamente di segretario

comunale e di responsabile del servizio finanziario, avevano stipulato il primo contratto *swap* con BNL (*[Omissis]*) e gli altri quattordici (*[Omissis]*) con superficialità, non avvedendosi dei forti rischi e della mancanza di vantaggiosità per l'ente, non avendo sufficienti competenze tecniche e non avendo effettuato i dovuti approfondimenti, addebitando a questi, rispettivamente, il danno – come sopra quantificato – derivante dai costi impliciti dei contratti rispettivamente sottoscritti, cui veniva scomputata una quota del 30% addebitata ai componenti della Giunta che avevano partecipato alla negoziazione dei derivati. A parere della Procura, difatti, anche i membri della Giunta avevano una specifica responsabilità, posto che questi non potevano non sapere dell'esistenza dei contratti, essendo gli stessi allegati alle deliberazioni di approvazione della Giunta (i convenuti *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]* e *[Omissis]* avevano partecipato con riferimento alla delibera n. 118/2001 – e ad essi il relativo danno veniva attribuito, in parti uguali, nella misura di € 8.540,90; mentre i convenuti *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]* e *[Omissis]* avevano partecipato alla delibera n. 127/2002 – e ad essi il relativo danno veniva attribuito, in parti uguali, nella misura di € 68.214,19).

V. Si costituiva in giudizio ***[Omissis] [Omissis]*** che, nel riportarsi a quanto già dedotto nei precedenti scritti difensivi, eccepiva la nullità dell'azione per indeterminatezza e genericità della *causa petendi*, perché la Procura non avrebbe tenuto in considerazione che i giudizi civili avevano dichiarato – e poi confermato – la nullità dei contratti derivati, reintegrando l'ente del conseguente danno – non avendo, quindi,

chiarito su che basi sussisterebbe la responsabilità amministrativa. Quanto al danno, se ne eccepiva l'inesistenza, avendo la sentenza del Tribunale di Terni n. 9/2019 condannato la Banca alla restituzione (già avvenuta) di tutte le somme corrisposte, ossia euro 514.687,73 (somma relativa alla data di notificazione dell'atto di citazione in sede civile, a cui era seguita quasi simultaneamente la sospensione di tutti i contratti ancora in essere). Il danno subito dall'ente sarebbe, difatti, rappresentato da tali somme, posto che i costi impliciti non corrisponderebbero ad effettivi esborsi, incidendo piuttosto sull'alea e sulla determinazione dei successivi flussi di pagamento generati dallo *swap*, e, quindi, non potrebbero essere di per sé disposti in restituzione in quanto non effettivamente corrisposti dal cliente. Il danno, pertanto, non sarebbe più attuale e concreto. Infine, si contestava la sussistenza della colpa grave posto che, come emerso dal giudizio civile e dalla CTU, il calcolo del rischio dell'operazione non sarebbe stato possibile mediante un giudizio prognostico perché tali costi, non essendo stati esplicitati, non avrebbero potuto essere calcolati se non a posteriori.

VI. Si costituiva in giudizio ***[Omissis] [Omissis]*** che, nel riportarsi a quanto già dedotto nei precedenti scritti difensivi, sosteneva che la sentenza del Tribunale di Terni n. 9/2019 e quella n. 487/2023 della Corte di Appello di Perugia avrebbero confermato come non fosse assolutamente riconoscibile da parte dei funzionari del Comune di Orvieto lo squilibrio economico a favore di BNL a causa della totale omissione dei costi impliciti e di ogni altra dovuta informativa e degli oneri di gestione. Non sussisterebbe, quindi, la colpa grave del dott. *[Omissis]* che,

nella sua veste di segretario generale, avrebbe dato solo esecuzione ad una volontà contrattuale già espressa dal Comune senza negoziare alcun contenuto del contratto con la Banca. Infine, si rappresentava che l'avvenuta condanna di BNL in sede civile alla restituzione di € 514.687,73 avrebbe fatto venir meno l'asserito danno.

VII. Si costituivano ***[Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis], [Omissis] [Omissis]*** **e** ***[Omissis] [Omissis]*** che, nel riportarsi a quanto già dedotto nei precedenti scritti difensivi, eccepivano il difetto di giurisdizione del giudice contabile, nonché l'intervenuta prescrizione dell'azione, individuando il *dies a quo* nel momento della sottoscrizione dei singoli contratti. Evidenziavano, inoltre, la genericità delle contestazioni e della quantificazione del danno, ritenendo quest'ultima – eventualmente - possibile solo all'esito del periodo di durata dello strumento di finanza derivata. Affermavano, poi, il difetto dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità, nonché l'infondatezza della fattispecie prefigurata, essendo la scelta di stipulare contratti di *swap* in linea con l'allora vigente contesto normativo e traducendosi, comunque, in una scelta discrezionale che non sarebbe sindacabile sotto i profili della convenienza e dell'opportunità. Veniva, infine, rappresentato che, contrariamente a quanto affermato dalla Procura, i contratti non erano allegati alle delibere della Giunta, né i membri di questa avevano partecipato alla loro negoziazione.

