

**Sentenza n 609/2015/A**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE PRIMA GIURISDIZIONALE CENTRALE DI APPELLO**

composta dai seguenti magistrati:

**Dott.ssa Piera MAGGI** Presidente

**Dott. Nicola LEONE** Consigliere

**Dott. Mauro OREFICE** Consigliere relatore

**Dott. ssa Rita LORETO** Consigliere

**Dott. Piergiorgio DELLA VENTURA** Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Nei giudizi di appello iscritti ai nn. 49012, 49409 e 49410 del registro di Segreteria, proposti rispettivamente, in via principale, da MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, in persona del sig. Alexander Sacheverell Wilmot-Sitwell, rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Castellani e Fabio Fabrizio Arossa, e, in via incidentale, da Francesca CASSANDRINI, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Vicicone e da Carla DONATI, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Vicicone, avverso la sentenza/ordinanza della Sezione giurisdizionale Toscana n. 236/2014, depositata in Segreteria il 23 dicembre 2014.

Uditi, nel corso dell'udienza pubblica del 3 dicembre 2015, il relatore Cons. Mauro Orefice; l'avv. Enrico Castellani per Merrill Lynch International; su delega dell'avv. Gaetano Vicicone, l'avv. Ilaria Smedile per le signore Cassandrini e Donati, nonché il rappresentante del Pubblico Ministero nella persona del V.P.G. Cinthia Pinotti.

Visti tutti gli atti introduttivi ed i documenti di causa.

### **FATTO**

Con la sentenza/ordinanza impugnata, la Sezione giurisdizionale per la Toscana, oltre a disporre adempimenti istruttori a cura della Guardia di Finanza di Firenze, ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione della Corte dei conti sollevata da Merrill Lynch International, ha accolto parzialmente l'eccezione di prescrizione proposta da tutti i convenuti (Banca, Donati e Cassandrini) ed ha rigettato l'eccezione proposta dalla difesa Donati in ordine alla sussistenza dell'istituto della novazione oggettiva.

La vicenda trae origine da una comunicazione della Procura della Repubblica di Firenze alla Procura contabile di un procedimento penale in corso per il reato di truffa aggravata nei confronti del Comune di Firenze in relazione all'avvenuta stipulazione di contratti finanziari derivati swap.

Per quanto di rilievo nel presente giudizio sono stati proposti appelli nei confronti della citata sentenza/ordinanza in via principale dalla Merrill Lynch International ed in via incidentale da Donati e Cassandrini relativamente al contenuto decisorio

della citata pronuncia che, per ciò che riguarda il merito della vicenda, ha rinviato agli esiti dei disposti accertamenti istruttori.

Più in particolare, per quello che riguarda l'appello principale proposto da Merrill Lynch International, esso riguarda essenzialmente la pronuncia del giudice territoriale che rigetta l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice contabile a conoscere della controversia nei propri confronti. Le argomentazioni difensive proposte dalla Banca si sono incentrate particolarmente sulla circostanza in ordine alla quale la Banca medesima non avrebbe mai svolto attività di "advisory" in favore del Comune di Firenze né per la stipulazione del contratto in derivati del 2001, né per la sua ristrutturazione del 2004. Sostiene infatti che la delibera numero 626/2001 della Giunta (che, peraltro, non avrebbe avuto concreta esecuzione) aveva ad oggetto un'attività di assistenza alle procedure di emissione del prestito obbligazionario ed il monitoraggio del mercato, mentre la decisione sulla ristrutturazione era stata assunta dal Comune con l'assistenza di tre advisor espressamente nominati a seguito di apposita selezione. In sintesi, la Merrill Lynch International non si sarebbe mai inserita nella gestione di funzioni proprie della pubblica amministrazione.

A riprova di ciò ha sostenuto che la delibera numero 626 del 26 giugno 2001 non aveva in alcun modo ad oggetto la stipulazione di contratti in strumenti finanziari derivati a copertura dell'emittendo prestito obbligazionario bensì esclusivamente la emissione di bonds comunali al rifinanziamento dell'indebitamento in essere. La

delibera numero 171/112 del 5 marzo 2002 si riferirebbe invece ad ipotesi di rimodulazione del debito comunale, peraltro precedente sia l'attivazione del monitoraggio sulle operazioni in derivati esistenti, sia al perfezionamento della ristrutturazione.

