

Sentenza Civile
n° 734/2014

N° 734/14



dep. 1 MAR. 2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE TERZA CIVILE

in camera di consiglio – composta dai Giudici

dott. Giuseppe COLONNA	Presidente
dott. Giovanni PILATI	Consigliere
dott. Michele GUERNELLI	Consigliere rel. est.

ha pronunciato la seguente

R.G.
Cass.
Rep.

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. _____ **del Ruolo Generale** – promossa da:
COMUNE DI C _____ domiciliato presso la cancelleria civile
della Corte d'Appello di Bologna, rappresentato e difeso dall'avv. A. B di
Pesaro come da mandato a margine della citazione in appello - **appellante**
nei confronti di

_____ elettivamente domiciliata
in Bologna via _____ presso lo studio dell'avv. M. C _____,
rappresentata e difesa dagli avv. prof. A. C _____, G. G _____, F. T _____, come
da procura speciale prodotta con la comparsa di costituzione - **appellata**

In punto a: appello contro la sentenza del Tribunale di Bologna n. 5244/2009 depositata il 14.12.2009

Decisa sulle seguenti **CONCLUSIONI**:

Per l'appellante: come da foglio di p.c. all'udienza 8.10.2013.

Per l'appellata: come da udienza 8.10.2013 .

Concise ragioni di fatto e di diritto della decisione

1. Con la sentenza in epigrafe citata il Tribunale di Bologna respingeva, con compensazione di spese, le domande proposte dall'odierno appellante, di nullità o annullamento, o inefficacia sopravvenuta ex d.m. 1.12.2003 n. 389, dei contratti swap su derivati (IRS) conclusi fra le parti il 15.5, 1.12.2003 e 22.10.2004 con condanna delle parti alla restituzione dei pagamenti ex art. 2033 c.c., e in subordine di risarcimento del danno per violazione delle regole di comportamento del TUF, danno quantificabile in relazione ai "differenziali negativi attesi".

1.1. Secondo il primo giudice i contratti in questione non potevano ritenersi forme di indebitamento sol perché prevedevano (i primi due) la clausola di *upfront* (premio di liquidità), cioè una somma immediatamente riconosciuta al cliente quale anticipazione sui differenziali futuri attesi, e quindi non erano soggette ai vincoli di forma (precedente delibera del consiglio comunale e redazione per atto pubblico) che ne avrebbero in ipotesi comportato la nullità. La clausola non mutava la funzione economico - giuridica del contratto, bilateralmente aleatorio, non destinato a produrre un debito ma al contrario a produrre un guadagno, e atto ad essere uno strumento di investimento di risorse; l'esposizione all'indebitamento era solo un possibile effetto, non la funzione relativa al denaro da doversi rendere. Il Comune e la avevano espressamente voluto concludere *swaps* e non finanziamenti, a copertura del rischio e per limitare l'onere degli interessi su pregressi mutui o prestiti, che entravano nei contratti solo come virtuale capitale di riferimento ("nozionale") per la determinazione degli interessi. La causa del contratto non era il credito da restituirsi anche se il Comune avesse avuto quale motivo alla stipula l'immediata liquidità da scaricare in esercizi successivi, avuto riguardo comunque agli elementi prevalenti dello schema contrattuale e non a quelli secondari o spurii,

quale la clausola in questione. Il contratto era quindi stato validamente concluso dal dirigente comunale ex art. 107 TUEL.

1.2. Era anche infondato il dedotto profilo di invalidità sotto il profilo dell' illegittimità della stipula di *swaps* da parte del Comune per debiti preesistenti e non solo contestualmente creati, poiché la l. 448/2001 non vietava la detta stipulazione, ma la rendeva solo obbligata per l'accensione di determinati finanziamenti; il d.m. 1.12.2003 (col suo limite di *upfront* non superiore all'1%) era entrato in vigore solo successivamente, non era retroattivo e il terzo *swap* non prevedeva *upfront*.

Il capitale di riferimento e i debiti sottostanti (pacificamente esistenti) erano *per relationem* presenti (tramite il nozionale, i tassi, la durata) nei contratti, che quindi avevano oggetto determinato.

1.3. Inoltre la clausola di rinvio alle condizioni di mercato in caso di risoluzione per la determinazione dei "costi di sostituzione", se anche riferita ad "usi" vietati dal TUF, era sostituibile ex art. 23 TUF ed ex art. 1419 c.c.. Valida era anche la dichiarazione del dirigente comunale in ordine alla qualità di "operatore qualificato", stante le prerogative soggettive e la notoria esperienza e competenza in materia finanziaria dell'ente territoriale, attestata anche dalla pregressa emissione di prestiti obbligazionari. I contratti non potevano comunque considerarsi emessi fuori sede, essendosi al di fuori dell'ipotesi del collocamento, e perché vi era stata trattativa e pregressa autodeterminazione del Comune. Infine non era stato provato il nesso di causalità e il danno, non desumibile dal mero *mark to market*.

2.1. Il Comune appella, e col primo motivo ribadisce che l'introduzione della clausola di *upfront* aveva trasformato lo *swap* "puro" in contratto a causa mista, come l'art. 3 c. 2 lett. f) d.m. 1.12.2003, differenziandolo, evidenziava.

Anche l'attuale art. 62 l. 112/2008 (da ritenersi di interpretazione autentica) qualificava il premio di liquidità quale indebitamento dell'ente. Inoltre l'*upfront* era una prestazione attuale e certa, cui conseguiva un peggioramento delle condizioni in termini di tasso e *spread*. Pertanto non andava applicata solo la disciplina del tipo contrattuale prevalente (che peraltro non poteva dirsi quello dello *swap* "puro"), ma di entrambi, se non incompatibili.

