

TRIBUNALE DI TERNI

in funzione di giudice del riesame

Il Tribunale, sezione penale, riunito in Camera di Consiglio, composto dai Magistrati :

Dr. Massimo Zanetti	Presidente
Dr. Angelo Matteo Socci	Giudice
Dr. Simona Tordelli	Giudice est.

nel procedimento, ex art. 324 c.p.p., promosso nell'interesse della Banca S.p.A. difesa dall'Avv.to ;
all'esito dell'udienza camerale del 7.2.2012 e sciogliendo la riserva, ha emesso la seguente

ORDINANZA

In data 21.1.2012 il GIP presso il Tribunale di Orvieto, esaminata la richiesta del P.M., emetteva decreto di sequestro preventivo della somma di euro 361.750,00 nella disponibilità della Banca S.p.A. indagata per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5, 21 e 24 D.L.vo 231/01 in relazione all'art. 640 II comma c.p..

La vicenda trae origine dalla sottoscrizione da parte del Comune di con la B di numerosi contratti di finanza derivata, nell'arco temporale 2001-2006, molti dei quali sarebbero stati stipulati previa induzione in errore l'amministrazione comunale ad opera del funzionario B , , cosicché l'istituto di credito avrebbe percepito un ingiusto profitto pari complessivamente ad euro 361.750,00.

In particolare l'attenzione degli inquirenti si concentrava su due contratti di finanza derivata; il primo sottoscritto in data 14.3.2006 da cui la Banca avrebbe percepito un profitto "ingiusto" pari ad euro 280.141,00 (peraltro importo specificamente contestato dalla difesa) con conseguente corrispondente "danno" per il Comune di e un altro sottoscritto in data 15.12.2006 nel quale la Banca avrebbe percepito un utile pari a 81.609,00 euro.

Nel provvedimento impugnato si asseriva che il funzionario di Banca avrebbe mendacemente prospettato la vantaggiosità dell'operazione; segnatamente ai pubblici amministratori fu prospettata la possibilità di operare una rinegoziazione del proprio debito con la immediata conseguenza di incassare denaro liquido, senza fornire affatto concrete ed esauritive indicazioni sull'elevato rischio di tali operazioni, anzi addirittura prospettando "falsamente" che gli stessi contratti valessero come "copertura" contro i rischi di oscillazione dei tassi mentre in realtà si trattava di una speculazione bancaria.

L'"Up Front" (ovvero la somma di denaro che una parte versa all'altra in condizioni più svantaggiate) sarebbe stato corrisposto alla Pubblica Amministrazione sotto la veste di "anticipazione del credito", occultando la reale natura dello stesso, ovvero di elemento riequilibratore del contratto, (atteso che è principio generale quello per cui il derivato, al momento iniziale, dovrebbe avere valore zero per entrambe le parti) dovuto a fronte della necessità appunto di riequilibrare la posizione del cliente maggiormente svantaggiata; la comprensione di questo meccanismo avrebbe evitato, secondo la prospettazione accusatoria, la stipula di tali contratti e la rinegoziazione degli stessi a condizioni sempre più svantaggiose.

In conclusione, il Gip evidenziava che vi era stata una mendace informazione sulla rischiosità delle operazioni concluse, in conclamata violazione del generale principio di buona fede negoziale prima che degli specifici obblighi previsti dalla legge SIM; conseguentemente se il Comune fosse stato informato adeguatamente del rapporto rischio-rendimento sotteso alle predette operazioni finanziarie mai avrebbe concluso tali operazioni.

A supporto di tale ipotesi investigativa, veniva menzionata la sentenza della Suprema Corte (sez. II sent. del 15.10.2009 n.43347) secondo la quale *" integra il reato di truffa contrattuale la condotta del funzionario di banca il quale, minimizzando i rischi e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione finanziaria proposta al cliente (nella specie vendita di prodotti finanziari atipici i c.d. swaps) consapevolmente tragga vantaggio, per conto dell'istituto medesimo, ai fini della vendita medesima, dalla inesperienza e dalla ignoranza in materia del compratore"*.

