



Repubblica Italiana
in nome del popolo italiano
il Tribunale di Bologna
II sezione civile

N. 4538/08
OGGETTO
DATA DEL DEC. 10 MINUT.
10 DIC. 2009

IL CASO.it

riunito in camera di consiglio nelle persone dei giudici:

dr. Melania Bellini presidente relatrice
dr. Antonella Palumbi giudice
dr. Lucia Ferrigno giudice

a scioglimento della riserva dell'udienza 10.XI.2009 in cui
all'esito della discussione è stata data l'ordinanza ex art. 16
comma V d. lgs 5 del 2003, pronuncia questa sentenza nella
causa civile promossa dal Comune di
(rappresentato e difeso dall'avv. , domiciliato
elettivamente in nello studio dell'avv.

) contro la BANCA

S.P.A. (rappresentata e difesa dagli
avv. prof. e e
dall'avv. , domiciliata elettivamente in
nello studio del prof. Avv.)

¹ Cfr mandato a margine della citazione più la deliberazione n. 54 del 5.IV.2006 della
Giunta Municipale nel fascicolo dell'istrice
² Cfr procura speciale rep. 149353 notato nel fascicolo della
convensita

Melania Bellini

11-11-09

con citazione notificata il 20.III.2007.

Conclusioni:

Attore⁹:

"Voglia l'adita Giustizia, previa le declaratorie del caso e contrariis reiectis:

a) *accertare e dichiarare la nullità originaria dei contratti per operazioni su strumenti finanziari derivati stipulati tra la B. s.p.a. ed il Comune di in data 15.05.2003, in data 01.12.2003 ed in data 22.10.2004 e per l'effetto condannare le parti, ai sensi dell'art. 2033 Codice Civile, alla restituzione dei pagamenti effettuati in esecuzione dei contratti suddetti, con gli interessi dal giorno della domanda;* **IL CASO.it**

b) *in subordine, annullare i contratti per operazioni su strumenti finanziari derivati stipulati tra la B. s.p.a. ed il Comune di in data 15.05.2003, in data 01.12.2003 ed in data 22.10.2004 e per l'effetto condannare le parti, ai sensi dell'art. 2033 Codice Civile, alla restituzione dei pagamenti effettuati in esecuzione dei contratti suddetti, con gli interessi dal giorno della domanda;*

c) *in gradato subordine, accertare e dichiarare la nullità e/o l'inefficacia sopravvenuta, a far data dell'entrata in vigore del D.M. 01.12.2003, n. 389 (04.02.2004), dei contratti per operazioni su strumenti finanziari derivati stipulati tra la B.*

⁹ Cfr. sentenza di fissazione udienza ex art. 8 d. lgs 5 del 2003, notificata il 29.IV.2008 e depositata il 6.V.2008

Miriam Bellini

s.p.a. ed il Comune di il 15.05.2003, il 01.12.2003 e il 22.10.2004 e per l'effetto, fatti salvi i pagamenti già eseguiti sino a tale data (04.02.2004), condannare le parti, ai sensi dell'art. 2033 Codice Civile, alla restituzione dei pagamenti effettuati in esecuzione dei contratti suddetti, con gli interessi dal giorno della domanda;

d) in estremo subordine, accertata e dichiarata la responsabilità della B. s.p.a. nei confronti del Comune di per violazione delle regole di comportamento imposte dalla normativa all'intermediario finanziario (D. Lgs. 24.02.198, n. 58 e Delibera Consob 01.07.1998), condannare la prima al risarcimento del danno nei confronti del secondo da determinarsi, anche in via equitativa, in relazione ai differenziali negativi attesi dalle strutture contrattuali in essere per tutta la loro durata;

e) in ogni caso, condannare la convenuta al pagamento delle spese, funzioni ed onorari di giudizio in favore dell'Amministrazione attrice".

IL CASO.it

Convenuta⁴:

"Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza respinta e disattesa, rigettare integralmente per infondatezza tutte le domande avversarie.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari".