In conclusione, secondo l'appellante, Merrill Lynch International non avrebbe mai rivestito il ruolo di consulente dell'ente (*advisor*) neppure di fatto con riferimento alla materia oggetto di causa e cioè la stipulazione da parte del Comune di contratti in strumenti finanziari derivati per cui è causa (derivato A nell'ottobre 2001 e sua ristrutturazione nel novembre del 2004) con la conseguenza pertanto che non sussisterebbe il presupposto per il radicamento della giurisdizione della Corte dei conti.

Relativamente agli appelli incidentali proposti, essi riguardano la pronuncia del giudice territoriale in ordine all'avvenuta parziale prescrizione dell'azione contabile, accolta parzialmente, nonché all'eccezione proposta dalla difesa Donati in ordine alla sussistenza dell'istituto della novazione oggettiva.

In proposito, in punto di prescrizione, il giudice di primo grado ha sostenuto che, tenuto conto che la prescrizione decorre non dall'assunzione degli atti amministrativi (ovvero dalla sottoscrizione del derivato in argomento), ma dal momento in cui i singoli ratei sono stati pagati, è da ritenersi prescritta la quota di danno verificatasi in epoca precedente al quinquennio antecedente alla

notificazione del primo invito a dedurre pervenuto alla banca in data 7 marzo 2013, alla Donati il 1 marzo 2013 ed alla Cassandrini il 19 febbraio 2013.

Prive di pregio, inoltre, sono state considerate dal giudice territoriale le argomentazioni in ordine alla sussistenza della novazione oggettiva (articolo 1230 c.c.) sottesa alla rimodulazione, avvenuta nel novembre 2004, del derivato sottoscritto nell'ottobre 2001. Carenti sarebbero, infatti, gli elementi dell'*animus novandi*, inteso come Comune intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, e dell'*aliquid novi*, inteso come mutamento dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto.

Al riguardo, relativamente alla questione del decorso prescizionale, le due funzionarie hanno eccepito che il danno erariale configurabile nelle operazioni in derivati consisterebbe esclusivamente nel mark to market, che esprime il valore di mercato del derivato al momento della sottoscrizione. Pertanto, essendo la sottoscrizione avvenuta il 23 ottobre 2001, il danno si sarebbe prodotto in quella data, con la conseguenza che al momento della notifica dell'invito a dedurre (19 febbraio 2013 per la Cassandrini e 1 marzo 2013 per la Donati) il termine prescizionale sarebbe già maturato. La sentenza impugnata sarebbe, altresì, errata sul punto poiché, secondo le appellanti, poggia sul presupposto che i danni causati dalla sottoscrizione del derivato consistano nei flussi di cassa pagati dal Comune di Firenze a Merrill Lynch International, per cui è rispetto ad essi che verrebbe valutata l'intervenuta prescrizione, senza tener conto che i derivati sono

contratti aleatori e che il danno, inteso come diminuzione del patrimonio dell'ente pubblico, deve essere certo, attuale e concreto.

La difesa della Donati ha inoltre sostenuto che la rinegoziazione del derivato, avvenuto a seguito del provvedimento dirigenziale numero 10046 dell'8 novembre 2004 (curato dalla sola Cassandrini ed a sua firma) abbia determinato l'insorgenza di un nuovo rapporto contrattuale e che in quel momento potessero essere rilevanti gli esiti della prima operazione finanziaria, con conseguente maturazione della prescrizione per il danno causato dal contratto originariamente sottoscritto. Infatti, la novazione oggettiva che sarebbe intervenuta con la rimodulazione del contratto avrebbe avuto come effetto l'instaurazione di un nuovo rapporto contrattuale con chiusura per lo strumento finanziario precedente.

In conclusione, le appellanti incidentali chiedono di annullare parzialmente e/o riformare la sentenza non definitiva in quanto manifestamente viziata ed infondata nel capo concernente la novazione oggettiva del derivato (Donati) e nel capo concernente la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla stipula del derivato medesimo e della sua rinegoziazione (Donati e Cassandrini) e di rigettare le domande avanzate dalla Procura regionale accogliendo le eccezioni e le conclusioni già dedotte nel giudizio di primo grado.

