REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bari, quarta Sez. Civile, in composizione monocratica in persona del Giudice Rosanna ANGARANO ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.14424/2014 R.G. affari contenziosi

TRA

COMUNE DI TURI rappresentato e difeso dall'Avv. ANGIULI GIUSEPPE ed elettivamente domiciliato in MONOPOLI presso lo studio del medesimo

Attore

E

INTESA SANPAOLO SPA rappresentata e difesa dall'AVV. [redacted] ed elettivamente domiciliata in BARI presso lo studio del medesimo

Convenuto

Alla udienza del 15 maggio 2018 la causa veniva riservata per la decisione sulle conclusioni rassegnate dalle parti come da verbale di udienza allegato in copia

Oggetto:Intermediazione mobiliare(fondi di invest., gestione risparmio, etc)

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c04949f40

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione notificato a mezzo del servizio postale con raccomandata spedita il 17 settembre 2014 il Comune di Turi conveniva in giudizio la Intesa San Paolo spa, rassegnando le seguenti testuali conclusioni: 1. in via principale, accertare e dichiarare la inesistenza e/o la nullità e/o l'inefficacia del contratto-quadro per operazioni finanziarie e dei suoi allegati, per violazione degli obblighi di forma e di contenuto (artt. 23, 30, TUF) e, conseguentemente, pronunciare la inesistenza e/o nullità e/o inefficacia del contratto in derivati *interest rate swap* stipulato tra le parti il 20.7.2005; 2. sempre in via principale, accertata la violazione delle norme sul procedimento amministrativo previste dal Testo Unico Enti Locali di cui si è detto al punto *sub* D) dell'atto di citazione, pronunciare la nullità e/o l'annullamento e/o inefficacia del contratto in derivati *interest rate swap* stipulato tra le parti il 20.7.2005; 3. sempre in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto in derivati *interest rate swap* stipulato il 20.7.2005 per difetto (o illiceità) della causa ovvero per violazione delle norme imperative in tema di finanza degli enti territoriali ovvero per la sua aleatorietà unilaterale e non meritevolezza di tutela (art. 1322, comma 2, cod. civ.); 4. in via subordinata, pronunciare l'annullamento del contratto derivato *interest rate swap* concluso in data 20.7.2005 per l'errore e/o il dolo di cui è stato vittima il Comune di Turi ovvero quanto meno condannare la banca convenuta al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1440 cod. civ.; 5. in via ulteriormente gradata, previo accertamento della invalidità e/o inefficacia della dichiarazione *ex* articolo 31 reg. Consob n. 11522 del 1998, pronunciare la risoluzione del contratto-quadro e/o del contratto derivato *interest rate swap* stipulato in data 20.7.2005 per il grave inadempimento della banca agli obblighi di comportamento gravanti sugli

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

intermediari qualificati (art. 21 TUF, artt. 27 e segg., reg. Consob cit.) o comunque accertare e dichiarare la sua responsabilità contrattuale da inadempimento per la violazione dei medesimi obblighi ovvero la sua responsabilità pre-contrattuale; 6. in conseguenza dell'accoglimento di una qualsiasi delle domande *sub* 1), 2), 3), 4), 5), condannare la banca convenuta, in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, a rifondere il Comune di Turi a titolo risarcitorio (art. 1440, 1453 cod. civ.) ovvero restitutorio (art. 2033 cod. civ.) di tutti costi impliciti/occulti (come accertati dalla c.t.u.) generati dal prodotto *swap* e di tutte le somme da essa incamerate a titolo di flussi differenziali negativi addebitati nel corso del rapporto contrattuale, compresi quelli addebitati in corso di causa e fino alla effettiva vigenza del contratto; 7. in ogni caso, condannare la banca convenuta, in persona del suo l.r. *pro tempore*, a corrispondere al Comune di Turi, in aggiunta alle somme di cui al punto *sub* 6), gli interessi legali maturati a far data dall'incameramento dei costi impliciti e dall'addebito di ogni differenziale negativo generato dallo *swap* e di quelli ulteriori maturandi fino all'effettivo rimborso nonché quanto dovuto a titolo di maggior danno *ex* art. 1224, comma 2, cod. civ., da computarsi secondo gli indici ISTAT di svalutazione monetaria ovvero quale differenza tra il rendimento medio netto annuo dei titoli di stato italiani di durata annuale e gli interessi legali, il tutto a maturarsi fino alla pubblicazione dell'emananda sentenza; 8. in ogni caso, accertare e dichiarare che nulla è dovuto dal Comune di Turi a favore della banca a titolo di costo di uscita (*pricing* o *mark to market*) connesso alla disponenda estinzione anticipata del contratto *interest rate swap* stipulato in data 20.7.2005; 9. In ogni caso condannare l'istituto convenuto al risarcimento di tutti gli ulteriori danni (sia patrimoniali che non