Motivi della decisione

Il Comune impugna gli swap che il suo ragioniere capo

⁴ Citata ex art. 10 d. Lgs n. 5 del 2003, depositata il 7.V.2008

Antonio Bellini

concluse con tre diverse scritture private il 15 maggio e 1° dicembre 2003 e il 22 ottobre 2004; ne deduce l'illegittimità sotto più profili, articolando la propria tesi in punti distinti che si riportano di seguito a uno a uno insieme con la controdeduzione avversaria.

1) Nullità dei contratti stipulati in data 15.05.2003 ed in data 01.12.2003 (contenenti la clausola dell'up-front) per:
A) mancanza e/o difetto di deliberazione consiliare in relazione agli artt. 42 e 203 D. Lgs. 267/2000;
B) difetto di forma in relazione all'art. 204, comma 2, D. Lgs. 267/2000;
C) violazione degli artt. 119 u.c. Cost., 202 D. Lgs. 267/2000 e 30, comma 15, della Legge 27.12.2002, n. 289 (Legge finanziaria 2003).

IL CASO.it

La tesi del Comune, che invoca l'autorità della Corte dei Conti⁵, è che la clausola upfront, attraverso l'anticipata "erogazione da parte della Banca di rilevanti somme a favore del Comune compensate con un aggravio dei tassi di interesse e dello spread applicato", introduca nel contratto di swap un elemento negoziale sostanzialmente simile, o perlomeno per certi versi assimilabile, ad un vero e proprio finanziamento, con conseguente indebitamento dell'ente.

Così essendo questi swap di fatto mutui o comunque una

⁵ Il richiamo è precisamente al parere espresso il 3.III.2005 nella *Indagine conoscitiva sulle problematiche relative alla diffusione di strumenti finanziari derivati*, inviata alla VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati

Antonio Belloni

parametro convenzionale al quale le parti fanno riferimento per calcolare gli interessi a tasso fisso e quelli a tasso variabile e, quindi, è la differenza fra gli uni e gli altri che costituisce il risultato finale dell'operazione.

La previsione dell'upfront si incardina e giustifica pienamente nell'ambito della peculiarità del contratto senza alterarne la funzione.

Di qui - dice la banca - l'infondatezza della deduzione avversaria circa la nullità del contratto per mancanza di deliberazione consiliare ex artt. 42 e 203 dlgs 267/2000: la previsione del primo articolo è tassativa, non consente l'analogia, sicché non vale qui, dove non si è in presenza né di un mutuo né di un'apertura di credito né di un prestito obbligazionario.

IL CASO.it

E quanto alla mancanza dell'atto pubblico, valgono le stesse considerazioni circa alla funzione dell'IRS escludente l'indebitamento; per di più - aggiunge la banca - nel testo vigente all'epoca dei contratti, l'art. 204 comma II dlgs 267/2000 prevedeva l'atto pubblico solo per i mutui, non anche per l'altre forme di indebitamento.

2) Nullità (o annullabilità) dei contratti pe mancanza di uno dei requisiti essenziali ex art. 1418 Cod. Civ., per difetto della Determinazione a contrattare, per difetto di forma in relazione all'art. 23 D. Lgs. 24.02.1998, n. 58, all'art. 30 Delibera Consob 01.07.1998 ed agli artt. 16-17

Antonio Calucci

R.D. 18.11.1923, n. 2440.

La deduzione dell'attore è che il collegamento negoziale coi rapporti debitori sottostanti è elemento essenziale ed imprescindibile delle operazioni su strumenti finanziari derivati degli enti pubblici come prevedono l'art. 41 l. 448/2001 e il DM 389/2003; se così è, allora detto collegamento deve trovare un'adeguata evidenziazione sia nella deliberazione o determinazione a contrattare sia nel contratto stesso mediante la specifica individuazione del rapporto debitorio sottostante: invece, negli swap di

la precisa indicazione dei singoli finanziamenti swappati ed i loro essenziali elementi (soggetto finanziatore, importo, tipo di tasso e durata) non c'è, ma c'è solo quella generica dell'importo di riferimento, con la conseguenza che manca un requisito essenziale del contratto: di qui la nullità ex art. 1418 CC e la nullità anche ai sensi dell'art. 23 d. lgs 58 del '98 e del RD 2440 del '23 che vuole la forma scritta ad substantiam per i contratti della PA. IL CASO.it