VIII. Depositava, altresì, una memoria di costituzione *[Omissis] [Omissis]*, sebbene non evocato in giudizio – posto che con le precisazioni fatte

dalla Procura con la memoria del 02.09.2024, la prosecuzione del giudizio non era stata richiesta nei confronti del sig. *[Omissis]*, in quanto non coinvolto nella vicenda relativa ai contratti stipulati con BNL, ma solo in quella inerente ai contratti stipulati con RBS. Difatti, nel riportarsi a tutto quanto dedotto eccepito e domandato in tutti i precedenti scritti difensivi e contestando la domanda coltivata nel presente giudizio in quanto infondata affermava l'inammissibilità della stessa nei propri confronti, poiché coinvolto solamente nella vicenda dei contratti derivati conclusi con RBS, che risultava definita con sentenza n. 129/2014.

IX. All'udienza del 13 novembre, il Pubblico Ministero ha chiarito che la pretesa azionata non riguardava i convenuti destinatari della predetta sentenza parziale n. 129/2014, ad eccezione del *[Omissis]*, essendo questo coinvolto in entrambe le contrattazioni contestate; con riferimento al *[Omissis]*, pertanto, il Requirente ha domandato la cessazione della materia del contendere. Ha, altresì, richiesto di valutare lo svolgimento di un approfondimento istruttorio volto a verificare l'effettivo pagamento della somma di euro 514.000,00 di cui alle sentenze civili – che si ritiene essere differente rispetto ai costi impliciti dei quindici contratti – che assommavano a 1.720.000,00 euro, sulla base della consulenza Brady, ovvero a 1.520.000,00 euro, per la CTU del primo grado civile - anche al fine di evitare duplicazioni di ristoro in favore del Comune, a fronte di due giudicati. Quanto alle eccezioni in rito, il P.M. ha valutato infondata quella relativa al difetto di giurisdizione perché sussistente il rapporto di servizio con il Comune da parte di tutti i convenuti; non condivisibile

l'eccezione di prescrizione alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale il momento di determinazione del danno non corrisponde alla sottoscrizione del contratto, dovendosi porre a riferimento il momento dell'acquisizione della consulenza con cui si ha cognizione della diseconomia dei contratti sottoscritti, ovvero dalla conclusione dei rapporti con la Banca.

I difensori dei convenuti insistevano per le conclusioni già rassegnate in atti, mettendo in luce come le intervenute sentenze civili da un lato, dichiarando la nullità dei contratti e condannando la Banca alla restituzione di quanto lucrato, avevano fatto venire meno il danno contestato, dall'altro, come le stesse fossero sintomatiche dell'assenza di colpa grave nella condotta dei convenuti, avendo chiarito l'eccessiva complessità della materia.

Considerato in

DIRITTO

I. Preliminarmente occorre soffermarsi sulle eccezioni di difetto di giurisdizione, prescrizione e nullità della citazione sollevate in alcune comparse di costituzione e ribadite nel corso della pubblica udienza.

I.a. I convenuti *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]* e *[Omissis]* hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice contabile, trattandosi, nel caso di specie, di questione con preminenti profili civilistici, come dimostrato dalla pregiudizialità-dipendenza dei giudizi civile e contabile. Come noto, la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, pertanto, ai fini del riparto ciò che rileva è il *petitum* sostanziale, da identificarsi sia in

funzione della concreta pronuncia richiesta al giudice, sia, soprattutto, in funzione della *causa petendi*, cioè della natura della posizione dedotta in giudizio, che il giudice individua con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (cfr. Cass. SS.UU. n. 20350/2018). Nel caso di specie non si questiona circa la validità, in senso civilistico, dei contratti derivati stipulati dal Comune di Orvieto, né della posizione della Banca, peraltro non evocata in giudizio, quanto, piuttosto, della condotta dei funzionari e degli amministratori (soggetti rispetto ai quali è incontestata la sussistenza di un rapporto di servizio) che tali contratti stipularono ed approvarono, trattandosi, in ultima analisi, di azione di responsabilità per danno erariale volta ad accertare la *mala gestio* nella conclusione, appunto, di tali contratti. Ebbene, come chiarito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (SS.UU. n. 2157/2021), tale azione – ferma restando l'insindacabilità delle scelte amministrative – rientra pienamente nella giurisdizione del giudice contabile. L'eccezione è, quindi, priva di fondamento.