2.2. Col secondo motivo si insiste sul fatto che, ex artt. 42 e 203 TUEL (d.leg. 267/2000), il ricorso all'indebitamento andava deliberato dal consiglio comunale, ex art. 192 lett. b) (contenuto della deliberazione a contrattare) e 42 c. 2 lett. i) (spese che impegnano i bilanci anche per gli esercizi successivi, e non solo i mutui) e anche 203 c. 1 lett. b) (approvazione delle previsioni di spesa nel bilancio annuale) TUEL. La deliberazione 27.3.2003 del Consiglio comunale (doc. 3 fasc. 1° gr. appellante) precedente il primo contratto, poneva solo una "linea di indirizzo" e non aveva il contenuto dell'art. 192 TUEL.

I successivi contratti erano stati preceduti solo da una determinazione dirigenziale, e i conseguenti vizi di illegittimità/annullabilità (per incompetenza relativa) si risolvevano o in vizi del consenso ex artt. 1425 e 1427 c.c. con conseguente annullabilità, o in inefficacia ex art. 1398 c.c., o in nullità per assenza di accordo fra le parti ex artt. 1325 n. 1 e 1418 c.c..

In ogni caso l'art. 204 c. 2 TUEL stabiliva la nullità per i mutui non stipulati in forma pubblica, previsione estesa dal c. 2 bis (in via di interpretazione autentica, il che la sentenza di primo grado aveva immotivatamente negato) a tutte le altre forme di indebitamento.

Ancora, poiché le somme introitate per *upfront* erano state imputate a spese correnti, la mancanza di vincoli di destinazione a spese di investimento violava l'art. 119 Cost. e l'art. 30 c. 15 l. 289/2002 che sanzionava di nullità atti e

contratti relativi a “indebitamento per finanziare spese diverse”, rilievo su cui il primo giudice non si era pronunciato.

Infine, vi era una, seppur minima, procedura di evidenza pubblica che non era stata rispettata, trattandosi di contratto di “appalto di servizi” solo escluso ma non estraneo al codice dei contratti pubblici (art. 5 d.leg. 157/1995; d.leg. 163/2006 art. 19 c. 1 lett. c) e art. 27).

2.3. Col terzo motivo, si insiste in ordine al fatto che i contratti non contenevano l’indicazione dei sottostanti mutui “swappati” (obbligata perché gli strumenti derivati potevano essere utilizzati solo a scopo di copertura – “per l’ammortamento del debito” ex art. 41 l. 448/2001, e “solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute” ex art. 1 c. 736 l. 296/2006 - e non meramente speculativo), non potendo bastare al riguardo la generica indicazione del capitale nozionale come importo di riferimento, o il rinvio a “posizioni creditorie o debitorie del cliente”, ed essendosi contestato l’elenco doc. 3 ex adverso fornito (non sottoscritto né espressamente richiamato e allegato), con conseguente mancanza di un elemento essenziale attinente la causa del contratto, e nullità, oltre che per difetto di forma scritta (relativamente ad un elemento essenziale) ex art. 23 TUB e artt. 16 e 17 RD 1440/1923, per difetto della delibera o determinazione a contrattare. Il Comune aveva dovuto ristrutturare i propri mutui senza poter verificare la corrispondenza e la congruità degli *swaps* rispetto alle passività effettive.

2.4. Col quarto motivo si rileva che l’art. 41 c. 2 l. 448/2001 all’epoca vigente (nota 27 p. 51 citazione in appello) facoltizzava i Comuni a contrarre *swaps* solo per mutui o prestiti obbligazionari contestuali, e non preesistenti, ogni altra modalità essendo preclusa, come si ricavava dal rinvio al d.m. successivamente emanato, conclusione che il tribunale aveva immotivatamente disatteso riferendosi a C. Cost. 376/2003, che parlava unicamente di riconversione e rinegoziazione dei debiti.

2.5. Col quinto motivo si insiste per la deduzione già formulata in ordine alla invalidità o inefficacia sopravvenuta (trattandosi di rapporti di durata che quindi non potevano più avere esecuzione, indipendentemente dalla regola generale della irretroattività ex art. 11 prel.) dei primi due contratti, non conformi alle previsioni del d.m. 1.12.2003 n. 389 attuativo dell'art. 41 l. 448/2001 suddetto, in quanto contemplanti operazioni non consentite (vendita di "opzioni digitali"; *upfront* superiore all'1%; scadenza diversa e posteriore alle sottostanti passività anche secondo il contestato elenco prodotto dalla banca), a nulla rilevando che non vi fosse espressa sanzione di nullità, e che si trattasse di norma regolamentare.

2.6. Col sesto motivo si insiste per l'invalidità e inefficacia dell'autodichiarazione del Comune (e per esso solo da parte del suo dirigente dei servizi finanziari) nei contratti quale operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob 11522/98, in realtà difettando la "specificità competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari" richiesta dalla norma (eccezionale e derogatoria): l'assenza del requisito doveva esser stata percepita o comunque era percepibile dalla banca, poiché non vi era alcuna specificità nella dichiarazione resa, mai il Comune aveva prima investito in derivati, come la banca sapeva (avendo anche ammesso d'aver richiesto e ottenuto ogni informazione necessaria sulla situazione finanziaria del cliente); nel merito il Comune non poteva dirsi operatore qualificato (come tautologicamente ritenuto dal Tribunale) per aver prima contratto mutui, e la successiva direttiva MIFID e il nuovo art. 7 c. 2 *sexies* TUB escludevano gli enti locali o demandavano a un regolamento l'individuazione dei "clienti professionali pubblici" (fra questi il reg. d.m. 236/2011 aveva individuato solo il Governo e la Banca d'Italia, ed escluso altri enti con entrate inferiori ai 40 mln annui).