Ribatta la banca che, a parte il fatto che gli specifici debiti in relazione al quale furono stipulati gli swap di erano tutti indicati negli atti dell'Ente che li avevano preceduti (deliberazione della Giunta Municipale n. 59/2003 e le determinazioni dirigenziali 1° XII.2003 n. 706 e n. 581 del 13.X.2004), le fonti normative invocate dall'attore non ne consentono affatto le conclusioni che esso ne trae.

Antonio Bellini

3) Nullità dei contratti per difetto di legittimazione ed autonomia negoziale del Comune e/o per contrarietà a norme imperative di legge in relazione al c.d. "limite di scopo", all'art. 1322 Codice Civile, all'art. 202 del D. Lgs. 18.08.2000, n. 267, l'art. 41 Legge 28.12.2001, n. 448 ed al D.M. 1.12.2003, n. 389.

Il Comune fa discendere questa nullità da un'interpretazione dell'art. 41 L. 448 del 2000 restrittiva della capacità negoziale degli enti territoriali circa ai derivati: dice che prima che fosse emanato il regolamento che la legge stessa prevedeva (DM 1° XII.2003), agli enti locali le operazioni su strumenti finanziari derivati erano consentite solo per finalità di copertura di passività effettivamente esistenti e contestualmente all'accensione del debito sottostante; si potevano fare, quindi, solo per i nuovi finanziamenti, non anche per i preesistenti come invece fecero a nel 2003 prima dell'entrata in vigore del DM citato.

IL CASO.it

La convenuta - invoca dalla sua, tra l'altro, le sentenze della Corte Costituzionale n. 376 del 30.XII.2003, e n. 2376 del 7.VII.2006 della Corte dei Conti sezione giurisdizionale siciliana - ribatte che la PA gode dell'autonomia negoziale che hanno tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, compresa quella di stipulare contratti atipici; la legge 448 del 2001 ha previsto la possibilità per i Comuni di

Antonio Bellini

utilizzare gli strumenti finanziari derivati per la gestione del proprio debito; la loro contrattazione era legittima anche prima che fosse emanato il decreto cui la legge stessa rinviava per la regolamentazione; il fatto che l'art. 41 comma II della legge 448 abbia previsto la conclusione obbligatoria di swap in certi casi (ammortamento del debito nell'ipotesi di emissione di prestiti obbligazionari o di determinati mutui) non significa che l'abbia vietata per i debiti preesistenti.

IL CASO.it

4) Nullità dei contratti per violazione della normativa sulla intermediazione finanziaria (D. Lgs. 24.02.1998, n. 58 e Delibera Consob 01.07.1998).

Qui sarebbero due per il Comune le clausole illegittime contenute in tutti tre i contratti: 12 e 16.

La dodici - lamenta - rimette alla banca la quantificazione dei costi di sostituzione in caso di risoluzione contrattuale, rinviando sostanzialmente agli usi: contrasta con l'art. 23 comma II del decreto 58 (*è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto*).

Dal canto suo la banca eccepisce preliminarmente la mancanza di interesse alla contestazione da parte del Comune che ha agito per dichiarare la nullità dei contratti per vizi genetici, non per la risoluzione del rapporto; in ogni caso rileva che il rinvio non è agli usi ma alle

Maurizio Pedicini

condizioni di mercato al momento della risoluzione e ciò in ragione della lunga durata dei contratti, la quale non rende predeterminabili i costi di sostituzione.

Quanto alla clausola 16, essa è la *dichiarazione del Cliente*: "Il Cliente dichiara altresì di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 del Regolamento Consob citato".