La Procura Generale ha depositato le proprie conclusioni in data 22 giugno 2015 per quanto riguarda l'appello principale proposto da Merrill Lynch International ed in data 17 novembre 2015 relativamente agli appelli incidentali Donati e Cassandrini,

chiedendo in entrambi i casi il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Risultano in atti, datate 12 novembre 2015, note di deposito e comparse di costituzione per l'odierna udienza nell'interesse di Merrill Lynch International, con le quali nel ripercorrere la vicenda e nel ribadire le conclusioni già rese con l'atto di appello si chiede la riunione in rito dell'appello principale con gli appelli incidentali proposti.

Risultano altresì depositate in atti in data 17 giugno 2015 comparse di costituzione nell'interesse delle appellanti incidentali Donati e Cassandrini.

In occasione dell'odierna udienza le parti hanno confermato gli atti scritti.

## **DIRITTO**

1. In via preliminare il Collegio dispone la riunione degli appelli di cui è causa in quanto proposti tutti avverso la medesima sentenza.

Per ciò che concerne, poi, la pronuncia di questo Giudice, essa ovviamente sarà limitata agli aspetti decisori della sentenza/ordinanza impugnata secondo le caratteristiche dei singoli atti di gravame.

2. Relativamente all'appello principale, dunque, la contestazione posta da Merrill Lynch International riguarda essenzialmente i profili di giurisdizione della Corte dei conti nella vicenda in esame.

In particolare, l'appellante contesta l'esistenza dei presupposti giuridico/fattuali per la proposizione di una azione erariale nei confronti della Banca sulla base di due

diverse argomentazioni: una prima, di carattere generale, relativa alle necessarie condizioni perché l'azione erariale possa essere esperita anche nei confronti di privati estranei alla pubblica amministrazione e che solo in via occasionale abbiano prestato servizi di consulenza nei confronti della stessa; una seconda, di carattere più specifico e puntuale, relativa alla verifica dell'aspetto se nella fattispecie la Banca abbia in concreto effettivamente prestato quella attività di assistenza/consulenza in forma organica al Comune di Firenze.

Quanto alla prima questione, l'appellante sostiene che taluna giurisprudenza avrebbe escluso che la sussistenza di un semplice rapporto negoziale di diritto privato esaurentesi in un contratto d'opera di natura consulenziale e privo della effettiva attribuzione al privato di ruoli e funzioni pubblicistiche finalizzati al perseguimento di interessi pubblici possa comportare l'attrazione del privato terzo nell'ambito di applicazione dell'azione di responsabilità erariale.

Relativamente alla seconda argomentazione, l'appellante sostiene come non sia certo la semplice esistenza in termini generici di un rapporto organico, ove uno ve ne sia stato, a radicare la esperibilità dell'azione erariale, occorrendo bensì l'esistenza di un rapporto riconducibile alle specifiche condotte dalle quali si ritiene che il danno sia stato originato. Inoltre, con riferimento specifico all'operazione di cui al Derivato A od alla sua ristrutturazione, il rapporto di consulenza non sarebbe mai esistito, neppure in via di fatto.

3. Nel merito della prima questione sollevata il Collegio osserva quanto segue.

In via preliminare, va ricordato che secondo la giurisprudenza della Corte regolatrice (Corte di Cassazione, sezione u civile, ordinanza 22 settembre 2014, n. 19891) il Regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, articolo 52, manifesta il trasparente intento di non limitare la categoria dei destinatari delle norme in materia di responsabilità amministrativa ai soli soggetti che abbiano instaurato con lo Stato o con altro ente pubblico un rapporto di impiego vero e proprio, dato che menziona, oltre agli impiegati, i funzionari e gli agenti, civili e militari, tout court, siano essi dipendenti ovvero comunque retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni pubbliche. In tale contesto la piu' qualificata giurisprudenza di legittimita', al fine di individuare l'ambito di estensione della giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dell'autore della condotta, pretesamente responsabile di danno erariale, si sono avvalse anzitutto del criterio cd. dell'appartenenza, andando a scrutinare se, in relazione alle connotazioni che, in concreto, ha assunto il singolo rapporto, il soggetto possa considerarsi parte integrante (e costitutiva) di una pubblica amministrazione. Ne è derivata l'elaborazione di una nozione di rapporto di servizio, come rapporto che è configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benchè estraneo all'ente, si trovi investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore dello stesso, venendo conseguentemente a inserirsi nella sua