Nella fattispecie in esame risultavano presenti tutti gli elementi indicati dalla Corte; in particolare si asseriva che nessuno dei funzionari del comune era esperto o a conoscenza del settore dei derivati, la banca non aveva avvertito

della rischiosità delle operazioni, trovandosi, altresì, in conflitto di interessi atteso che, dalle operazioni suddette, giammai sarebbero derivate perdite per la stessa ma solo guadagni con perdite per il comune.

Premesso ciò e ravvisato sia il *fumus* che il *periculum*, veniva disposto il sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 53 D.L.vo 231/01, di beni, titoli e denaro per un importo corrispondente all'asserito danno pari a euro 361.750,00.

Avverso il decreto emesso dal GIP, tempestivamente eseguito a cura del Nucleo Polizia Tributaria di Terni in data 23 gennaio 2012, veniva presentata richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p. dal difensore di fiducia della B spa per i motivi dettagliatamente indicati nell'istanza e illustrati nel corso della udienza camerale.

Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e che, pertanto, debba essere annullato il decreto di sequestro preventivo impugnato.

Deve, preliminarmente, osservarsi come sia pacifico che al Tribunale del Riesame spetti non già un controllo puramente "estrinseco" e "cartolare" dei presupposti di adozione della misura, quanto una verifica della sussistenza del *fumus* in concreto del reato prospettato dall'accusa oltretutto del nesso di pertinenzialità tra l'oggetto del sequestro e il reato ipotizzato.

Premesso ciò, deve osservarsi come la Suprema Corte, con sentenza del 16.2.2011 n.2254, abbia esaminato una vicenda del tutto analoga alla presente ovvero un sequestro preventivo, emesso a norma dell'art. 53 D.L.vo 231/01, di somme di denaro giacenti presso la B SpA, ritenute asseritamente essere il provento percepito fraudolentemente da operazioni finanziarie mediante derivati finalizzate al risanamento dell'indebitamento di taluni comuni e contratte dai comuni medesimi.

Orbene la Corte condivideva l'assunto dei Giudici del riesame che, nell'annullare il decreto di sequestro preventivo, avevano evidenziato la sostanziale convenienza dell'operazione finanziaria realizzata dai Comuni interessati atteso che gli stessi non soltanto avevano ottenuto l'immediata corresponsione di una somma quale Up Front ma avevano convenuto un piano di ristrutturazione del debito sviluppato in termini più che ragionati da parte della Pubblica Amministrazione.

D'altra parte per accertare se una determinata operazione finanziaria rappresenti o meno un vantaggio o un danno per l'ente contraente occorre

procedere ad una disamina *a posteriori* allorchè cioè il contratto abbia raggiunto la sua naturale scadenza atteso che, prima di tale momento, sono previsti meccanismi di aggiustamento destinati proprio ad operare un bilanciamento tra le posizioni dei contraenti.

D'altra parte non può dubitarsi della legittimità dell'operazione nel suo complesso atteso che i contratti stipulati a fronte di operazioni su strumenti finanziari derivati (c.d. *Interest Rate Swap*) sono stati espressamente riconosciuti e disciplinati dalla legge (art.41 L.448/01) come possibili mezzi di gestione del debito pubblico cui dunque gli Enti Pubblici sono stati autorizzati a ricorrere per sanare debiti preesistenti .

In modo più specifico, deve osservarsi come, nella vicenda in esame, il GIP ha inteso condividere le conclusioni formulate dalla società (, consulente del P.M., la quale ha proceduto alla elaborazione di una analisi economica dell'operazione complessivamente posta in essere tra la B e il Comune di , applicando uno schema astratto di matematica finanziaria e, in base ad esso, sviluppando un documento programmatico volto a delineare il possibile andamento che dai contratti stipulati ci si poteva attendere sulla base delle variabili cui i contraenti avevano ancorato i reciproci rapporti.

Tuttavia, appare inesatta la prospettiva di valutazione del C.T. del P.M., recepita dal GIP nel provvedimento impugnato, la quale, registrando l'andamento dei contratti in un momento molto anticipato rispetto alla naturale scadenza (2030 l'uno e 2031 l'altro), formula una valutazione aprioristica in termini probabilistici, mentre maggiormente attendibile sarebbe una analisi ex post del reale andamento del contratto, ove portato alla naturale scadenza, al fine di stabilire se dallo stesso possa essere ricavato un vantaggio o uno svantaggio per l'Ente contraente.

