

Il Giudice .

dato atto della trattazione del ricorso all'udienza del 16/9/2011 e lette le memorie autorizzate depositate dalle parti,

osserva:

nel corso del giudizio intrapreso con atto di citazione notificato all'a Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. (di seguito: B.N.L.) il 27 marzo 2011 il Comune di Orvieto, con ricorso depositato il 1 settembre 2011, ha sollecitato la concessione di un provvedimento cautelare che disponga nei confronti della stessa banca l'immediata sospensione dell'efficacia/esecuzione/vigenza di sette contratti su prodotti finanziari derivati denominati *Interest Rate Swap* (di seguito: I.R.S.) conclusi tra l'ente territoriale e la Banca in varie date comprese tra il 14 maggio 2003 e il 15 dicembre 2006.

A sostegno dell'istanza cautelare il Comune ricorrente, richiamando le domande di merito formulate nel corso del giudizio - dirette alla declaratoria di nullità, sotto diversi profili, dei contratti - quadro, in subordine all'annullamento ed in ulteriore subordine alla loro risoluzione per inadempimento della controparte - ha dedotto che nella specie, atteso l'andamento dei contratti e gli esborsi via via affrontati a titolo di differenziali negativi, sarebbe configurabile il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile in quanto le somme che l'Ente dovrebbe versare in favore della Banca Nazionale del Lavoro alle successive scadenze semestrali in esecuzione dei contratti non gli consentirebbero di provvedere agli interessi connessi alla propria attività istituzionale.

Sulla scorta di uno studio affidato alla società Poleis l'importo del saldo flussi maturato il 30/6/2011, e relativo al primo semestre dell'anno in corso - non pagato previa delibera della Giunta, in attesa della decisione sull'istanza cautelare - ammontava ad € 314.867,81, mentre gli esborsi che il Comune sarebbe chiamato ad affrontare



complessivamente nel triennio 2011 – 2013, con riferimento ai tassi attesi dal mercato (c.d. tassi *forward*) ammonterebbero ad € 1.524.459,08.

Il pericolo, fra l'altro, sarebbe tanto più evidente tenuto conto della grave situazione debitoria nella quale il Comune di Orvieto attualmente versa.

Costituendosi nella fase cautelare la B.N.L., oltre a richiamare le argomentazioni già illustrate nella comparsa di costituzione depositata nel giudizio di merito, ha segnalato, quanto al requisito del pericolo, l'inesistenza di quest'ultimo, tenuto conto in primo luogo che la prospettiva di differenziali negativi nel prossimo futuro rappresenta una mera proiezione, variabile nel tempo, dell'importo che sarebbe dovuto dall'ente nel solo caso di estinzione anticipata delle operazioni (c.d. *mark to market*) non essendo invece possibile prevedere l'andamento del differenziale nel corso del tempo.

In ogni caso qualora le domande di nullità, annullamento o risoluzione proposte in via loro subordinata fossero accolte, certamente non sussisterebbe alcun pericolo per il Comune in relazione alla restituzione di tutti gli importi che risulterebbero conseguentemente dovuti da parte della stessa B.N.L.

La prima questione che deve essere affrontata, prima di procedere all'eventuale esame del cosiddetto *fumus boni iuris*, è quella concernente l'effettiva ravvisabilità, nella specie, di un pregiudizio imminente ed irreparabile che deriverebbe al Comune dalla prosecuzione dei contratti di cui è causa, in assenza del sollecitato provvedimento cautelare.

Se infatti non sembra contestabile l'imminenza del pregiudizio - attesa la scadenza semestrale prevista per il pagamento dei flussi differenziali e l'andamento dei tassi attesi sul mercato, in relazione al quale non vi è alcun elemento che renda probabile una inversione di tendenza - quanto al requisito della irreparabilità, da intendersi quale impossibilità di un successivo risarcimento per equivalente monetario, si deve rilevare

che va ammessa la possibilità di ravvisare questo carattere anche in relazione a situazioni giuridiche soggettive qualificabili quali diritti di credito.

Anche in materia di negoziazione di strumenti finanziari derivati la giurisprudenza di merito ha d'altro canto riconosciuto l'ammissibilità di un provvedimento cautelare atipico che disponga la sospensione dell'efficacia dei relativi rapporti contrattuali (cfr. Tribunale Catanzaro ord. 29/11/2010 e Tribunale Verona ord. 1/4/2008, entrambe edite sul sito "Il Caso").