organizzazione e ad assumere particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata indipendentemente dal ruolo in cui il soggetto che interloquisce con la P.A. viene a trovarsi. (Cass. SS.UU. 14 maggio 2014, n. 1229; Cass. SS.UU. 9 febbraio 2011, n. 3165; Cass. SS.UU. 3 luglio 2009, n. 15599; Cass. SS.UU. 9 settembre 2008, n. 22652).

Se poi si riguarda più da vicino il settore dell'intermediazione e della consulenza finanziaria che qui ci occupa, va sottolineato, agli stretti fini di poter definire il livello di "coinvolgimento" del consulente nei confronti dell'Ente pubblico, che l'art. 12 comma 1 reg. n. 17310/2010 (Delibera Consob n. 17130 del 12 gennaio 2010. *Adozione del regolamento recante norma di attuazione degli articoli 18-bis e 18-ter del D.lgs. 58/1998 in materia di consulenti finanziari*) richiama "diligenza", "correttezza" e "trasparenza", allo scopo di determinare quale debba essere il buon comportamento dei consulenti finanziari. Diligenza, correttezza e trasparenza sono menzionate espressamente nella disposizione-cardine in materia di norme di comportamento dei soggetti abilitati, ossia nell'art. 21 T.u.f., dove si afferma che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati" (art. 21 comma 1 lett. a T.u.f.).

Osserva il Collegio che in materie così tecniche come l'intermediazione finanziaria e la consulenza finanziaria non è possibile lasciare a mere clausole generali la funzione di determinare quali siano i "giusti" comportamenti degli operatori del settore. Ecco allora che intervengono normative, di rango sia legislativo sia regolamentare, a dettare norme più dettagliate.

Il regolamento sui consulenti finanziari si occupa di dazione d'informazioni agli investitori, prevedendo che i consulenti finanziari *"forniscono al cliente o potenziale cliente informazioni corrette, chiare, non fuorvianti e sufficientemente dettagliate affinché il cliente o potenziale cliente possa ragionevolmente comprendere la natura e le caratteristiche del servizio di consulenza in materia di investimenti e dello specifico strumento finanziario raccomandato e possa adottare decisioni di investimento informate"* (art. 12 comma 1 lett. a reg. n. 17130/2010). Il flusso informativo non va però solo dal consulente finanziario al cliente, ma anche in senso opposto, ossia dal cliente al consulente. In questo senso dispone la previsione secondo cui i consulenti finanziari *"acquisiscono dai clienti o potenziali clienti le informazioni necessarie al fine della loro classificazione come clienti o potenziali clienti al dettaglio o professionali ed al fine di raccomandare gli strumenti finanziari adatti al cliente o potenziale cliente"* (art. 12 comma 1 lett. b reg. n. 17130/2010).

E' di tutta evidenza, ed ai limitati fini dell'affermazione di giurisdizione di questa Corte, che quindi la tipicità delle azioni che l'advisor deve porre in essere è tale da

porre in risalto il suo inserimento nella organizzazione dell'Ente pubblico con l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali atti ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali.

Inoltre, e nella stessa ottica, va sottolineato che uno dei principali doveri che fanno capo ai consulenti finanziari è la c.d. "valutazione di adeguatezza". Il regolamento dispone difatti che i consulenti finanziari "valutano, sulla base delle informazioni acquisite dai clienti, la adeguatezza delle operazioni raccomandate" (art. 12 comma 1 lett. c, reg. n. 17130/2010). La valutazione di adeguatezza è oggetto di un'altra, apposita, disposizione del regolamento: "*sulla base delle informazioni ricevute dal cliente, e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio di consulenza in materia di investimenti, i consulenti finanziari valutano che la specifica operazione consigliata soddisfi i seguenti requisiti: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione*" (art. 19 comma 1 reg. n. 17130/2010). Non può negarsi, peraltro, che l'ingegneria finanziaria degli ultimi anni ha creato prodotti di una tale complessità da essere comprensibili solo agli addetti ai lavori. Rispetto a tali strumenti è lecito assumere che siano poche le persone in grado di apprezzarne tutti i rischi. Non è un caso che, in diversi procedimenti contenziosi cui si è assistito