2.7. Col settimo motivo si rileva che le conseguenze dell'inefficace dichiarazione di essere operatore qualificato comportavano la nullità dei

contratti in quanto pacificamente conclusi fuori sede (presso il Comune) senza la menzione della facoltà di recesso ex art. 30 TUF, non potendo circoscriversi la portata della norma, come ritenuto dal primo giudice, al solo “collocamento”, né potendosi escluderla perché in ipotesi ivi era stata apposta la sola sottoscrizione, che era una forma di promozione e collocamento.

Erano quindi state violate anche le altre disposizioni del reg. Consob (art. 28 e consegna del documento sui rischi generali, che comportavano la nullità dei contratti o il risarcimento del danno (somme già corrisposte dal comune e differenziali negativi attesi). Il secondo contratto con il suo upfront aveva in gran parte coperto le perdite del primo.

La patologia negoziale di uno dei contratti si sarebbe trasferita anche agli altri.

3.1. **La banca resiste** su ogni motivo avverso, e quanto al primo osserva che la delibera del Consiglio del marzo 2003 quale linea di indirizzo abilitava espressamente a concludere operazioni di *swap* per abbassare il debito “senza rischi per gli esercizi futuri”, a conferma che lo stesso ben conosceva tali strumenti finanziari, e la proposta *swap* venne negoziata sulla base delle passività esposte dall’ente; nella delibera di giunta 14.5.2003 era allegata la proposta contrattuale che veniva espressamente approvata, contenente anche la dichiarazione di operatore qualificato; il secondo contratto era una mera modifica del primo ed era stato concluso prima del d.m. 389/2003; il terzo contratto non aveva *upfront* ed era stato contratto per mutui successivi, fra cui uno anche con *upfront*.

Nessun danno concreto si era verificato o era stato *ex adverso* dimostrato; non vi era stata alcuna forma di indebitamento dell’ente, poiché il rapporto fra capitale e risultati positivi o negativi non è assimilabile alla produzione di interessi; si trattava di contratti aleatori di scambio ad esecuzione periodica; l’*upfront* non era un nuovo e diverso indebitamento, ma solo una anticipazione

di somme che sarebbero state comunque ricevute nel corso del rapporto a titolo di "risparmio sugli interessi", ed era previsto da una clausola accessoria che si inseriva in un più complesso rapporto; l'art. 1 c. 739 e 740 l. 296/2006 e la l. 133/2008 avevano aggiunto fra le operazioni di indebitamento la percezione di un premio di liquidità solo a partire dalla rispettiva entrata in vigore, vigendo il principio di tassatività delle forme di indebitamento consentite e regolate per gli enti pubblici.

3.2. Sul secondo motivo la banca rileva che non vi era competenza esclusiva del consiglio comunale ex art. 42 TUEL, perché non si trattava né di mutui né di aperture di credito né di contratti passivi con spese da preventivare per gli esercizi successivi; in ogni caso l'incompetenza non poteva riverberarsi sui contratti "a valle" in assenza di annullamento dell'atto amministrativo, e non erano previste procedure ad evidenza pubblica per contratti legittimamente stipulati a trattativa privata (acquisto e vendita di strumenti finanziari), come indicato nella delibera di giunta 14.5.2003 ed ex art. 5 c. 2 d.leg. 157/1995 allora vigente.

Il dirigente era abilitato secondo i precedenti atti di indirizzo ex art. 107 TUEL, che prevedeva la facoltà di stipulazione dei contratti e di compiere gli atti di gestione finanziaria, compresi gli impegni di spesa. Non essendovi stato indebitamento non vi era difetto della forma pubblica *ad substantiam* ex art. 204 TUEL, e legittima era stata l'imputazione del ricavato a spese correnti, d'altronde in nessun modo conoscibile da - o imputabile a :

3.3. Sul terzo motivo la banca rileva che i debiti sottostanti coperti dagli *swaps* erano indicati negli allegati alle delibere e determinazioni dirigenziali, ed erano comunque in essi richiamati; che la "forma" non poteva riguardare la menzione dei mutui sottostanti; che il RD 2440/1923 escludeva a chiare lettere i contratti a trattativa privata.

L'estinzione o rinegoziazione successiva dei mutui (uno anche d' per il quale il Comune si era rifiutato di rinegoziare *in parte qua* lo swap) era irrilevante, successiva alla conclusione dei contratti, oltre che autonomamente decisa dal Comune, e documentata da atti - peraltro comprovanti la competenza finanziaria del Comune stesso - inammissibilmente prodotti solo in appello.

3.4. Sul quarto motivo la banca rileva che l'art. 41 c. 2. l. 448/2001 consente, ma non impone, la conclusione di *swaps* per debiti contestuali o successivi.

3.5. Sul quinto, la banca osserva che il d.m. 389/2003 non poteva avere valore retroattivo, ledendo le posizioni di terzi, non poteva eliminare fatti anteriori, e che non vi era la preesistenza dei presupposti in fatto e in diritto anteriori che giustificassero detta pretesa retroattività; il regolamento prevedeva comunque la possibilità di contrarre *swaps*, e gli enti locali avevano ampia autonomia contrattuale e finanziaria, oltre che piena capacità di diritto privato.

3.6. Quanto al sesto motivo, si ribadisce che l'approvazione dello schema contrattuale comprendeva anche la dichiarazione di operatore qualificato, e non era onere della banca verificarlo; anche in caso negativo, gli ulteriori oneri formali non avrebbero dissuaso il Comune, che non era consumatore sprovvisto e inconsapevole, dalla stipula; comunque l'ente aveva specifica competenza ed esperienza (possessione di azioni, mutui pregressi, prestiti obbligazionari).