L'attore dice che questa dichiarazione del dirigente, oltre a non essere sorretta dalla previa deliberazione dell'organo competente a definire gli aspetti essenziali delle realizzande operazioni contrattuali (Consiglio Comunale), non corrisponde alla realtà perché il Comune non rientra in nessuna delle categorie di operatori qualificati di cui all'art. 31 del regolamento Consob 11522/'98; e la banca se ne sarebbe dovuta sincerare.

IL CASO.

Essa invece, avvalendosi della clausola contrattuale in questione ai sensi dell'art. 31 del regolamento Consob 11522 del '98, s'è ritenuta esonerata da alcune fondamentali regole di comportamento previste dalla normativa in materia di intermediazione finanziaria a tutela del Comune-cliente, come l'obbligo di inserire nel contratto, stipulato fuori della sede della banca, la facoltà di recesso entro sette giorni pena la sua nullità (art. 30 comma VII d. lgs 58); come gli obblighi di informazione di

Antonio Bulli

cui all'art. 28 della delibera Consob 11522 e relativo allegato 3: ma l'illegittimità della clausola 16 - sostiene il Comune - comporta la nullità del contratto per questa omissione.

Di contro la convenuta - richiamati gli argomenti spesi sulla qualificazione giuridica dei contratti escludenti la necessità della deliberazione consiliare e aggiungendo che il Comune è soggetto qualificato dalla propria specifica esperienza in campo finanziario - dice legittima la dichiarazione del dirigente sotto il profilo sia formale sia sostanziale.

IL CASO.it

Aggiunge, sulla conclusione del contratto presso la sede Comune, che - comunque - non è questo il caso che possa subire l'applicazione dell'art. 30 comma VII d. lgs 58, dato che la ratio della disposizione citata è quella di fornire una ulteriore tutela al consumatore nel caso di offerta di strumenti finanziari "porta a porta" da parte di promotori: le speciali prescrizioni di tale articolo sono quindi inapplicabili per definizione laddove le operazioni di investimento siano perfezionate a seguito di lunga contrattazione tra la Banca ed il Comune, addirittura con l'adozione di delibere formali da parte degli organi di quest'ultimo che vengono a costituire il presupposto necessario della sottoscrizione del contratto: in questo caso infatti avviene "fuori sede" non già l'operazione di investimento a partire dalla sua proposta (come avviene di solito

Auliano

nel collocamento "porta a porta" effettuato dal promotore finanziario al consumatore), ma soltanto la materiale sottoscrizione...

E sugli obblighi di informazione il ricorrente aggiunge che comunque, anche se fosse vera, la loro violazione non comporta nullità ma solo l'eventuale obbligo di risarcimento del danno, ove provato.

5) nullità o inefficacia successiva a seguito dell'entrata in vigore del D. M. 1.12.2003, n. 389.

L'attore marca plurimi i contrasti col DM 389 dei contratti in discussione: 1) tutti e tre i contratti prevedono la vendita da parte del Comune alla Banca di "opzioni digitali", operazione non consentita dal decreto ministeriale; 2) trattandosi di contratti ascritibili alla tipologia f) dell'art. 3, comma 2, del D.M.389/2003, ammesso (e non concesso) che dal capitale nozionale si possano in qualche modo desumere i finanziamenti sottostanti strappati, risulterebbe comunque una scadenza diversa e posteriore a quella delle sottostanti passività, in violazione dello stesso art. 3, comma 2, lett. f) del D.M.; l'up-front è superiore all'1% del capitale nozionale, in violazione dello stesso art. 3, comma 2, lett. f) del D.M.

IL CASO.it

La convenuta contrasta la tesi avversaria della nullità sopravvenuta col richiamare il principio generale dell'ordinamento dell'irretroattività di leggi e atti normativi di rango inferiore.

Giuliano Pillar

Il Comune ha torto.

La sua ampia e articolata denuncia di illegittimità può ricondursi, in sintesi, alla violazione di tre gruppi di norme: 1) quelle del d. lgs n. 267 del 2000; 2) quelle di finanza pubblica relative agli swap; 3) quelle del d. lgs 58 del '98 sull'intermediazione finanziaria (forma del contratto; comportamento dei contraenti).