Nella specie, tuttavia, la configurabilità di tale elemento presenta profili del tutto peculiari in conseguenza dei fini pubblici che il soggetto ricorrente è per sua natura destinato a perseguire.

Posto infatti che è quantomeno dubbia la possibilità di far derivare dalla sola natura pubblica del soggetto contraente la conseguenza del carattere irreparabile di un eventuale evento dannoso, risulta necessario verificare se un'eventuale sospensione concessa con il presente provvedimento consentirebbe effettivamente al Comune di disporre altrimenti delle somme temporaneamente non versate alla Banca Nazionale del Lavoro e quindi di perseguire i fini pubblici il conseguimento dei quali sarebbe invece ostacolato qualora, in attesa di ottenere la restituzione di tutto quanto dovrebbe essere pagato nel prossimo futuro, l'ente territoriale fosse impossibilitato ad affrontare gli esborsi necessari per il conseguimento di tali fini.

L'utilizzabilità, come sopra richiamata, delle somme non versate, per far fronte ad altre esigenze pubbliche, deve essere evidentemente intesa in senso largo, comprensiva anche di destinazioni temporanee ed urgenti, che non sarebbe altrimenti possibile assicurare con le restanti disponibilità finanziarie dell'Ente territoriale.

Orbene una tale utilizzazione risulta possibile ai sensi dell'art. 195 del TUEL (D.L.vo 267/2000) disposizione che appare consentire la destinazione delle somme non versate *in termini di cassa*, sia pure prevedendo limiti quantitativi e l'adozione di uno specifico

procedimento, di guisa che le somme che, in conseguenza dell'auspicato provvedimento cautelare, il Comune non sarebbe obbligato a versare alla B.N.L. alle prossime scadenze semestrali, potrebbero essere legittimamente destinate, previo un adeguato accantonamento, a far fronte ai pagamenti di soggetti creditori in relazione a prestazioni fornite al Comune, corrispondenti a servizi da quest'ultimo erogati alla cittadinanza.

Sotto questo profilo, quindi, deve ritenersi sussistente l'elemento del pregiudizio irreparabile, essendo pacifica l'odierna sostanziale impossibilità per il Comune di Orvieto di far fronte contemporaneamente alle une ed alle altre obbligazioni finanziarie.

Quanto alla fondatezza delle domande – che evidentemente può essere valutata solo alla luce degli elementi disponibili nella presente fase cautelare – va rilevato che uno dei profili adottati dal Comune a sostegno della nullità dei sette contratti concerne le conseguenze della dedotta impossibilità di essere considerato operatore qualificato ai sensi degli artt. 30 del Regolamento Consob Intermediari 11522 – all'epoca vigente – nonostante la dichiarazione contenuta nella clausola n. 16) dei contratti di negoziazione per “operazioni su strumenti finanziari derivati Interest Rate Swap”.

Una tale dichiarazione, secondo la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione alla quale si aderisce pienamente, non ha un valore decisivo, ma attribuisce al soggetto che l'abbia resa e successivamente ne contesti la fondatezza in sede giudiziale, l'onere di dedurre in proposito specifiche circostanze che dimostrino l'insussistenza del requisito e, al contempo, la conoscenza o la agevole conoscibilità da parte dell'altro contraente della non veridicità di quanto dichiarato (cfr. Cass. 12138/2009).

Se quindi è vero che, in linea di massima, non sussiste in capo all'intermediario l'obbligo di verificare l'effettiva fondatezza di una dichiarazione di “operatore qualificato” proveniente dall'investitore, deve anche essere affermato il suo dovere di non applicare la normativa in materia di operatori qualificati qualora le specifiche circostanze dimostrino la non veridicità della dichiarazione.

Orbene nella specie sembra evidente che il Comune di Orvieto e le persone che per suo conto ed in sua rappresentanza avevano concluso i sette contratti erano prive di tale requisito, scarsamente compatibile con le piccole dimensioni dell'Ente ed in assenza di precedenti esperienze in qualche modo analoghe all'acquisto di complessi strumenti derivati, non potendo certo essere in proposito apprezzati i precedenti accordi conclusi negli anni immediatamente precedenti, sostituiti a decorrere dal maggio 2003 dagli strumenti finanziari oggetto del presente giudizio, né tale situazione poteva essere ignorata dalla banca intermediaria.