3.7. L'offerta fuori sede non era stata dimostrata ma contestata, comunque vi era stata ampia trattativa e il prodotto fuoriusciva dal genus "collocamento"; la violazione di altre regole del TUB avrebbe al più comportato responsabilità risarcitoria, per la quale non era provato né il nesso di causalità né il danno.

Nel corso del giudizio di appello veniva rigettata una istanza del Comune ex artt. 669 bis e ss. e 700 c.p.c. volta ad ottenere la sospensione degli effetti dei contratti.

4. L'appello è fondato.

4.1. In particolare, quanto al primo motivo, in linea generale si premette esser fondato il rilievo del Comune appellante per il quale il contratto di *swap* (in concreto saremmo di fronte ad *Interest Rate Swaps*), e in particolare – ma si aggiunge qui, non solo - quello che prevede una clausola di iniziale *upfront*, costituisce, proprio per la sua natura aleatoria, una forma di indebitamento per l'ente pubblico, attuale o potenziale.

Se infatti la natura dello *swap* (oggi tipizzato dalle norme amministrative e dallo stesso TUF) è costituita da una lecita scommessa bilaterale su tassi (o valute, o altri parametri economici di mercato) futuri, con la finalità di far guadagnare o perdere la parte contraente a seconda della periodica rilevazione degli stessi, generando flussi finanziari corrispondenti, è evidente che ognuno degli stessi contraenti deve mettere in conto al momento della stipulazione non solo il proprio guadagno, ma, come in ogni gioco d'azzardo, anche di perdere, e quindi di dover pagare - ossia divenire debitore di - una certa somma nei confronti della controparte.

La potenziale passività da corrispondere non è un mero possibile effetto del contratto, ma entra nella sua causa - astratta e concreta - di "scommessa", e soprattutto viene considerata dalla normativa amministrativa, di evidente cautela e salvaguardia degli enti pubblici che all'acquisto dello strumento finanziario "derivato" abbiano inteso fare ricorso.

In concreto, e per i primi due rapporti contrattuali di che trattasi, fu poi prevista una clausola di *upfront*, (nel primo per euro 315.000, nel secondo per euro 655.000) che non può essere definita solo una somma immediatamente riconosciuta al cliente quale anticipazione sui differenziali futuri attesi ("importi periodici attualizzati"), senza considerarne gli effetti.

E' stato invero ragionevolmente affermato che *"il valore dell'upfront infatti è tanto più alto quanto più negativo è il valore del contratto per il cliente; l'upfront in sostanza costituisce un pagamento immediato a favore del cliente in ragione dell'accettazione di un rischio maggiore perché tale upfront rappresenta il pagamento del costo implicito del contratto."* (App. Trento 5.3.2009 in *ilcaso.it* ; cfr. anche audizione parlamentare del direttore generale della CONSOB 30.10.2007 citata dalla dottrina doc. 3 fasc. art. 700 c.p.c. Comune).

Altrimenti l'*upfront*, se non è corrispettivo di una evidenziata passività di uno *swap non par*, assume il valore di una commissione (o costo) implicito (generante una passività), o sconta comunque una differenza in termini di *spread* nel corso del rapporto (questa pure generante una passività).

È del resto la stessa *...* ad affermare (cfr. missiva 31.5.2006 doc. 31 fasc. 1° gr. Comune) che il previsto premio di liquidità consiste *"in un anticipato versamento di fondi, che sconta l'attualizzazione sui relativi tassi contrattuali a carico della controparte oppure si ripercuote sullo spread"*; non a caso sono le stesse parole, tratte dalla relazione della Corte dei Conti al Parlamento sulla finanza locale per il 2003 e 2004, che vengono citate dall'ispezione ministeriale 23.1.2006 sul Comune di C *...* (doc. 29 Comune) a proposito dei predetti derivati; la relazione della Magistratura Contabile prosegue tuttavia specificando che *"sostanzialmente seppure incorporata in uno swap, si tratta di operazione analoga alla contrazione di un mutuo, laddove la sua concessione comporta un tasso o uno spread che attualizza il premio corrisposto in via anticipata dalla banca all'ente"*; e che trattandosi di ricorso al mercato finanziario va perciò esclusa *"la sua destinazione a spesa corrente"*.

Nel pertinente allegato del primo contratto (doc. 5 Comune) si dice infatti espressamente che gli importi periodici del "tasso parametro" a debito della *...*, tengono conto della corresponsione della somma anticipata (e quindi

saranno corrispondentemente inferiori), ma è evidente che analogo ricalcolo deve esser stato effettuato anche in sede di rinegoziazione e sostituzione sfociata nel secondo contratto dell'1.12.2003; qui anzi l'*upfront*, come nota il Comune, andò in gran parte a coprire il "costo di sostituzione" del derivato sostituito, ossia il valore di mercato dello stesso all'epoca, che secondo le stesse parti (*rectius*, per la banca contrattualmente abilitata – ed evidentemente unilateralmente competente - a tutti i conteggi) dopo circa un semestre era già ampiamente negativo (euro 570.000).

Per inciso si noti anche che in nessuno dei contratti appare la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (cd. *mark to market*), che una attenta e condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. App. Milano 18.9.2013 in banca dati PLURIS) ritiene elemento essenziale dello stesso, ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile), da esplicitare necessariamente e indipendentemente dalla finalità di copertura (*hedging*) o speculativa *tout court*, così come i costi impliciti e i criteri con cui determinare la penalità in caso di recesso (qui il costo di sostituzione era determinato sulla base delle "condizioni praticate da controparti di mercato", circostanza rilevata dal Comune in primo grado, ma non fatta oggetto di motivi di appello).