I.b. I convenuti *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]*, *[Omissis]* e *[Omissis]* hanno eccepito, inoltre, la prescrizione dell'azione, poiché il *dies a quo* sarebbe da rintracciarsi nel momento della sottoscrizione di ogni singolo contratto. L'art. 1, c. 2, l. n. 20/1990 prevede che la prescrizione si compia decorsi cinque anni dalla data in cui il fatto dannoso si è verificato. Come costantemente precisato dalla giurisprudenza di questa Corte a partire già dalla sentenza n. 743/1992 delle Sezioni riunite, la decorrenza della

prescrizione non può che essere ancorata alla conoscibilità obiettiva del danno, ossia al momento in cui l'ente danneggiato ha avuto conoscenza del depauperamento subito o avrebbe potuto averne se avesse esercitato le proprie competenze con la dovuta diligenza, salvo il principio della conoscenza effettiva solo nelle ipotesi di occultamento. A ciò deve aggiungersi che - partendo dall'assunto che il danno non consiste in una mera lesione di un diritto quanto, piuttosto, in una lesione di un diritto dalla quale derivino conseguenze pregiudizievoli oggettivamente apprezzabili (Cass. SS.UU. n. 23763/2011) – la giurisprudenza contabile è giunta alla conclusione che l'*exordium praescriptionis* sia da collocare al momento in cui il danno si esteriorizza, cioè quando diviene percepibile non solo come modificazione patrimoniale negativa, ma anche riconoscibile come ingiusto, alla stregua di una spesa non dovuta o di un valore perduto, completandosi in tal modo la nozione giuridica di fatto dannoso per l'Erario (Sez. III app. n. 269/2024). Facendo applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, ne deriva che il momento da cui far decorrere la prescrizione va individuato in quello in cui il Comune di Orvieto è venuto obiettivamente a conoscenza dei costi impliciti derivanti dai contratti che, come correttamente sostenuto dalla Procura, va cristallizzato nell'acquisizione della consulenza con cui l'ente ha avuto cognizione della diseconomia dei contratti sottoscritti, ossia come risulta in atti, dal 29.01.2009 (data di protocollazione della consulenza di Brady Italia s.r.l., resa in data 23.01.2009). L'azione non risulta, quindi, prescritta posto che l'atto di citazione è stato depositato in data 28.02.2011.

I.c. Infine, il convenuto *[Omissis]* ha eccepito la nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza e genericità della *causa petendi*. La nullità dell'atto di citazione - oltre che in via generale dall'art. 44 c.g.c. nelle ipotesi in cui l'atto manchi dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo – è, per quanto qui rileva, disciplinata dall'art. 86 c.g.c., commi 3 e 6. In particolare, il comma 6, prescrivendo la nullità nel caso in cui nell'atto di citazione manchino l'individuazione e la quantificazione del danno, ovvero l'indicazione dei criteri per la sua determinazione, o l'esposizione dei fatti, l'indicazione della qualità nella quale sono stati compiuti o gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, sanziona con la nullità l'atto che sia carente dei contenuti minimi del *petitum* e della *causa petendi*. Per quanto riguarda le prescrizioni relative al danno, l'atto è nullo ove queste manchino o risultino assolutamente incerte, mentre per quanto riguarda gli altri elementi, la nullità può essere dichiarata solo laddove sia riscontrabile "*una strutturale insufficienza dell'*editio actionis *rilevante alla stregua della radicale mancanza del requisito contemplato dalla normativa codicistica in esame*" (sez. II centr. app., n. 212/2024).

Ebbene, nel caso di specie, l'atto di citazione non presta il fianco a censure di radicale mancanza dei menzionati requisiti necessari, che sono tutti ben delineati, anche alla luce delle intervenute sentenze del giudice civile.

L'eccezione all'esame deve essere, pertanto, rigettata.