IL CASO.it

Il primo profilo della dedotta illegittimità attiene alla competenza a concludere il contratto e alla sua forma.

Il Comune costruisce così il proprio sillogismo:

- a) i mutui e le altre forme di indebitamento degli enti locali sono nulli quando non li abbia deliberati il Consiglio Comunale e non siano redatti con atto pubblico;
- b) gli swap con upfront del Comune di _____ sono dei mutui o comunque una forma di indebitamento non deliberati dal Consiglio e non fatti per atto pubblico;
- c) gli swap con upfront del Comune di _____ sono nulli.

Ciò che non si condivide di questo sillogismo è la premessa minore, che gli swap sono swap, non mutui o che altro.

La pratica finanziaria internazionale ormai di qualche decennio è venuta definendo questo strumento secondo un modello base cui possono associarsi molte varianti; l'ordinamento italiano l'ha accolto collocandolo tra gli

Antonio Bellini

strumenti finanziari dell'art. 1 d. lgs 58 del '98 secondo una definizione che gli attribuisce autonomia funzionale dal punto di vista giuridico-economico⁷, e che non lo può far di certo qualificare nel senso voluto dall'attore.

Dentro un contratto caratterizzato funzionalmente dallo scambio a scadenze predeterminate di somme di denaro calcolate secondo diversi parametri su un capitale di riferimento (capitale che serve solo a questo, ossia a far nominalmente da riferimento per il calcolo), la variante della clausola upfront - o pagamento anticipato che dir si voglia - sconta ovviamente l'attualizzazione dei tassi contrattuali su cui ha scommesso la parte a favore della quale avviene il pagamento anticipato; ma però non muta la funzione economico-giuridica del contratto: essa resta lo scambio delle somme secondo i diversi tassi che le parti - correndo il rischio della loro differenza - si sono obbligate a scambiarsi.

IL CASO, it

Il contratto dal punto di vista economico non è destinato funzionalmente a produrre un debito ma, al contrario, a produrre un guadagno e - nella sua funzione economica - è uno strumento di investimento di risorse, nel senso che ciascuna parte si obbliga a pagare una somma (il tasso che ha scommesso sul capitale di riferimento e che verrà a maturazione per tutto il tempo di durata del contratto)

⁷ Per una chiara disamina della natura dello swap cfr Cass civ sent. 10598 del 19.V.2005.

Giuseppe Colucci

sperando di remunerarla con quanto riceverà dall'altra.

Ovviamente, questo contratto può avere tra i suoi effetti l'indebitamento per quello dei contraenti che sarà perdente sul tasso di interesse; ma l'esposizione all'indebitamento è - si ripete - un mero effetto possibile di questo contratto (come di tanti altri contratti), non la sua funzione precipua correlativa all'anticipazione di denaro da doversi rendere. Qualora vi sia nello swap la clausola upfront, si ha sì anticipazione di denaro, ma è cosa ben diversa da un mutuo o da una anticipazione di credito, perché l'upfront è solo la modalità del pagamento (unica soluzione anziché in più) che non muta la causa del contratto.

Le norme che consentono agli enti locali di accedere a questi strumenti finanziari (legge 448 del 2001 e DM 1° XII 2003 n. 389) li finalizzano strettamente al debito pubblico: grossolanamente parlando, si può impegnare con gli swap il denaro pubblico solo per recuperare quello che serve a pagare i debiti altrimenti contratti e coprire così il rischio; l'ammontare del debito dell'ente pubblico entra nei contratti di swap solo virtualmente come capitale di riferimento perché faccia da parametro per il calcolo degli interessi.

IL CASO.it

Il Comune e la B. hanno stipulato dei contratti che chiamano espressamente swap: la ricostruzione della volontà in tal senso di entrambe le parti è inequivocabile,

Antonio Pelleri

grazie al testo dei contratti e grazie agli atti degli organi comunali (deliberazioni di Consiglio e Giunta; determinazione dirigenziale a contrarre⁶) che li precedettero, decidendo a chiare lettere, con tanto di richiami normativi, di fare swap collegati al debito comunale dei bilanci specificatamente indicati.