La disamina che precede serve per concludere che la potenziale passività insita in ogni contratto di *swap* trova una sua evidenza concreta e attuale nella clausola di *upfront* in fatto presente in due dei tre rapporti di che trattasi.

Il fatto che la normativa amministrativa qualificatoria in termini di indebitamento per la clausola di *upfront* sia entrata in vigore successivamente a uno o più dei contratti in questione (l'art. 1 c. 739 e 740 l. 296/2006 e la l. 133/2008; il d.m. 389/2003) non significa che gli stessi non potessero essere anche precedentemente interpretati nel medesimo senso, senza che venga in rilievo alcuna applicazione retroattiva delle norme.

4.1.1. Erra poi il tribunale anche nel ritenere conseguentemente che - se anche i contratti in questione prevedessero nella sola loro clausola "accessoria" il ricorso a una forma di indebitamento - la disciplina applicabile sarebbe *unicamente* quella del solo modello contrattuale "prevalente": la giurisprudenza di legittimità è infatti costante nell'affermare che nelle tipologie contrattuali "miste" (come sarebbero quelle di che trattasi), la teoria della prevalenza non esclude, quale normativa integratrice applicabile, quella attinente agli altri plurimi modelli di riferimento, in quanto non incompatibile (cfr. Cass. SSUU 11656/2008: *"In tema di contratto misto (nella specie, di vendita e di appalto), la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente."*; Cass. 13399/2005: *"Il contratto misto, costituito da elementi di tipi contrattuali diversi, non solo è unico, ma ha causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano gli elementi dei diversi tipi che lo costituiscono; il contratto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente (e la prevalenza si determina in base ad indici economici od anche di tipo diverso, come la "forza" del tipo o l'interesse che ha mosso le parti), salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto."*).

Ritiene la Corte sotto questo profilo che non sussista incompatibilità alcuna, né astratta né concreta, fra le norme civilistiche e amministrative regolanti lo swap

“puro” rispetto a quelle in ipotesi regolatrici di una enucleabile sottocategoria di *swaps* connotati da una specifica forma di indebitamento possibilmente individuabile nella clausola di *upfront*, con conseguente integrazione della relativa disciplina, se anche più restrittiva per la sottocategoria individuata.

Infatti vietare o sottoporre a restrizioni un tipo contrattuale perché prevede determinate pattuizioni non è di per sé incompatibile con la disciplina generale di altro tipo contrattuale consentito perché tali pattuizioni non prevede; la “*sommatoria*” delle due discipline comporterà la possibilità o meno di conclusione del contratto misto risultante purché siano rispettati i requisiti previsti da *entrambe*.

Sicché andrà in primo luogo verificato se per i contratti in questione, prevedenti forme di indebitamento attuale o potenziale, e seguendo le doglianze del Comune, ricorrano vizi invalidanti, e in particolare se vi siano riflessi dal punto di vista civilistico della legittimità o meno del sottostante procedimento amministrativo formativo della volontà dell’ente pubblico.

4.2. In ordine alle conseguenze inerenti la qualificazione dei contratti (secondo motivo) sul procedimento amministrativo e sulle forme di conclusione di questi, si osserva che è fondato il rilievo del Comune per il quale ex art. 42 c. 2 lett. i) TUEL la delibere di accensione degli *swaps* andavano prese dal Consiglio Comunale, in quanto prevedevano “*spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi*”.

Consegue infatti da quanto sopra esposto che i contratti di *swap* comportino *ex se* nella loro forma ordinaria e tanto più se prevedono clausole di *upfront*, possibili spese impegnative di più bilanci successivi (in concreto, fino al 2016, 2023 e 2024; il primo contratto, nelle copie in atti firmato dalla banca peraltro solo negli allegati, con importi di riferimento – “nozionale”- di euro

4.711.719,49 ed euro 31.163.084,15; il secondo con nozionale di euro 30.397.869,34; il terzo con nozionale di euro 5.570.189).

Da questo punto di vista appaiono quantomeno singolari le “linee di indirizzo” e le affermazioni contenute via via in tutti gli atti preliminari del Comune (del consiglio, della giunta, del dirigente) di cui ovviamente doveva - o agevolmente poteva - essere a conoscenza, secondo le quali si doveva verificare la possibilità di procedere, e quindi si procedeva, ad operazioni di *swap* con l’indicazione che *“in questo caso la convenienza deve essere massima e senza rischi per gli esercizi futuri”*: visto che uno *swap ex se* non è senza rischio per il futuro, e visto che in concreto le operazioni (a scadenza più che decennale, o ventennale) scambiavano tutte tassi fissi o variabili legati all’Euribor 6 mesi o al superamento di determinate soglie di questo in alto o in basso (cfr. i singoli contratti e il riepilogo in all. a doc. 2 Comune fasc. 1° gr.: nel secondo e terzo rapporto il Comune “riceve” Euribor a 6 mesi e “paga” tassi fissi se l’Euribor rimane sotto una certa soglia o l’Euribor più una percentuale se la soglia viene superata; nel primo, nella parte non rinegoziata, il Comune “riceve” un tasso fisso e “paga” con meccanismi analoghi agli altri rapporti); e visto che la controparte banca non poteva certo mettere in conto solo di non guadagnare nulla o di perdere.