negli ultimi anni, il giudice e le parti siano dovuti ricorrere all'aiuto di consulenti tecnici per comprendere le reali caratteristiche delle operazioni effettuate. Un'interpretazione stringente della disposizione in esame deporrebbe addirittura nel senso che i consulenti finanziari non possano consigliare prodotti complessi, salvo nei casi in cui abbiano a che fare con persone con reale "esperienza" e "conoscenza".

Appare dunque chiara la complessità del rapporto tra consulente e cliente nella materia de qua, rapporto che quindi non può essere ridotto certamente ad un mero contenuto informativo o genericamente consulenziale come forse l'appellante intende far credere.

Non a caso, la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione e di questa Corte dei conti citata e richiamata anche dal giudice di primo grado considera rilevante, ai fini della sussistenza del rapporto di servizio, anche l'attività meramente consultiva concorrente alla produzione dell'evento dannoso quando essa si appalesi essenziale per l'assunzione del provvedimento finale e, ancor più, quando, per l'autorevolezza del consulente e per il particolare rapporto anche di tipo fiduciario con l'ente, essa risulti decisiva ai fini del contenuto del provvedimento.

Pertanto, e conformemente agli insegnamenti della Suprema Corte di Cassazione, non può negarsi che quando la valutazione fornita dal soggetto assuma valore determinante nella formazione della volontà dell'ente si instauri un rapporto

funzionale diretto tra il consulente, in virtù della posizione assunta di sostanziale compartecipe del procedimento deliberativo ed esecutivo dell'effettuato acquisto, e l'ente medesimo. E ciò appare sufficiente ad incardinare la giurisdizione del Giudice contabile.

Se poi si ha riguardo alle singole caratteristiche della fattispecie in esame, il rapporto di servizio fra la Banca e l'ente pubblico e che legittima la giurisdizione del giudice contabile appare evidenziato da una serie di elementi inconfutabili.

Prescindendo da ogni valutazione di merito della vicenda di cui è causa, va ricordato che, in primo luogo, il rapporto con Merrill Lynch International nasce sulla base di una determina dirigenziale (numero 1146 del 31 gennaio 2001) volta a selezionare una o più operazioni tendenti a liberare risorse finanziarie utili a una migliore formulazione delle politiche di bilancio anche attraverso la rimodulazione dell'attuale struttura di indebitamento dell'ente. Tale selezione ha comportato la formulazione di una proposta di Merrill Lynch International in data 7 febbraio 2001 di ristrutturazione del debito attraverso gli obiettivi di allungamento della vita media del debito, di armonizzazione del profilo dei flussi di cassa futuri e di non alterazione dei rapporti contrattuali in essere con gli istituti finanziatori. In data 19 febbraio 2001 la Banca produceva una dettagliata proposta di rimodulazione del debito che, in base alla proposta, sarebbe avvenuta interamente per il tramite di uno swap tra il Comune di Firenze e la Banca medesima. Successivamente, in data 22 aprile 2001, a cura della signora Donati veniva presentato rapporto

sull'operazione swap in cui (pagina sette) viene chiaramente detto che il servizio investimenti del Comune sta continuando a lavorare "sull'ipotesi proposta dalla Banca".

Il 1 giugno 2001 Merrill Lynch International definisce in via definitiva la propria proposta di gestione del debito del Comune di Firenze, precisando che la strategia si sarebbe basata sul rifinanziamento tramite prestito obbligazionario di una parte del portafoglio dei debiti comunali ed una rimodulazione della quota restante dell'indebitamento (circa 680 miliardi di euro) attraverso un'operazione di swap vantaggiosa per l'ente. Tale proposta veniva ridefinita in taluni dettagli in data 19 giugno 2001.