II. Passando all'esame del merito, preliminarmente va osservato che i contratti stipulati dal Comune di Orvieto con BNL, qui in rilievo, sono

della tipologia IRS. Si tratta, quindi, di strutture contrattuali di tipo *swap* basate sullo scambio a termine tra le parti – che assumono la titolarità di posizioni debitorie e creditorie – di obbligazioni pecuniarie future, consistenti nei flussi di cassa generati dall'applicazione di tassi d'interesse, differenti e predefiniti, sul capitale nozionale di riferimento. La previsione di differenti meccanismi di calcolo degli interessi da pagare tra le parti fa sì che i contratti IRS non necessariamente implichino, alla stipula, un equilibrio tra le prestazioni dei contraenti, sicché in tali casi (i.e. contratti c.d. *non par*) si prevede un *up front*, ossia una somma di denaro che viene corrisposta dalla controparte – al precipuo fine di ricondurre il contratto ad equilibrio – alla parte che accetta le pattuizioni penalizzanti. L'IRS, peraltro, potrebbe divenire *non par* anche in corso di esecuzione, generando uno squilibrio sopravvenuto tra i flussi di cassa. A tal fine, allora, assume rilievo il c.d. *mark to market*, ossia il costo di sostituzione al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato; si tratta, quindi, della stima del valore del contratto ad una certa data, ossia di una proiezione finanziaria astratta e non di un prezzo attuale e concreto (cfr. Cass. SS.UU. n. 8770/2020).

Nel caso del Comune di Orvieto, come rilevato nella sentenza di primo grado sulla base della CTU ivi effettuata, i contratti in discorso non presentavano, al momento della stipula, un valore iniziale nullo – calcolato come valore "*mark to market*" – bensì negativo per il Comune, che non veniva compensato da un *up front* corrispondente per ristabilire

l'equilibrio delle posizioni contrattuali. Detta CTU, difatti (p. 20 e ss), al pari di quella richiesta dal Comune, aveva individuato – per ogni singola operazione stipulata – le c.d. commissioni implicite praticate da BNL come differenza algebrica tra valore *mark to market* ed eventuale *up front* o, in caso di rinegoziazione di uno o più contratti esistenti, tra il valore *mark to market* del nuovo *swap* stipulato e il medesimo valore riferito ai contratti in estinzione, quantificandole in € 1.520.743 (€ 1.762.483 secondo la consulenza richiesta dal Comune, importo identificato, poi, dalla Procura come coincidente con il danno asseritamente subito dall'ente locale). Uno dei punti nodali in materia di contratti derivati risiede proprio nell'individuazione dei c.d. costi impliciti, che rappresentano, in ultima analisi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito e il suo profitto e che remunerano, *inter alia*, rischi da questo assunti quali quelli legati al tasso di interesse, alla controparte, alla liquidità o al margine di intermediazione. La centralità dei costi in discorso sta nel fatto che gli stessi rappresentano una determinante essenziale nella quantificazione dell'alea che il cliente dell'intermediario-banca assume e ciò in quanto, come messo in luce dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza n. 8770/2020), il legislatore autorizza "scommesse razionali", quali i contratti *swap*, sul presupposto dell'utilità sociale delle stesse, che implica, tuttavia, "*un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi*", sicché gli enti locali possono procedere alla stipula di derivati di copertura "*solo in presenza di una precisa*

misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei c.d. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto".

Orbene, sulla base di considerazioni analoghe a quelle fin qui esposte e degli esiti della CTU, con la sentenza n. 9/2019, il Tribunale di Terni – in riferimento ai contratti qui in discorso – ha rilevato che "*l'assenza di una reale indicazione dell'alea contrattuale, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti per le parti, nei contratti oggetto del presente giudizio ha determinato una deviazione dalla causa concreta e dallo scopo dei negozi stessi*" e, pertanto, ne ha dichiarato "*la nullità per violazione di norme imperative, per difetto di causa concreta e per la sussistenza di costi occulti non esplicitati*" e, per l'effetto, ha condannato BNL alla restituzione, *ex* art. 2033 c.c., di tutte le somme corrisposte, quantificate in complessivi euro 514.687,73, rappresentanti l'entità dei flussi negativi corrisposti dal Comune alla banca alla data di instaurazione del processo civile (marzo 2011, si evidenzia che l'efficacia dei contratti in discorso è stata sospesa con ordinanza del Tribunale di Orvieto del 21.10.2011), da cui sono stati detratti i flussi positivi e gli *up front* ricevuti dal Comune. La sentenza n. 9/2019 del Tribunale di Terni, poi, è stata confermata dalla Corte di appello di Perugia con sentenza n. 487/2023, passata in giudicato a far data dal 23.02.2024.