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

patrimoniali) subiti e subendi dal Comune di Turi, da liquidarsi al termine del giudizio secondo quell'importo che sarà ritenuto di giustizia ed equità ex art. 1226 cc; 10. in estremo subordine, nella denegata (e non creduta) ipotesi in cui non sia dichiarato nullo nè annullato nè risolto il contratto né sia accertata la responsabilità (pre)-contrattuale della banca, accertare comunque la natura di indebito oggettivo *ex* art. 2033 cod. civ. per i costi impliciti/occulti incamerati dalla banca all'inizio dell'operazione (corrispondenti al valore iniziale negativo del *mark-to-market* dello *swap*) e pertanto condannarla a versare al Comune di Turi la somma di € 116.793,32 ovvero la diversa somma accertata dal c.t.u. ovvero ancora quell'altra somma, maggiore o minore, che sia ritenuta di giustizia con l'aggiunta degli interessi legali e del maggior danno maturati dal giorno dell'incameramento e fino all'effettivo soddisfo. Con vittoria di spese e competenze tutte di causa. A fondamento della domanda esponeva in fatto che nel 2005, all'atto di procedere alla generale ristrutturazione della sua complessiva esposizione debitoria pendente con Cassa Depositi e Prestiti, si era fatto affiancare da Banca OPI nel ruolo di *advisor* e che quello stesso istituto, in tale veste, aveva suggerito al Comune di emettere un prestito obbligazionario a tasso variabile dell'entità di circa 7 milioni di euro, con contestuale acquisto di uno strumento derivato *interest rate swap* del tipo *collar* al fine di garantirsi dai rischi sull'oscillazione dei tassi d'interesse; che la perdita complessiva a titolo di flussi differenziali negativi generati dal derivato ammontava, sino alla data del 27 marzo 2013 ad € 311.726/23, cui doveva aggiungersi l'importo delle commissioni implicite per e 116.793/00; ; che la estinzione anticipata del rapporto avrebbe comportato un ulteriore esborso di € 439.293 a titolo di pricing. Deduceva per l'effetto la inesistenza e/o nullità del contratto-quadro per carenze formali e

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c04949f40

violazione dell'art. 23; la inefficacia della autocertificazione di "operatore qualificato" rilasciata dal dirigente comunale responsabile del settore finanziario del comune; la nullità del contratto quadro per violazione dell'art. 30 tuf ; la violazione delle norme del Testo Unico sugli Enti Locali e la nullità, annullabilità o inefficacia del contratto per vizi di regolarità nella formazione del consenso del Comune; la nullità del contratto pe rmancanz ao illiceità della causa, stante la ssenza di funzione di copertura del rischio; la annullabilità del contratto per errore essenziale e dolo; la responsabilità della banca per violazione degli obblighi di comportamento; la natura indebita dei costi impliciti.

Con comparsa depositata il 31 dicembre 2014 si costituiva la banca convenuta chiedendo il rigetto della domanda, con vittoria di spese.

La causa veniva istruita a mezzo ctu e alla udienza del 15 maggio 2018 veniva riservata per la decisione sulle conclusioni ivi rassegnate dalle parti.

La domanda di nullità del contratto quadro per difetto di forma scritta ad substantiam e del conseguente contratto in derivati è fondata.

Con "determinazione n. 479 del 22 luglio 2005" il capo del settore economico finanziario del Comune di Turi, dato atto della delibera consiliare con cui, per limitare i rischi di un prestito obbligazionario già contratto per € 7.045.000/00, era stato autorizzato all'acquisto di prodotti di derivati finalizzati alla riduzione del rischio, in conformità a quanto consentito dall'art. 41 l. n. 448/2001, determinava di procedere al perfezionamento con la banca Opi spa (poi Intesa San Paolo spa) che aveva formulato "un'ipotesi di Interest rate swap" idonea alle citate esigenze di copertura, alle condizioni riportate nella proposta di cui all'All. A alla delibera; di dare atto che il detto capo settore era "autorizzato a perfezionare, mediante

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

sottoscrizione dei relativi atti con Banca Opi spa l'operazione", di approvare 1) "lo schema di accordo quadro per le operazioni finanziarie" di cui all'All. B alla delibera 2) il Documento sui rischi generali e la dichiarazione di operatore qualificato di cui agli allegati C e D; 3) le condizioni definitive dell'operazione di cui all'All. E.

Ciò posto, lo schema di contratto quadro allegato alla detta delibera non contiene, pacificamente alcuna sottoscrizione riconducibile al Comune di Turi. La Banca convenuta, a propria volta, non ha depositato copia del contratto quadro sottoscritto dal Comune.