La delibera consiliare iniziale 27.3.2003 (doc. 3 Comune) in effetti prevedeva solo una “linea di indirizzo” (dava mandato ai competenti organi di verificare la possibilità di migliorare la gestione del passivo anche concludendo *swaps* con la singolare indicazione di cui si è detto; sarebbe stata seguita da una analoga il 16.2.2004, citata in doc. 10 Comune), successivamente concretata dalla giunta e dal dirigente quanto al primo contratto, e solo da determinazioni dirigenziali per i successivi (doc. 4, 7, 10 Comune).

Non individuava quindi in alcun modo l’oggetto, la forma, il contenuto delle clausole ritenute essenziali, le modalità di scelta del contraente ex art. 192

TUEL, (che stabilisce la generale competenza del dirigente, ma deve ritenersi applicabile, quanto al contenuto e come nota l'appellante, anche se l'organo competente sia diverso); né risulta vi sia mai stata alcuna previsione di spesa inerente gli *swaps* in questione nel 2003 e 2004 ex art. 203 c. 1 lett. b TUEL.

4.2.1. È pure corretto che per il secondo *swap* dell'1.12.2003, costituente una parziale rinegoziazione e/o novazione del primo (per la sua parte più cospicua) trattandosi di atto di contenuto analogo al precedente, dovessero essere adottate le medesime forme, non comprese nelle competenze attuative del dirigente ex art. 107 c. 2 e 3 lett. c) e d) TUEL, proprio perché i primi atti sopra descritti di consiglio e giunta non erano adeguati allo scopo, in ragione di quanto si è detto, neppure per il primo contratto.

Le successive deduzioni del Comune in ordine alle conseguenze dei vizi degli atti amministrativi presupposti sui contratti non possono ritenersi inammissibili perché tardive come dedotto dalla banca, in quanto contenute sin dalle pp. 12 e ss. dell'originario atto di citazione in primo grado.

Si premette che il preventivo annullamento in sede amministrativa dell'atto presupposto non può costituire condizione imprescindibile per verificare una qualunque conseguenza invalidante sul contratto "a valle", posto che rientra ovviamente nei poteri del giudice ordinario disapplicare l'atto amministrativo illegittimo ex art. 5 l. n.2248 del 1865 all. E, ferma restando la distinzione dei due piani, ma anche la sindacabilità da parte del giudice ordinario (cfr. Cass. SSUU 27169/2007; in termini, cfr. Cass. SSUU 5446/2012: *"In tema di attività negoziale della P.A., rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o*

sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo”).

Delle deduzioni del Comune sono fondate quelle inerenti la annullabilità degli atti “a valle”, e comunque la loro inefficacia, in quanto le deliberazioni a contrattare non contengono l’indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte (non nullità: la giurisprudenza citata, inerente le deliberazioni a contrattare che non contengano l’indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte si occupa della normativa antecedente l’art. 191 TUEL, che invero commina ora una inefficacia relativa in favore dell’ente locale in relazione alla acquisizione di beni e servizi, possibile “solo se sussiste l’impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l’attestazione della copertura finanziaria”, statuendo però che in caso contrario “il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell’articolo 194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l’amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni.”), posto che l’assenza o l’illegittimità dell’atto deliberativo “a monte” si traduce o nell’inefficacia di cui si è detto, ovvero nella annullabilità per vizio del consenso della p.a. o comunque perché ne rivela l’incapacità a contrattare, sicché l’atto, pur suscettibile di ratifica, è assimilabile a quello concluso dal *falsus procurator*, ex artt. 1425 e 1398 c.c. (cfr. Cass. 10631/2007 per un caso di eccesso di delega; Cass. 8876/2006, e Cass. 11247/2002: “Gli eventuali vizi relativi al processo di formazione della volontà dell’ente pubblico comportano l’annullabilità del

contratto, la quale può essere fatta valere, in via di azione o di eccezione ai sensi degli artt. 1441 e 1442 cod. civ., esclusivamente dall'ente stesso").

È importante a tal fine sottolineare che, poiché il sistema che inerisce alla stipulazione di contratti con l'ente locale è in generale regolato - anche nei minimi dettagli - da disposizioni normative, il vizio di capacità e nella formazione della volontà dell'ente, in collegamento con la struttura dei contratti, unilateralmente predisposti, proposti, calibrati e minuziosamente regolati nella loro pluriennale esecuzione da _____, che ha in giudizio anche affermato di aver richiesto e ricevuto dal Comune tutte le informazioni necessarie ad effettuare l'investimento, essendo seguita la stipulazione ad ampie ed approfondite trattative, non vi è spazio alcuno per prospettare che detti vizi non fossero percepibili o agevolmente riconoscibili da parte della stessa

4.2.2. È inoltre fondato il rilievo per il quale i contratti in questione violano (oltre che l'art. 119 u.c. Cost.), l'art. 30 c. 15 l. 289/2002 e l'art. 202 TUEL, in quanto non risulta, ed anzi la documentazione prodotta dal Comune ne attesta una diversa destinazione, che l'indebitamento insito, implicito e prevedibile nei contratti in questione (esplicito quanto alle clausole di *upfront*) sia stato contratto "per finanziare spese di investimento", unica modalità consentita dalle norme ora citate.

Con ciò non si intende naturalmente affermare che _____ dovesse verificare *a posteriori* e sindacare la *successiva* destinazione dei flussi generati dai contratti, ma che tale *necessaria e preventiva* destinazione doveva essere contenuta, menzionata e specificata negli atti amministrativi presupposti, se non nei contratti stessi.

Tale mancanza negli atti amministrativi presupposti non solo rende questi illegittimi per violazione di legge, ma comporta espressamente la nullità dei "relativi atti e contratti" ex art. 30 c. 15 l. 289/2002 citato.