Adesso il Comune chiede di qualificare questi swap come contratti d'altro tipo e causa (mutui; altre forme di indebitamento) per il fatto solo di prevedere il pagamento anticipato; non chiede di accertare la simulazione dei contratti né fa specifiche deduzioni circa al loro congegno finanziario per il quale si debba dire che qui sia stato pattuito il rimborso alla banca della somma anticipata al Comune secondo lo schema tipico del mutuo o dell'anticipazione di credito. Ma - si ripete - la clausola upfront di per sé sola, concretandosi nell'attualizzazione degli interessi con l'ovvio sconto dei tassi dovuto all'anticipazione, non trasforma un contratto che ha la sua specifica funzione economica in un altro d'altro tipo e forma che le parti non vollero. **IL CASO.it**

Se pur autorevole, il documento invocato dall'attore - la relazione della Corte dei Conti citata alla nota 5 - qui non serve a supportarne la tesi, perché in quella sede la Corte si occupa degli swap principalmente sotto il profilo

⁶ Sono nel fascicolo di parte attice

Antonio Bellini

problematico delle norme di bilancio in base alle quali iscriverne le partite (escludendo la parte delle spese correnti), e poi perché parla blandamente di operazione analoga alla contrazione di un mutuo. IL CASO.it

Ma se i motivi del contratto di swap con upfront da parte del Comune possano essere stati quelli di procurarsi della liquidità subito, scaricando i costi del contratto sugli esercizi successivi, questo non significa che la causa del contratto sia il credito da restituirsi; la causa dello swap è diversa - si torna a richiamare qui la Cassazione della nota 7 - e anche ammettendo, per ipotesi, che l'upfront introdotta degli elementi spurii, nella qualificazione giuridica del rapporto si deve avere riguardo agli elementi che presentano carattere di prevalenza⁹; e qui la prevalenza è lo scambio di somme tra le parti basate sui tassi diversi e il rischio della loro differenza.

Escluso dunque che gli swap di siano mutui o
un'altra forma di indebitamento¹⁰, non occorre né la deliberazione del Consiglio Comunale né l'atto pubblico¹¹: il dirigente li ha firmati forte dell'art. 107 d. lgs 267 del 200

⁹ Cfr Cassa sez. Iov. Sent. 3849 dell'8.X.83, Fenari c. Carpano (rv 430692).

¹⁰ Esclusa espressamente lo swap dal novero delle forme dell'indebitamento pubblico la circolare la circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze 22.VI.2007.

¹¹ La previsione dell'art. 42 del d. lgs 267 del 2000 è tassativa e può riferirsi solo ai mutui, sicché anche a seguire il Comune nella qualificazione dello swap come altra forma di indebitamento, la deliberazione comunque non occorrerebbe; e quanto all'atto pubblico, esso è stato introdotto per le altre forme di indebitamento con una modificazione dell'art. 204 d. lgs 267 successiva ai fatti di cui è causa

Milano, 10/11/2007

e di tutte le altre norme che glielo consentivano, espressamente richiamate nella determinazione dirigenziale a contrarre che è stata versata in atti (quelle sulla sua competenza non solo, ma quelle sulla scelta del contraente e la possibilità dello swap).

Il secondo profilo della dedotta illegittimità per contrasto con le norme disciplinanti gli strumenti finanziari derivati, usati dagli enti territoriali, riguarda l'oggetto del contratto e la inesistenza dell'autonomia negoziale del Comune a stipularlo, nonché la sua forma.

IL CASO.it

Tutti tre i contratti di _____ cadono sotto la L. 448 del 2001; i primi due risalgono al tempo in cui ancora non era stato dato il regolamento di cui al DM 1° XII.2003; l'ultimo fu fatto già vigente anche il regolamento.

La legge 448 al suo art. 41 prevede la possibilità degli enti territoriali di accedere al mercato dei capitali, compresi gli strumenti finanziari derivati, per la gestione dei debiti dentro il coordinamento finanziario nazionale la cui disciplina è affidata a un regolamento ministeriale da emanarsi entro un mese dall'entrata in vigore della legge (comma 1); prevede l'obbligatorietà degli swap (in alternativa alla costituzione di un fondo di ammortamento del debito) in occasione della emissione di obbligazioni o dell'accensione di certi mutui.