Secondo l'assunto della convenuta, nonostante la mancanza agli atti della copia del contratto quadro sottoscritto, la forma scritta sarebbe rispettata in ragione I) della determina dirigenziale n.45 del 20.07.2005, firmata dal Capo Settore Economico Finanziario del Comune di Turi, contenente l'esplicita approvazione dello schema di accordo quadro allegato alla medesima determina sotto la lettera B; II) della lettera la lettera inviata dal Comune alla Banca Opi in data 01.08.2005 (prot. 9115), con la quale il Comune trasmetteva: la determina n.479 del 22.07.2005 con relativi allegati nonché il contratto quadro per le operazioni finanziarie – Disposizioni generali timbrato e vidimato su ciascuna pagina.

Entrambi gli argomenti non sono condivisibili.

L'atto con cui le Amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre è atto endoprocedimentale, inidoneo a fondare in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato, il cui scopo è rintracciabile nella corretta assunzione di impegni di spesa nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esaurendo gli effetti nell'ambito interno dell'Amministrazione stessa.

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

Nello stesso senso è anche la consolidata giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Lecce n. 2026/2014 e Tar Napoli 1160/2012). Sebbene la volontà della Pubblica Amministrazione di selezionare il miglior contraente in relazione ad una procedura ad evidenza pubblica debba manifestarsi attraverso la delibera a contrarre, quest'ultimo resta atto interno, in alcun modo equiparabile ad una dichiarazione negoziale recettizia. In altri termini la determina – avente per altro testualmente ad oggetto una successiva stipula – non può qualificarsi come manifestazione di consenso costitutiva del contratto. L'atto interno dell'Ente e l'accordo quadro sottoscritto dalla sola banca, prima ancora del rilievo di mancanza della forma, non integrano la fattispecie dell'accordo come definitiva manifestazione del consenso. La delibera interna è necessaria per integrare la legittimazione dell'organo ma non integra la formazione del contratto.

Tale assunto, per altro, è conforme alla giurisprudenza della Cassazione, che stante, in tema di contratti degli enti pubblici, il requisito della forma scritta imposto a pena di nullità, ha precisato che la volontà dei predetti dev'essere desunta esclusivamente dal contenuto dell'atto, giungendo persino ad escludere la possibilità di fare ricorso alle deliberazioni persino con valore interpretativo o ricognitivo delle clausole negoziali. (Cass. n. 11190/2018). Per altro, per giurisprudenza costante i contratti con la P.A. devono essere redatti, a pena di nullità, in forma scritta e - salva la deroga prevista dall'art. 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 per i contratti con le ditte commerciali, che possono essere conclusi a distanza, a mezzo di corrispondenza "secondo l'uso del commercio" - con la sottoscrizione, ad opera dell'organo rappresentativo esterno dell'ente, in quanto munito dei poteri necessari per vincolare l'amministrazione, e della controparte, di un unico documento, in cui siano

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494 9f40

specificamente indicate le clausole disciplinanti il rapporto. Tali regole formali sono funzionali all'attuazione del principio costituzionale di buona amministrazione in quanto agevolano l'esercizio dei controlli e rispondono all'esigenza di tutela delle risorse degli enti pubblici contro il pericolo di impegni finanziari assunti senza l'adeguata copertura e senza la valutazione dell'entità delle obbligazioni da adempiere. Resta, pertanto, esclusa la possibilità di unificare le fase deliberativa interna con la manifestazione di volontà negoziale, in quanto le medesime hanno finalità, funzioni e soprattutto disciplina diverse, anche, come chiarito dalla Cassazione quando la delibera che manifesti la volontà dell'amministrazione di contrarre sia sottoscritta dallo stesso oggetto (in quel caso il Sindaco, mentre nel presente il capo del settore), chiamato dall'ordinamento a concludere il negozio di essa esecutivo; nonché quello di ravvisare l'accordo delle parti richiesto dal n. 1 del citato art. 1325 cc in una abnorme accettazione (espressa o tacita) da parte del privato della delibera stessa, costituente atto interno del comune, destinata dalla legge ad altra finalità, e dall'ente revocabile ad nutum, pur quando essa predisponga lo specifico contenuto del (futuro) contratto (da ultimo Cass. n. 6555/2014).