Faceva seguito la richiamata deliberazione numero 626 del 26 giugno 2001. Con essa si provvedeva a formalizzare l'incarico a Merrill Lynch International di advisor/arranger relativamente alla gestione del debito del Comune di Firenze, incarico articolato in assistenza al Comune per quanto riguarda le procedure di emissione di prestiti obbligazionari finalizzati al rifinanziamento di quota parte del debito del Comune ed eventuale collocamento di tali prestiti nell'ambito del programma medio termine nonché assistenza al Comune sulla base di un costante monitoraggio del mercato finanziario volto ad individuare l'eventuale convenienza e ad effettuare ulteriori operazioni di rimodulazione della restante parte del debito.

La determinazione dirigenziale numero 12898 del 23 ottobre 2001 di sottoscrizione del contratto di swap menzionava altresì Merrill Lynch International nella sua veste di “Lead Manager” e “Bookrunner”.

Quanto precede, quindi, non può che portare all’affermazione di un rapporto fra Banca ed Ente pubblico caratterizzato da elementi che vanno ben oltre la mera consulenza e che integrano un vero e proprio rapporto di servizio (poco importa se di diritto o di fatto) destinato a dimostrare e giustificare in pieno la sussistenza della giurisdizione di questa Corte.

È ciò, si torna a ripetere, facendo in ogni caso salvo, ovviamente, ogni profilo valutativo in ordine all’effettiva causazione di un danno, aspetto questo rimesso alla successiva delibazione del giudice di merito.

4. Peraltro, e relativamente al secondo profilo sollevato da Merrill Lynch International in punto di giurisdizione, va rilevato che la Banca non nega di aver svolto un ruolo di advisor nei confronti del Comune di Firenze, affermando che tale attività avesse altro contenuto rispetto alle contestazioni formulate.

In disparte il fatto che una eccezione di tal genere potrebbe rilevare al massimo sotto il profilo della sussistenza del nesso di causalità ma non certo sotto l’evocato aspetto del difetto di giurisdizione, va ricordato in proposito, in ogni caso, che la delibera 626 del 26 giugno 2001 adottata dalla giunta comunale di Firenze attribuisce alla Banca, in occasione della stipula del derivato di cui è causa, l’incarico di advisor/arranger.

Sostiene l'appellante che a tale delibera non sarebbe stata data alcuna esecuzione, intesa per tale la mancata adozione di un contratto scritto di advisory e assume tale elemento per escludere che Merrill Lynch International abbia svolto un ruolo nell'ambito della stipula del contratto in strumento derivato.

Oltre quanto già osservato sulla portata dell'eccezione, non può sul punto non farsi riferimento alla documentazione in atti riversata dalla Guardia di Finanza dalla quale si evince come la Banca abbia interagito, come si è visto, in maniera significativa con il Comune di Firenze ai fini della conclusione del contratto qualificando essa stessa come advisor dell'ente.

Pertanto, e per quanto già evidenziato, ciò che occorre puntualizzare ed analizzare è il tipo di rapporto, comunque esistito anche in via di fatto, tra i due soggetti (advisor ed ente), concretatosi nella stipula del contratto al fine di verificare le reciproche condotte. Ma questo appartiene all'esame di merito. Per quanto riguarda il profilo di giurisdizione per tutti i motivi menzionati il relativo appello va respinto.

5. Passando agli appelli incidentali presentati dalle signore Francesca Cassandrini e Carla Donati, essi vertono entrambi sul lamentato parziale riconoscimento operato dal giudice di primo grado della prescrizione dell'azione erariale. L'appello Donati si sofferma poi anche sull'effetto novativo che la ristrutturazione del contratto avvenuta nel 2004 avrebbe avuto sul rapporto sottostante.

In proposito, occorre ricordare che il giudice territoriale aveva stabilito che, tenuto conto che la prescrizione decorre non dall'assunzione degli atti amministrativi (ovvero dalla sottoscrizione dello strumento derivato in argomento) ma dal momento in cui i singoli ratei sono stati pagati è da ritenersi prescritta la quota di danno verificatosi in epoca precedente al quinquennio antecedente alla notificazione del primo invito a dedurre pervenuto: alla Banca (7 marzo 2013), alla signora Donati (1 marzo 2013) ed alla signora Cassandrini (19 febbraio 2013).