Antonio Belleri

Nulla fa interpretare la legge nel senso del divieto degli swap fatti con riferimento a debiti non contestualmente sorti, nell'interregno tra la sua entrata in vigore e l'entrata in vigore del regolamento dato solo col DM 1° XII:2003 entrato in vigore nel febbraio successivo; anzi la legge prevedendo la possibilità generale degli enti territoriali di accedere al mercato finanziario si ricollega direttamente alla generale capacità negoziale di cui tutti i soggetti di diritto fruiscono¹²,

IL CASO:it

Gli swap di _____ non sembrano fuoriuscire da questa capacità e rispettano i fini istituzionali dell'ente così come li aveva individuati la deliberazione del consiglio comunale di farli per migliorare la gestione dei debiti dei bilanci degli anni in oggetto; in particolare non c'è dubbio che i debiti esistessero veramente - nemmeno l'attore lo nega, né lo potrebbe viste le sue stesse deliberazioni che condussero il dirigente a sottoscrivere i contratti - e anche se non sono stati a uno a uno indicati nei contratti, questa omissione non viola l'obbligo di precisa determinazione dell'oggetto del contratto: l'oggetto degli swap nei contratti prodotti era

¹² La sentenza n. 373/2003 della Corte Costituzionale, che ha respinto le eccezioni di incostituzionalità dell'art. 41 L. 448 del 2001, riconosce l'autonomia degli enti e che le norme regolamentari operano solo nell'azione di coordinamento dentro la finanza pubblica allargata; al potere regolamentare consente solo l'adozione delle misure meramente tecniche necessarie ad assicurare che l'accesso al mercato dei capitali avvenga con modalità volte a contenere i costi del debito pubblico, mentre è esclusa l'attribuzione al Ministero del potere di incidere sulle scelte autonome degli enti territoriali quanto alla provvista o all'impiego delle loro risorse sul mercato dei capitali.

Maurizio B...

precisamente definito con il capitale di riferimento (capitale che si dice soggetto a piano di ammortamento), i tassi cui le parti si venivano obbligando, la durata secondo il piano di ammortamento del capitale di riferimento, le date dei pagamenti e tutto.

Quanto, infine alla asserita violazione delle norme regolamentari del DM 389 del 1° XII.2003 specificatamente sotto il profilo del superamento della percentuale di upfront consentita dal decreto, si dice per i due contratti del 2003 - come rileva giustamente la convenuta con ampia argomentazione - che non si dà l'applicazione retroattiva delle norme disciplinanti un rapporto negoziale privato intervenuto sotto la vigenza di altre norme, e per il contratto del 22.X.2004 si rileva dal suo testo (doc. 11 dell'attore) che esso non parla di upfront.

IL CASO.it

Il terzo profilo di illegittimità dedotta per contrasto col d. lgs 58 del '98 e il regolamento Consob 11522 del '98 attiene all'oggetto e alla forma del contratto, nonché alle modalità comportamentali delle parti.

Si sgombra subito il campo dalla breve eccezione di nullità dei contratti per l'illegittimità della loro clausola 12 accusata di richiamare gli usi per la determinazione dei costi di sostituzione contro il divieto dell'art. 23 d. lgs 58, perché - anche ad ammettere il richiamo agli usi - la

Antonio C...

marginalità della clausola in rapporto alla sua sostituzione imperativa ad opera dello stesso articolo 23 (là dove dice *in tali casi nulla è dovuto*) impedisce che la eventuale sua nullità possa viziare l'intero contratto (art. 1419 CC) come chiede l'attore.

Non meno infondate sono le accuse contro la clausola 16 dalla cui nullità discenderebbe quella dell'intero contratto per la mancata previsione del recesso nella stipulazione fuori della sede della banca e la violazione degli obblighi di informazione del cliente.