Quanto alla lettera del 04 agosto con cui il medesimo responsabile di spesa scriveva alla banca dichiarando di trasmettere anche il contratto quadro "timbrato e vidimato" non può che osservarsi che detto contratto, timbrato e vidimato non risulta agli atti del giudizio. Va rammentato, inoltre, che quando, per l'esistenza di un determinato contratto, la legge richieda, a pena di nullità, la forma scritta, alla mancata produzione in giudizio del relativo documento non può supplire il deposito di diversa scrittura nemmeno se da essa risulti che quella stipulazione fu fatta per iscritto (Crf. Cass. n. 4431/2017 che h ritenuto insufficiente anche una scrittura

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4b7d40f9d5c04949f40

contenente la confessione della controparte in ordine alla pregressa stipulazione del contratto "de quo").

Alla nullità del contratto quadro consegue la nullità del negozio di acquisto del prodotto derivato; il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco.

Come ritenuto dal ctu, le perdite vanno quantificate in misura pari agli addebiti complessivamente subiti dal Comune di Turi. Vanno, invece, esclusi dal conteggio il *mark-to-market* negativo del derivato all'attualità in quanto, come osservato dal ctu, tale valore esprime il costo di sostituzione del derivato, ovvero l'importo che il Comune di Turi dovrebbe pagare nell'ipotesi in cui il contratto, ove valido, fosse cessato prima della sua scadenza naturale. In merito, invece, ai cosiddetti "costi impliciti", individuati da parte attrice nell'intero valore negativo che il derivato aveva alla data di sottoscrizione ed in assenza di un pagamento a titolo di *up-front* il consulente ha chiarito che gli stessi non possano essere sommati agli addebiti subiti dal Comune nell'ipotesi di accoglimento della domanda principale dell'ente, in quanto, poiché il valore negativo iniziale del derivato costituisce, in estrema sintesi, il valore attuale dei flussi – prevedibilmente negativi – che il medesimo genererà nel corso della sua durata, esso non costituisce una autonoma voce di perdita, avendo riversato i suoi effetti sui flussi generati dallo strumento.

Il consulente ha evidenziato che risultano addebitati al Comune di Turi costi per complessivi € 463.833/76 sono al 29 settembre 2014. Invero, il consulente ha precisato che gli addebiti maturati sono al 27 marzo 2013 per e 311.726/23 non risultano documentati. La prova dei medesimi, tuttavia, discende dalla loro non

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

contestazione. il Comune attore, inoltre, ha documentato anche gli addebiti successivi per un totale di € 802.352/81 secondo il seguente prospetto: € 311.726,23 (differenziali addebitati a tutto il 27.3.2013; € 34.988,42 (differenziale addebitato il 27.9.2013); € 47.689,15 (differenziale addebitato il 27.3.2014); € 52.741,57 (differenziale addebitato il 27.9.2014); € 51.104,73 (differenziale addebitato il 27.3.2015); € 52.230,27 (differenziale addebitato il 27.9.2015); € 53.304,04 (differenziale addebitato il 27.3.2016); € 52.239,23 (differenziale addebitato il 27.9.2016); € 50.506,45 (differenziale addebitato il 27.3.2017) € 49.539,76 (differenziale addebitato il 27.9.2017); € 46.282,96 (differenziale addebitato il 27.3.2018). Su dette somme spettano gli interessi legali decorrenti dal giorno della domanda sulla somma di € 442.092/95 per gli addebiti precedenti e dalle date dei successivi addebiti per il residuo.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo secondo i medi di tariffa ed applicando un aumento del 10% sullo scaglione superiore ad € 520.000/00. Le spese di ctu, ferma la responsabilità solidale di entrambe le parti nei confronti del professionista, nei rapporti interni restano a carico della sla banca convenuta

PQM

Definitivamente decidendo sulla domanda spiegata dal COMUNE DI TURI nei confronti di INTESA SANPAOLO SPA con atto di citazione notificato a mezzo del servizio postate con raccomandata spedita il 17 settembre 2014 così provvede

Accoglie la domanda per quanto di ragione e, per l'effetto, dichiara la nullità del contratto quadro di cui all'allegato B della delibera del 22 luglio 2005 del Comune di Turi e della conseguente operazione di "IRS con Collar" e condanna la banca

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c0494f40

convenuta al pagamento della somma di € 802.352/81 oltre gli interessi legali decorrenti dal giorno della domanda sulla somma di € 442.092/95 per gli addebiti precedenti e dalle date dei successivi addebiti, come indicate in parte motiva per il residuo.

Condanna la banca convenuta al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Turi che si liquidano in [redacted] per esborsi ed [redacted] per compensi, oltre 15% spese generali, cap ed iva come per legge

Pone definitivamente a carico della banca convenuta le spese di ctu come già liquidate in separato decreto e, per l'effetto, condanna a rifondere a quanto eventualmente corrisposto a tale titolo in favore del ctu

Bari 30/12/2018

Il Giudice

Rosanna Angarano

Firmato Da: ANGARANO ROSANNA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29b085bde49a4bf7d40f9d5c04949f40