Al riguardo, le appellanti hanno sostenuto che il danno configurabile nelle operazioni in derivati consisterebbe esclusivamente nel *mark to market*, che esprime il valore di mercato del derivato al momento della sottoscrizione. Pertanto essendo la sottoscrizione avvenuta il 23 ottobre 2001, il danno si sarebbe prodotto in quella data ed al momento della notifica dell'invito a dedurre il termine prescrizione sarebbe già maturato. Inoltre aggiungono che la sentenza sarebbe viziata dalla caratteristica delle operazioni in derivati che consistono, come è noto, nella stipula di contratti aleatori, mentre, come è altrettanto noto, il danno deve essere certo, attuale e concreto.

Il collegio, in proposito, non può esimersi dall'osservare che, in base a più che consolidata giurisprudenza di questa Corte dei conti, la locuzione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge numero 20/1994 "*Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso*" si interpreta nel senso che il fatto dannoso va identificato, salvo

circostanziate eccezioni, nel momento in cui l'erario subisce l'effettivo nocumento. Inoltre, la richiamata natura del contratto in strumenti derivati di cui è causa e cioè la sua aleatorietà fa sì che l'ipotesi dannosa possa essere rilevata e valutata solo al consolidamento degli oneri effettivi che il contratto pone in capo all'ente contraente e ciò non può accadere se non allo scadere degli effetti del contratto medesimo. Pertanto è di tutta evidenza che il dedotto motivo di appello non possa essere accolto.

Come non può essere accolto quanto sostenuto, anche con riferimento al decorso dei termini prescrizionali, dall'appello proposto dalla signora Donati e cioè che la ristrutturazione del rapporto contrattuale intervenuta nel 2004 abbia avuto sul rapporto medesimo un effetto novativo ai sensi dell'art. 1230 c.c. (*"l'obbligazione si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso. La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco"*).

Nel presupposto che la rimodulazione dell'originario contratto del 2001 si manifesta nella modifica parametrica dei criteri di riferimento originari e nella sua durata al fine di evitare o contenere perdite che si stavano producendo per il bilancio pubblico, consentendo una diversa gestione delle medesime nel nuovo strumento negoziale, non vi è chi non veda come nella fattispecie manchino del tutto i requisiti che la disciplina civilistica pone a base dell'istituto.

Se quindi si ha novazione quando si estingue un rapporto di obbligazione tra due parti (creditrice e debitrice) con conseguente nascita di un altro rapporto, che rispetto al precedente muta nel titolo o nell'oggetto e quando risultino espressamente alcuni elementi essenziali quali la volontà (tecnicamente animus novandi), l'indicazione del nuovo titolo e del nuovo oggetto (tecnicamente aliquid novi) e l'indicazione dell'obbligazione originale che si vuole mutare in quella nuova (tecnicamente obligatio novanda), nella fattispecie concreta di cui è causa non sembra poter rilevare il caso disciplinato dall'art. 1230 c.c.

Conclusivamente, quindi, impregiudicata ogni altra valutazione su elementi non dedotti in questa fase di giudizio, il Collegio respinge tutti gli appelli proposti. Rimette al definitivo la definizione della spese.

**P.Q.M.**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE PRIMA GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO**

definitivamente pronunciando,

**RESPINGE** gli appelli riuniti iscritti ai nn. 49012, 49409 e 49410 del registro di Segreteria, proposti rispettivamente, in via principale, da MERRILL LYNCH INTERNATIONAL, in persona del sig. Alexander Sacheverell Wilmot-Sitwell, e, in via incidentale, da Francesca CASSANDRINI e da Carla DONATI, avverso la sentenza/ordinanza della Sezione giurisdizionale Toscana n. 236/2014, depositata in Segreteria il 23 dicembre 2014.

Spese al definitivo

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 3 dicembre 2015

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Cons. Mauro OREFICE F.to Pres. Piera MAGGI

Depositata il 16/12/2015

Il Dirigente

F.to Massimo BIAGI