IL CASO.ii

La dichiarazione di competenza in strumenti finanziari che fece il dirigente è valida: ne aveva il potere, perché - lo si è sopra detto affrontando il problema della qualificazione dei contratti - la natura del contratto era tale che egli era competente a firmarlo ex art. 107 d. lgs 267 del 2000, e detta competenza faceva sì che egli potesse compiere tutte le attività attinenti alla stipula del contratto, compresa ^{quasi} perché era lui che in quello specifico atto era proposto a manifestare la volontà dell'ente e a rappresentarlo; inoltre c'erano tutti i presupposti perché la controparte che riceveva quella dichiarazione vi attribuisse credito, vista la natura dell'ente e le molte sue competenze finanziarie arcinote a tutti (basti ricordare i complessi apparati ragionieristici e i bilanci complessi che i comuni anche piccoli hanno; e il potere specificatamente attribuito ai

Giuliano Bellini

... di attuare operazioni finanziarie complesse come sono i prestiti obbligazionari e le ampie partecipazioni azionarie attestate dalla deliberazione in atti di approvazione del bilancio di previsione 2003, ecc); per di più quella dichiarazione proveniva da un funzionario specificatamente addetto al settore finanziario: alla dichiarazione si attribuisce non solo la credibilità che suscitava nella controparte, ma la piena aderenza alla realtà di un soggetto giuridico (il Comune) istituzionalmente investito di una *specificata competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari secondo la previsione dell'art. 31 reg. Consob 11522/'98.*

Valida la clausola 16, valido tutto il resto (e la omissione del recesso per il contratto fuori sede, e la mancanza delle informazioni degli artt. 27 e seguenti dello stesso regolamento).

IL CASO.it

Ed è consapevole della sovrabbondanza della motivazione che pur si aggiunge che anche a voler seguire l'attore sulla nullità della clausola 16, comunque le conseguenze non sarebbero quelle che esso ne trae, primo perché la mancanza della clausola sul recesso qui non rileva posto che non siamo in presenza di contratto fuori sede ex art. 30 d. lgs. 58 (l'articolo parla di collocamento del prodotto finanziario, frutto della promozione da parte dell'intermediario, mentre qui siamo di fronte a un cliente che sappiamo ben

Maurizio Colli

autodeterminatosi allo swap come dimostrano le deliberazioni di vari organi comunali); secondo perché la mancanza delle informazioni non determina nullità del contratto, ma solo l'obbligo di risarcire il danno eventualmente provocato, se chi lo deduce provi il nesso di causalità e il danno¹³. Ma il Comune nulla ha provato per dimostrare che se fosse stato informato dei rischi non avrebbe fatto lo swap (anzi, l'ente era determinato a concluderli per gestire il debito) e soprattutto non ha provato il danno: gli estratti conto versati in atti dimostrano che il saldo del dare-avere fino all'introduzione della causa è positivo per il Comune e che l'unico dato negativo è la valutazione mark to market fino alla fine del contratto, ma la proiezione che essa rappresenta non dà al danno la concretezza e attualità pretesa dal codice civile (gli stessi atti allegati dall'attore costituiti da analisi finanziarie dei suoi swap parlano di risultati negativi solo *attesi*¹⁴).

IL CASO.it

La novità e la complessità delle questioni e i profili di criticità che le tesi contrapposte ciascuna hanno, è il giusto motivo per la compensazione delle spese (art. 92 CPC).

P. Q. M.

¹³ In tal senso è la più autorevole e recente giurisprudenza di legittimità

¹⁴ Cfr. la pag 2 delle deliberazioni n. 54 del S.IV.2006 e n. 182 del 29.XI.2006 della Giunta; la relazione di allegata sub 2;

Mariano Bellini

definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa, respinge la domanda del Comune di
compensa integralmente fra le parti le spese processuali.

Bologna, 1° XII.2009

la presidente est.

Milano

AL TRIBUNALE DI BOLOGNA
TRIBUNALE DI BOLOGNA
Dipartimento di Giustizia
14 DIC. 2009



[Handwritten signature]