II. a. Orbene, sulla base della ricostruzione effettuata, il Collegio ritiene che, anche in considerazione del fatto che i contratti in discorso non sono venuti a naturale scadenza, i costi occulti – calcolati come

differenza tra il *mark to market* e l'*up front* (ossia come calcolati dalle diverse consulenze tecniche) – non possano rappresentare un danno attuale. Come messo in luce, difatti, il *mark to market* non rappresenta un prezzo effettivamente pagato dal cliente all'intermediario, bensì un valore finanziario, di carattere astratto. La giurisprudenza amministrativa, peraltro, ha già avuto modo di osservare sul punto che "*i c.d. costi impliciti degli swap non rappresentano affatto un costo effettivo, vale a dire una somma effettivamente sostenuta dall'amministrazione […], rappresentando soltanto il valore che lo swap avrebbe potuto avere in una astratta ed ipotetica (ma assolutamente irrealistica e non vera) contrattazione*" (Cons. Stato, n. 5962/2012). Ciò considerato, vale allora sottolineare che la giurisprudenza contabile è concorde nel ritenere come il danno erariale venga ad esistenza solamente laddove si verifichi una effettiva, e non meramente potenziale, diminuzione patrimoniale a carico dell'amministrazione posto che, prima del materiale esborso, non si produce alcun danno. Questo, difatti, potrebbe potenzialmente verificarsi, ma fintanto che non si verifichino diminuzioni patrimoniali risulta carente del requisito della concretezza e dell'attualità, presupposti imprescindibili dell'azione di responsabilità amministrativa *ex* art. 7 c.g.c., 100 c.p.c. e 2935 c.c. (cfr., *ex multis*, sez. Calabria, n. 153/2022).

Nel caso di specie, anche in considerazione dell'intervenuta sospensione prima della scadenza dei contratti (disposta con ordinanza del Tribunale di Orvieto del 21.10.2011) - che ha impedito di fare una compiuta verifica, a saldo, dei costi effettivamente, e non solo

potenzialmente, sostenuti – risulta che la *deminutio patrimonii* subita dall'amministrazione e, dunque, il danno, viene a coincidere con le somme effettivamente pagate dalla stessa in termini di flussi negativi, al netto di quanto corrisposto dalla banca al Comune. Tale considerazione assume, tuttavia, nuovo valore alla luce dell'intervenuta declaratoria di nullità dei contratti derivati. Difatti, con la sentenza n. 9/2019 del Tribunale di Terni, confermata dalla Corte di appello di Perugia con sentenza n. 487/2023 – passata in giudicato – il giudice civile, nel dichiarare la nullità dei contratti in discorso, ha condannato la banca alla restituzione, *ex* art. 2033 c.c., di tutte le somme corrisposte, quantificate in complessivi euro 514.687,73, rappresentanti l'entità dei flussi negativi corrisposti dal Comune a BNL. Pertanto, essendo intervenuta una sentenza, lo si ripete, confermata in appello e con intervenuto passaggio in giudicato, che costituisce titolo per la restituzione delle somme che, considerata la nullità dei contratti, integrano *ex* art. 2033 c.c. un indebito oggettivo, alla luce del principio *quod nullum est, nullum producit effectum*, discende che l'azione attorea è divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di danno.

III. Le spese del giudizio sono compensate, ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.g.c..

PER QUESTI MOTIVI

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la regione Umbria, definitivamente pronunciando sul giudizio in epigrafe, dichiara improcedibile la domanda in considerazione dell'intervenuta rilevazione della nullità dei contratti in sede civile e dichiara il non

luogo a pronunciare in riferimento alla posizione del chiamato *[Omissis] [Omissis]*.

Spese compensate.

Così deciso in Perugia, nella camera di consiglio del 13 novembre 2024.

IL GIUDICE ESTENSORE IL PRESIDENTE

Elisabetta Conte Giuseppe De Rosa

(*f.to digitalmente*) (*f.to digitalmente*)

Depositata in Segreteria il 18 febbraio 2025.

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

Dott.ssa Elena Errico

(*f.to digitalmente*)

DECRETO

Il Collegio, rilevata la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 196/2003, all'articolo 9, par. 1 e 4, del Reg. (UE) n. 2016/679 e all'articolo 2-*septies* del D.lg.s n. 196/2003, come modificato dal D.lgs. n. 101/2018, dispone che la Segreteria proceda, per qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità delle parti private a tutela dei loro diritti.

IL PRESIDENTE

Giuseppe De Rosa

(*f.to digitalmente*)

Depositato in Segreteria il 18 febbraio 2025.

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

Dott.ssa Elena Errico

(*f.to digitalmente*)

In esecuzione del provvedimento di cui sopra, in caso di diffusione: omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti private.

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

Dott.ssa Elena Errico

(*f.to digitalmente*)