Non colgono pertanto nel segno le deduzioni della banca e del primo giudice inerenti la - ipotizzata come preclusiva di ogni vizio - generale capacità di diritto privato degli enti pubblici, ove si considerino le limitazioni poste dalla normativa pubblicistica e le relative conseguenze sulla validità dei contratti, nonché gli stessi vizi strettamente civilistici di cui si dirà *infra*.

4.3. - 4. Infatti anche il terzo e il quarto motivo sono fondati.

In nessuno dei tre IRS (e/o negli atti amministrativi presupposti) vi è un riferimento di una qualche serietà ai *mutui sottostanti* in relazione ai quali gli stessi sarebbero stati contratti.

Si noti che già l'art. 41 l. 448/2001 contemplava solo la conclusione di *swaps* "per l'ammortamento del debito" (e quindi per finalità di copertura e non meramente speculativi); successivamente l'art. 3 c. 3 d.m. 389/2003 (in vigore al momento della conclusione del terzo IRS) ha consentito operazioni derivate "esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute".

Il riferimento non può certo essere costituito per il primo *swap* dall'elenco doc. 3 della _____ posto che lo stesso, del tutto informale, non è allegato al contratto, non è sottoscritto, è stato ex adverso specificamente contestato. Si noti anche che l'ultima scadenza delle voci del predetto elenco è riferita al 2022, mentre lo *swap* in questione giunge sino al 31.12.2023.

Né sono certamente sufficienti, al fine di determinare i mutui sottostanti neppure *per relationem*, le generiche affermazioni contenute negli atti amministrativi presupposti e nelle formule di mero stile dei contratti (né l'offerta di _____ che secondo la delibera di giunta 14.5.2003 era effettuata "su gran parte del residuo debito" e/o, pare di capire, sui "mutui residui a tasso variabile"- ma non ci sono, quali asseriti allegati, né il "documento istruttorio" né lo schema di contratto che vengono approvati - ; né il nudo riferimento ai "mutui a tasso variabile" nella proposta _____ doc. 6 Comune quanto al secondo contratto o al

solo precedente contratto rinegoziato nella determinazione dirigenziale dell'1.12.2003; né i generici *"mutui contratti da questa amministrazione ed in corso di ammortamento"* della determinazione 13.10.2004 doc. 10 Comune; né il fatto che il Comune contrasse un – solo - mutuo con . il 19.10.2004, non si sa di quale importo e scadenza (doc. 13 banca); né le iterative affermazioni della modulistica contrattuale , nella quale si premette che *"il cliente è titolare di posizioni creditorie o debitorie che generano interessi calcolati di volta in volta in base ad un tasso di interesse variabile o fisso; il cliente ha interesse a cautelarsi rispetto al rischio di interesse sulle suddette posizioni tramite il perfezionamento di operazioni analoghe a quelle oggetto del contratto..."*; né infine le generiche asserzioni di cui alle posteriori missive . 31.5.2006 e 26.9.2007 – docc. 8 e 13 banca - in cui si affermava che i contratti erano stati conclusi *"a esclusiva finalità di copertura sui mutui residui a tasso variabile"* e che l'ultimo contratto era *"accessorio a diversi mutui regolati a tasso variabile...compreso il finanziamento stipulato con il nostro Istituto..."*).

La conseguenza è, come nota correttamente l'appellante, che dai contratti o dagli atti amministrativi presupposti (che peraltro non dovrebbero neppure essere esaminati a fini interpretativi: cfr. Cass. 21265/2007) non emerge in alcun modo la loro effettiva causa concreta (funzione economico sociale, anche normativamente predeterminata), di cui quindi non è dimostrata l'esistenza, così come di un oggetto avente i requisiti di cui all'art. 1346 c.c.. In altre parole il contratto inerente il derivato deve invece contenere tutti i requisiti essenziali per farne emergere la causa in concreto esercitata; deve inoltre avere un oggetto determinato o determinabile, ossia deve avere, per integrare entrambi i requisiti, una percepibile e misurabile correlazione tra le (solo) menzionate *"posizioni creditorie e debitorie"* e l'importo di riferimento - il nozionale - sottostante, nonché fra i tassi praticati nelle dette posizioni e il *"tasso parametro"* che le parti reciprocamente si assegnano per le liquidazioni periodiche.

In assenza dei predetti requisiti, e stante anche la violazione delle norme succitate, da ritenersi imperative perché poste a tutela di essenziali interessi di finanza pubblica, tutti e tre i contratti devono ritenersi affetti da nullità.

4.5 - 6 -7. Sono assorbite tutte le ulteriori argomentazioni e deduzioni dell'appellante (così come risultano in ragione di quanto sopra superflui o irrilevanti gli ulteriormente richiesti mezzi di prova testimoniale e CTU), e in particolare sono assorbiti gli ulteriori tre motivi, inerenti l'applicabilità del d.m. 389/2003 con "inefficacia successiva" anche dei contratti anteriormente conclusi, la qualità di "operatore qualificato" del Comune, e la conseguente ipotizzata nullità per assenza della clausola di recesso in contratti asseritamente conclusi fuori sede.

Si osserva brevemente su questi, e *ad abundantiam*, che la ritenuta invalidità/inefficacia originaria di tutti e tre i contratti supera la questione dell'applicabilità "sopravvenuta" o "retroattiva" del citato d. m. (peraltro pienamente applicabile *ratione temporis* almeno al terzo rapporto).