Come è stato incisivamente rilevato in una recente pronunzia di merito, *l'eventualità che l'operatore abbia stipulato già in altre occasioni altri contratti di I.R.S. sempre in assenza di precisi e concreti riscontri circa la sua qualifica professionale non ne fa certo un operatore qualificato, bensì semmai in assenza di prova contraria ne fa un soggetto più volte inconsapevolmente colpito dall'imprevedibile meccanismo di aumento del debito legato agli swap*" (in questi termini Tribunale di Vicenza 29/1/2009 in Il Caso, doc. 1648/2009).

D'altra parte una tale conclusione sembra confermata dalle stesse valutazioni compiute dalla banca allorquando, in seguito alla sostituzione dell'originario Regolamento Consob Intermediari 11522/1998 con quello 16190/2007, in attuazione della c.d. Direttiva MIFID, B.N.L ha curato la compilazione, da parte dei funzionari del Comune di Orvieto, di un questionario, dal quale non solo è emerso che il Comune doveva essere qualificato come "cliente al dettaglio" e non "cliente professionale" – ripartizione che aveva sostituito quella precedente di "operatore qualificato/non qualificato" – ma ha indotto la stessa BNL s.p.a. a riconoscere, facendo sottoscrivere la relativa attestazione al funzionario del Comune, *che il profilo funzionale assegnato [mi] non è coerente con gli strumenti finanziari [da me] già detenuti presso la banca* (cfr. ultima appostazione a pag. 2 del questionario, allegato con il n. 21 al fascicolo del procedimento cautelare).

La qualifica del cliente e la valutazione di “incoerenza”, vale a dire inadeguatezza, rispetto agli strumenti finanziari acquistati, evidentemente non è spiegabile con una sorta di regressione nel tempo del patrimonio di conoscenze ed esperienze del Comune, ma piuttosto come il risultato di una affidabile valutazione delle caratteristiche del cliente che, imposta dalla nuova normativa, avrebbe comunque potuto e dovuto essere effettuata anche sulla scorta di quella precedente, e avrebbe comportato l’applicazione, al momento della stipula dei contratti di negoziazione, della normativa in materia di clienti inquadrabili nella categoria degli operatori “non qualificati”.

Dalla riconosciuta applicabilità della normativa generale deriva che, essendo stati i contratti-quadro conclusi fuori della sede della società intermediaria, agli stessi è applicabile la disposizione di cui all’art. 30 comma 7 TUF, che prevede la loro nullità qualora non contengano l’indicazione della facoltà di recesso.

Una tale conseguenza, generalmente affermata dalla giurisprudenza di merito per gli acquisti di strumenti derivati da parte di soggetti privati (tra le pronunzie cfr. Appello Trento/5/3/2009 in IL Caso, doc. 1638/2009) è stata di recente ravvisata anche nel caso di acquisti da parte di Comuni (cfr. la sentenza n.1523 pronunciata dal Tribunale di Rimini in data 13/7/2010, allegata con il n. 15 al fascicolo della ricorrente).

Valutazione questa che, nei limiti intrinseci alla presente fase cautelare, può ritenersi condivisibile sia perché l’ordinamento non prevede alcuna specifica deroga alla disposizione connessa alla natura (persona fisica o ente collettivo, pubblico o privato) del cliente, sia tenuto conto della *ratio* della norma, tesa a tutelare, mediante l’obbligatorio inserimento della clausola di recesso, la parte che, indipendentemente dalla sua natura e struttura, non abbia una esperienza nel settore dei prodotti finanziari tale da rendere irragionevole (e quindi non degno di tutela) un suo ripensamento.

La verosimile fondatezza, alla stregua degli elementi processuali allo stato acquisiti, di uno dei profili della proposta domanda di nullità dei contratti-quadro di negoziazione e delle conseguenti operazioni di acquisto, esime dalla valutazione delle altre domande.

P.Q.M.

Visto l'art. 700 c.p.c.

in accoglimento dell'istanza cautelare proposta dal Comune di Orvieto nei confronti della B.N.L s.p.a.

sospende

sino alla definizione del giudizio di merito pendente tra le parti gli effetti dei contratti di negoziazione di strumenti finanziari derivati IRS stipulati dal Comune di Orvieto con la BNL come descritti alle pag. 2 e 3 del ricorso depositato l'1/9/2011, nonché delle operazioni di acquisto concluse in esecuzione di tali contratti.

Si comunichi.

Orvieto, 21/10/2011

Il Giudice

DEPOSITATO IL 21.10.2011
IL CANCELIERE
(Franconero Lucia)