

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SEZIONE SECONDA PENALE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Fiandanese Franco	- Presidente -
Dott. Prestipino Antonio	- Consigliere -
Dott. Cammino Matilde	- Consigliere -
Dott. Macchia Alberto	- rel. Consigliere -
Dott. Di Marzio Fabrizio	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

Pubblico Ministero presso il Tribunale di Terni;

nei confronti di:

Banca (OMISSIS);

avverso l'ORDINANZA del Tribunale della Libertà di Terni del 7.2.2012;

Udita la relazione fatta dal consigliere (OMISSIS);

Sentito il Procuratore Generale Dr. (OMISSIS), che ha concluso per il rigetto del ricorso;

sentito il difensore della (OMISSIS), avv. (OMISSIS), che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1. Con ordinanza del 7.2.2012, il Tribunale di Terni accoglieva la richiesta di riesame presentata nell'interesse della Banca (OMISSIS) avverso il decreto di sequestro preventivo emesso nei confronti dello stesso istituto di credito a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53, fino alla concorrenza dell'importo di Euro 361.750,00.

2. Secondo l'accusa di truffa in danno del Comune di Orvieto formulata a carico di un funzionario della (OMISSIS), L.A., la somma sequestrata corrispondeva all'ingiusto profitto fraudolentemente ottenuto dalla banca trattando con il Comune per mezzo del L. operazioni finanziarie con derivati nell'arco temporale 2001-2006. Si trattava, in particolare, di contratti di swap con clausola up front, in forza della quale la (OMISSIS) aveva corrisposto anticipatamente al Comune il tasso di interessi a suo carico sul capitale di riferimento. Il L. avrebbe tratto in inganno il Comune, omettendo tra l'altro di rappresentare i fattori di rischio dell'operazione.

3. I giudici del riesame, dopo una diffusa analisi del concreto sviluppo dei rapporti contrattuali e della struttura degli strumenti finanziari coinvolti nelle varie operazioni, escludevano la sussistenza del danno e l'ingiustizia del profitto attraverso una disamina critica delle valutazioni effettuate dal consulente dell'accusa e di tutte le emergenze istruttorie. Il tribunale premetteva che non poteva dubitarsi, in astratto, della legittimità delle operazioni finanziarie in questione, atteso che i contratti relativi ad operazioni su strumenti finanziari derivati sono espressamente riconosciuti e disciplinati dalla L. n. 448 del 2001, art. 41 come possibili mezzi di gestione del debito pubblico.

3.1. Rilevavano, ancora, che i contratti stipulati tra la (OMISSIS) e il Comune di Orvieto erano senz'altro inquadrabili tra i contratti standard IRS, in cui il tasso variabile del debito del Comune veniva coperto all'interno di un determinato intervallo (come nel contratto del 14.3.2006), o sostituito con un tasso tendenzialmente fisso (come nel contratto del 15.12.2006), in entrambi i casi con una significativa riduzione del rischio di oscillazione dei tassi.

3.2. Peraltro, non avrebbe potuto ritenersi, secondo i giudici territoriali, che le operazioni in esame avessero natura puramente speculativa, assolvendo, al contrario, ad una funzione di copertura rispetto ai debiti preesistenti del Comune, ed essendo sotto altro profilo ovvio che la (OMISSIS) dovesse percepire un utile dall'operazione, assorbito nella concreta determinazione del tasso di interessi a carico del Comune, per remunerare i rischi assunti, come avviene usualmente in tutte le operazioni finanziarie. I giudici si occupavano quindi dell'eventuale influenza, sulla valutazione degli equilibri economici dei contratti, dei costi impliciti a carico del Comune connessi al valore negativo del mark to market al momento della sottoscrizione dei contratti, rilevando però che il dato, contrariamente a quanto sostenuto dall'accusa, non esprimeva un valore reale "attuale", ma piuttosto l'attualizzazione in termini di proiezione futura dei costi a carico della (OMISSIS) in dipendenza dell'eventuale risoluzione anticipata dei contratti, alla stregua, in sostanza, di una clausola penale che garantisse la banca contro il rischio di sopportare definitivamente, in caso di risoluzione anticipata gratuita, i costi dell'operazione, compreso l'importo dell'up front.

3.3. In definitiva, mancava nella specie, secondo il Tribunale, il necessario rapporto di pertinenzialità tra la somma sequestrata e un'ipotesi di reato concretamente valutabile in termini di *fumus commissi delicti*, ma anche l'attualità di un sacrificio economico del Comune di Orvieto, che non aveva ancora sostenuto alcun esborso, così come, corrispettivamente, la (OMISSIS) non aveva percepito ancora alcuna somma, in dipendenza dei contratti in questione. A sostegno delle proprie conclusioni, i giudici citavano la sentenza di questa Corte nr. 2254 del 16.2.2011 (*rectius* 16.12.2011), ritenuto riferibile ad una caso di specie del tutto

analogo. Avverso l'ordinanza predetta ha proposto ricorso per cassazione il pubblico ministero presso il Tribunale di Terni, articolando tre motivi:

a) Violazione di legge sotto il profilo della motivazione apparente.