Inoltre la dichiarazione del cliente - Comune in persona del dirigente, presente nei contratti in questione, sulla "*specificata competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati*" (art. 16, con doppia sottoscrizione, dichiarazione prestampata, iterativa e sempre sulla modulistica , non sembra sufficientemente giustificata sul piano obiettivo, e seguendo le indicazioni di Cass. 12138/2009, dalla generica affermazione (non suffragata né dal notorio né da evidenze specifiche; così come la conclusione contraria non si può astrattamente evincere solo dalla successiva direttiva MIFID o dalla normativa interna conseguente) dell'esistenza di apparati di analisi economico-contabile all'interno dell'ente locale, o dal solo fatto che il Comune avesse contratto molti mutui e alcuni prestiti obbligazionari, o dalla "*elevata esperienza professionale... maturata in oltre 15 anni di responsabilità dei servizi*

*finanziari” del dirigente firmatario (genericamente risultante dalla delibera comunale 4.4.2007 prodromica ad un accordo conciliativo relativo al rapporto di lavoro con lo stesso – doc. 11 banca). Dal punto di vista soggettivo poi, siccome la stessa , afferma d’aver richiesto e ottenuto le necessarie informazioni e documentazioni del cliente sulla sua situazione finanziaria e comunque necessarie per effettuare l’investimento, è evidente che la stessa sapeva o doveva sapere che il Comune non aveva in realtà prima del 14.5.2003 mai contratto altri derivati o *swaps* (il dato è pacifico ed incontestato): sicché almeno la inesattezza, erroneità o non corrispondenza ai fatti della prima dichiarazione sulla *specifica esperienza in derivati* era o doveva apparire palese.*

Tuttavia, pur volendo estendere alla fase anche della sola sottoscrizione il concetto di promozione e collocamento fuori sede, e pur presupponendo per mera ipotesi l’effettiva sottoscrizione dei derivati presso il Comune di C (circostanza invece non ammessa da _____, ed anzi specificamente contestata sin dal primo grado nella memoria ex art. 7 rito societario, su cui quindi il Comune chiese e chiede prova testimoniale; i contratti recano solo la data ma non il luogo di sottoscrizione), seguendo la *ratio decidendi* di Cass. SSUU 13905/2013 in tema di offerta fuori sede (prima delle successive immediate modifiche legislative dell’art. 30 TUF), sembra comunque si esuli dal caso del consumatore sprovvisto che possa esser colto di sorpresa dall’intermediario (secondo la Cassazione “è la circostanza che l’operazione d’investimento si sia perfezionata al di fuori dalle sede dell’intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l’investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l’iniziativa non proviene da lui. E’ logico cioè presumere che, in simili casi, l’investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell’intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l’intermediario si

avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata. Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato.") stante le precedenti delibere e trattative, e la stessa reiterazione dei contratti.

5. Va conclusivamente dichiarata, in accoglimento del gravame, la nullità e comunque vanno annullati e dichiarati inefficaci tutti e tre i contratti di che trattasi per le ragioni tutte sopra esposte.

Alle declaratorie di invalidità/inefficacia conseguono le reciproche restituzioni chieste da parte appellante secondo i criteri dell'art. 2033 c.c., per le somme emergenti dagli atti, in ordine alle quali potranno operarsi le inerenti compensazioni.

Dagli atti di causa, sulla base dei quali solamente va pronunciata la relativa statuizione (e in particolare dal non contestato doc. 5 fasc. app. del Comune; le successive richieste di pagamento di relative al 2011 e prodotte all'udienza 8.10.2013 dal Comune secondo la banca non sono state onorate, e quelle relative al 2010 doc. 1 Comune fasc. ricorso cautelare in appello non vi è comunque evidenza siano state pure pagate) emergono somme via via corrisposte dalla al Comune sino al 30.1.2010 per complessivi euro 555.738,76, e somme corrisposte dal Comune alla per complessivi euro 1.031.393,17, che pertanto andranno reciprocamente riversate, oltre gli eventuali pagamenti successivamente intercorsi.

5. Le spese di entrambi i gradi - così riformandosi in proposito anche la relativa statuizione del primo giudice non ritenendosi sufficiente la novità e complessità della questione per superare con la compensazione il disposto dell'art. 91 c.p.c.,

stante i significativi e plurimi profili evidenziati che portano a parere della Corte a ritenere meritevoli di accoglimento le argomentazioni dell'appellante *ab initio* prospettate - devono seguire la soccombenza, e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente decidendo – ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa – il Collegio:

1. dichiara la nullità e comunque annulla e dichiara inefficaci i contratti di *Interest Rate Swap* conclusi fra il COMUNE DI C. e la BANCA in data 15.5.2003, 1.12.2003, 22.10.2004, e per l'effetto dispone la restituzione delle somme di tempo in tempo corrisposte da al COMUNE DI C. sino al 30.1.2010 per complessivi euro 555.738,76, e delle somme di tempo in tempo corrisposte dal COMUNE DI C. alla e complessivi euro 1.031.393,17, oltre ad eventuali reciproci pagamenti successivi intercorsi fra le parti per gli stessi titoli, con gli interessi legali dal giorno della domanda;
2. condanna l'appellata BANCA alla rifusione in favore dell'appellante COMUNE DI C. delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio, che si liquidano per il primo grado in euro 1.142,74 di spese, 1.500 per diritti, 10.000 di onorari oltre spese generali, CP ed IVA se dovuta; e per il secondo grado in euro 1.749,63 di spese, ed Euro 12.000 quanto ai compensi, oltre CP ed IVA se dovuta.

Bologna, 31 gennaio 2014.

Il Consigliere rel. est.

Sentenza inoltrata alla cancelleria il 3/2/2014

(3/2/2014)

Il Presidente

ESATTORE RELATIVO
Dot.ssa Anna Luppo
Anna Luppo

CORTE DI APPELLO BOLOGNA
Deposito in Cancelleria
11 MAR 2014
ESATTORE RELATIVO
Dot.ssa Anna Luppo



Anna Luppo