Peraltro, la lettura dei contratti stipulati tra la B e il Comune di consente agevolmente di inquadrarli come contratti standard IRS in cui il tasso variabile del debito del Comune viene coperto all'interno di un determinato intervallo (come nel contratto del 14.3.2006) ovvero sostituito con un tasso tendenzialmente fisso (contratto del 15.12.2006) con riduzione in entrambi i casi proprio del rischio di oscillazione dei tassi.

Appare francamente arduo sostenere che tali operazioni possano avere natura puramente speculativa mentre appaiono, al contrario, come " copertura" rispetto a debiti preesistenti della Pubblica Amministrazione.

E' ovvio che, a fronte di ciò, la Banca deve poter percepire un utile destinato a coprire i costi dell'operazione e a remunerare i rischi assunti, come usualmente avviene in tutte le operazioni finanziarie.

Al cliente viene, pertanto, imposto un livello di tasso comprensivo del margine di utile destinato alla Banca senza che al cliente stesso siano state imposte spese ulteriori rispetto a quanto chiaramente esplicitato nei contratti.

Né può sostenersi che asseriti costi impliciti a carico del cliente (*rectius* del Comune) siano ravvisabili, come pur si afferma nel provvedimento impugnato, nel valore negativo da mark to market al momento della sottoscrizione dei contratti: come correttamente osservato dalla difesa, questo dato non esprime un valore reale ma di mera proiezione in termini di attualizzazione dei costi sostenuti dall'istituto di credito per l'operazione di finanza derivata intrapresa ed a questo dovuti esclusivamente nel caso in cui il rapporto venga interrotto prima della sua naturale scadenza; al pari di una clausola penale, tale importo si presenta come un costo ulteriore ed eventuale (senza per questo essere occulto), connesso all'esercizio della facoltà di anticipata risoluzione del contratto che, come tale, non potrà mai avere un valore positivo durante il periodo di vigenza del contratto stesso; altrimenti, in caso di risoluzione anticipata gratuita, rimarrebbero a carico della banca sia i costi d'impresa che l'importo dell'*up front* eventualmente erogato cosicché operazioni del genere sarebbero certamente svantaggiose per la banca che mai addiverrebbe alla loro stipula.

In ultimo, deve solo accennarsi alla consulenza espletata dalla difesa dalla quale si evince come i due contratti di finanza derivata stipulati dal comune di Orvieto rappresentino un'operazione "efficiente" dal punto di vista economico e "giustificata" in termini di minor uscita di cassa a favore dell'ente .

In definitiva, in assenza del *fumus commissi delicti* nonché del rapporto di pertinenzialità tra la somma sequestrata e il reato ipotizzato - tenuto conto del fatto che il valore del presunto danno arrecato al Comune e del correlativo ingiusto profitto della Banca sottoposto a sequestro non corrisponde ad alcuna effettiva uscita di cassa da parte del Comune né ad alcuna somma effettivamente percepita dalla B , ma costituiscono - come già diffusamente detto - importi determinati dal consulente del P.M. in modo virtuale sulla base di conteggi matematici astratti - l'impugnato provvedimento deve essere annullato con restituzione all'avente diritto di quanto in sequestro

P.Q.M.

Visti gli artt. 309 – 321 c.p.p.

In accoglimento della richiesta di riesame

ANNULLA

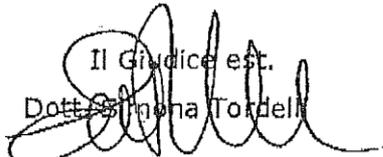
il decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP del Tribunale di Orvieto in data 21.1.2012 e, per l'effetto, dispone la restituzione all'avente diritto di quanto sottoposto a sequestro.

Manda al P.M. competente per l'esecuzione.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di rito.

Terni, li 7.2.2012

Il Giudice est.
Dott. Stefania Tordella



Il Presidente
Dott. Massimo Zanetti



TRIBUNALE DI TERNI
CANCELLERIA PENALE DISATTAMENTO
Depositato in cancelleria il
08/2/2012
IL CANCELLIERE