In sostanza, i giudici territoriali avrebbero svolto le proprie argomentazioni avendo presente un caso che non presenterebbe alcuna analogia con quello in esame. La vicenda considerata da Cass. 47421/2011, pur concernendo gli swap, si riferirebbe, infatti, al mark to market, cioè al valore del contratto ad una certa data, pari al valore dei differenziali che le parti si scambieranno fino alla scadenza della struttura, mentre nel caso di specie l'operazione finanziaria conclusa tra la (OMISSIS) e il Comune di Orvieto, compie si legge nel capo di imputazione, "non rispettava il valore complessivamente nullo di uno swap all'atto della sua stipula....mentre il valore attuale della posizione della controparte bancaria a tale momento era invece di Euro 280.141,00, generato dalla differenza tra il valore attuale delle quote di capitale da versare annualmente alla banca da parte del Comune e quello attuale delle quote di capitale da restituire al Comune da parte della banca in un'unica soluzione, a cui deve sommarsi la differenza tra il valore attuale delle quote di interessi da versarsi reciprocamente". In altre parole, la banca non avrebbe corrisposto tutto l'up front, assicurandosi nei rapporti contrattuali con il Comune una indebita posizione di privilegio corrispondente al superamento della misura massima dell'1% consentita dal D.M. 3 dicembre 2003, n. 389, art. 3 comma 2, lett. t), rispetto al differenziale dell'eventuale sconto o premio da regolare al momento del perfezionamento delle operazioni.

Nel caso considerato dalla sentenza 47421/2011, invece, i Comuni interessati avevano ottenuto differenziali positivi e avevano percepito consistenti somme a titolo di up front. Il Tribunale avrebbe inoltre trascurato che l'inserimento occulto, nei contratti, dei costi impliciti, avrebbe finito con la snaturare la presunta funzione di copertura del debito pubblico dei contratti di swap e alterato il necessario equilibrio contrattuale tra le parti. In definitiva il Comune non sarebbe stato informato sull'effettivo rischio finanziario dell'operazione, e il caso di specie sarebbe assimilabile a quello considerato da Cass. sez. 2, nr. 43347 del 2009.

b) Violazione dell'art. 640 c.p. Secondo il ricorrente, la considerazione dei costi impliciti consentirebbe di ritenere integrato il requisito della deminutio patrimonii, escluso invece dal Tribunale in contrasto con il condivisibile indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo cui è sufficiente che il profitto dell'azione truffaldina entri nella disponibilità dell'agente, non essendo invece necessario che esso esca dalla disponibilità del soggetto passivo (in ricorso è citata Cass. sez. 5, nr. 14905 del 2009). Osserva il ricorrente che, nella specie, il Tribunale si sarebbe spinto oltre i confini della delibazione del fumes ed avrebbe errato nel ritenere pianamente legittime le operazioni finanziarie in contestazione, in quanto le operazioni di ripianamento dell'indebitamento degli enti locali attraverso rimodulazioni finanziarie con derivati è stato previsto dopo la stipula dei primi contratti, ad opera di un decreto ministeriale entrato in vigore nel febbraio 2004.

c) Violazione del D.M. n. 389 del 2003, della circolare del Ministero dell'economia e delle Finanze del 27.5.2004, dell'art. 41 T.U.F. e dell'art. 26 Reg. Consob. n. 11522 del 1998. In sostanza, i giudici del riesame non avrebbero considerato che nella stipulazione dei contratti in questione sarebbero state violate le regole di massima trasparenza dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati, e quelle attinenti ai limiti del ricorso degli Enti pubblici.

La Banca (OMISSIS) ha depositato diffusa memoria nella quale ha sollecitato declaratoria di inammissibilità del ricorso del pubblico ministero perchè proposto per motivi generici e non consentiti, deducendosi, comunque, la infondatezza delle relative doglianze alla stregua di diffusi e documentati rilievi che hanno analizzato la portata e la natura dei vari contratti per operazioni su strumenti derivati, su cui si sarebbe radicata la responsabilità dell'ente.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Il ricorso è inammissibile, in quanto integralmente volto a censurare il merito della decisione adottata dal giudice del riesame attraverso la impropria evocazione di controvertibili "errori" interpretativi circa la portata degli accordi contrattuali conclusi tra la (OMISSIS) e il Comune di Orvieto.

1. È pacifico, anzitutto, che lo strumento finanziario offerto al Comune sia considerato dalla L. n. 448 del 2001, art. 41, comma 2, e dalla normativa successiva, come un possibile mezzo di copertura del debito dell'ente pubblico. Sotto questo profilo, nessuna violazione di legge sarebbe astrattamente identificabile nello stesso ricorso al contratto swap, nella configurazione di contratto standard IRS correttamente ritenuta dal giudice territoriale.

2. Con riferimento ai termini concreti della contrattazione, il ricorrente sottolinea il pregiudizio derivato al Comune di Orvieto dai differenziali, negativi per l'ente pubblico, tra le somme corrispondenti all'attualizzazione dei flussi finanziari rispettivamente a carico di ciascuna delle parti contraenti. Si tratta, in particolare, degli effetti della clausola Mark to Market, rispetto alla quale non appare però immotivato il rilievo del tribunale circa il suo carattere "Virtuale" rispetto al pregiudizio ipotizzabile.

3. Il pubblico ministero, poi, sorvola un pò troppo superficialmente sull'incidenza, negli equilibri economici contrattuali, della clausola up to front (comportante l'erogazione anticipata di somme, da parte della (OMISSIS), in ragione dell'attualizzazione dei flussi finanziari a suo carico), limitandosi a rilevare, con affermazione vaga e priva di qualunque riferimento processuale, che la (OMISSIS) non avrebbe corrisposto l'intero importo dovuto.

4. Infine, i riferimenti normativi indicati in ricorso in parte si riferiscono a norme successive alla conclusione del contratto; in generale, sono invocate senza sufficienti indicazioni della loro possibile inferenza sulla validità della contrattazione.

**P.Q.M.**

Dichiara inammissibile il ricorso.