



SENTENZA N. 24/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER IL VENETO

composta da

CARLO GRECO Presidente

MAURIZIO MASSA Consigliere

DANIELA ALBERGHINI Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio iscritto al numero **31692** del registro di segreteria, promosso con atti di citazione dalla Procura Regionale nei confronti di

Luigino MORO, nato a San Stino di Livenza (VE), il 10.01.1953 ed ivi residente in Via XXV Aprile, 58 – C.F. MROLGN53A10I373D,

Rita ZANUTEL nata a San Stino di Livenza (VE) il 18.8.1957 ed ivi residente in Via Pietro Nenni, 59 – C.F. ZNTRTI57M58I373Y,

Adriano ANZANELLO, nato a San Stino di Livenza (VE) il 18.1.1957 ed ivi residente in Via Ippolito Nievo, 16 – C.F. NZNDRN57A18I373D,

Patrizio CROSARIOL, nato a San Stino di Livenza il 3.2.1963 ed ivi residente in Piazza Cavalieri Vittorio Veneto, 8/B – C.F. CRSPRZ63B03I373G),

Gianfranco LAZZER, nato a San Stino di Livenza (VE) il 4.7.1955 ed ivi residente in via Guglielmo Marconi, 9/C – C.F. LZZGFR55L04I373S,

Vittore MARCON (nato a San Stino di Livenza (VE) il 2.7.1948 ed ivi residente in Via Alcide De Gasperi, 15/A – C.F. MRCVTR48L02I373R,

Gino SEGATTO, nato a San Stino di Livenza (VE) il 23.5.1945 ed ivi residente in Via Bruno

Buozzi, 25 – C.F. SGTGNI45C25I373Z)

Tutti rappresentati e difesi dagli Avv. Giuseppe Campeis (pec:

giuseppe.campeis@avvocatiudine.it) e Carlotta Campeis (pec:

carlotta.campeis@avvocatiudine.it), con studio in Udine, Via Dante n. 4, presso il quale è

stato eletto domicilio;

Stefania PASQUON nata a Motta di Livenza (VE) il 14.9.1966 e residente in San Stino di

Livenza (VE) in via Giacomo Noventa, 13/D – C.F. PSQSFN66P54F770J, rappresentata e

difesa dall'Avv. Guido Sartorato con studio in Treviso, Viale Cairoli n. 15 pec:

guidosartorato@pec.ordineavvocatitreviso.it, presso il quale ha eletto domicilio;

Visto l'atto di citazione depositato presso la Segreteria di questa Sezione Giurisdizionale, le

memorie difensive dei convenuti costituiti e gli atti di causa;

Uditi alla pubblica udienza del giorno 5 maggio 2022, con l'assistenza del segretario sig.ra

Elisabetta Bruni, il relatore Consigliere Daniela Alberghini, il rappresentante del Pubblico

Ministero in persona del Vice Procuratore Regionale dott.ssa Francesca Dimita, l'Avv.

Guido Sartorato per la convenuta Pasquon e l'Avv. Giovanni De Cal in sostituzione degli

Avv. Giuseppe e Carlotta Campeis per i convenuti Moro, Zanutel, Anzanello, Crosariol,

Lazzer, Marcon, Segatto i quali hanno concluso come da verbale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Procura Regionale ha convenuto in giudizio

Luigino Moro, Rita Zanutel, Adriano Anzanello, Patrizio Crosariol, Gianfranco Lazzer, Vittore

Marcon, Gino Segatto e Stefania Pasquon, i primi sette rispettivamente Sindaco e

Assessori *pro tempore* del Comune di San Stino di Livenza e l'ultima Responsabile del

Servizio Finanziario del medesimo Comune, per ivi sentirli condannare al pagamento in

favore del Comune di San Stino di Livenza della somma di euro 298.342,20 oltre alla

rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT e agli interessi legali decorrenti dal

deposito della sentenza fino all'effettivo soddisfo a titolo di risarcimento del danno oltre

alle spese di giustizia, queste ultime a favore dello Stato.

La specifica notizia di danno è costituita dalla segnalazione, pervenuta alla Procura

regionale nel 2014 da parte di due consiglieri comunali di minoranza del Comune di San

Stino di Livenza, relativa ad una operazione di *swap* finalizzata a coprire il rischio legato

all'aumento dei tassi di interesse di un mutuo a tasso variabile, contratto dall'Ente nel 2004

con la Cassa Depositi e Prestiti per la costruzione della scuola materna, che non si era

rivelata conveniente per l'ente, esposto ad ulteriori esborsi.

A tale segnalazione ha fatto seguito l'acquisizione di informazioni da parte della Procura

regionale dalle quali è emerso che il Comune di San Stino di Livenza, nel dicembre del

2004, aveva contratto un mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti di euro 2.100.000,00,

optando per il tasso variabile (euribor a sei mesi + 0,18%) in quanto il tasso fisso all'epoca

applicato, pari a circa il 4,5%, non era sostenibile per la finanza comunale.

Successivamente, tuttavia, l'andamento dei tassi era progressivamente aumentato fino a

raggiungere il 3,6% nel 2006, motivo per cui l'ente era addivenuto alla decisione di

individuare uno strumento che garantisse la sostenibilità del debito sul lungo periodo,

neutralizzando il rialzo dei tassi di interesse e precisamente un derivato del tipo *interest*

rate swap della durata pari a quella residua del mutuo originario (dal 31.12.2006 al

31.12.2024), del tipo "*plain vanilla*", prevedente lo scambio tra le parti di flussi periodici di

interessi calcolati su un importo nozionale di riferimento, di tal che una parte avrebbe

corrisposto all'altra un flusso di interessi a tasso variabile e questa, a sua volta, avrebbe

corrisposto un flusso di interessi a tasso fisso.

Tale scelta era stata considerata opportuna e conveniente in quanto la soluzione di

chiudere il mutuo a tasso variabile ed accenderne un altro a tasso fisso, pure presa in

considerazione, non era apparsa vantaggiosa in quanto il tasso fisso praticato dalla Cassa

Depositi e Prestiti era pari al 4,765%, a fronte del 4,60% massimo previsto nel contratto di

swap. I flussi, tuttavia, erano stati positivi soltanto nei primi tre anni di esecuzione del

contratto.

Venuta a conoscenza di un'autonoma indagine svolta dalla Guardia di Finanza per delega

della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pordenone nell'ambito di un

procedimento penale legato alla medesima vicenda, la Procura erariale ne ha acquisito gli

esiti. La Guardia di Finanza, in considerazione dell'esborso che ha comportato e della

sostanziale frustrazione della finalità originaria di contenere i flussi negativi generati

dall'indebitamento con la Cassa Depositi e Prestiti, ha ritenuto economicamente non

vantaggiosa l'operazione sul derivato e ha, inoltre, riscontrato l'impossibilità di rilevare

dalla documentazione acquisita presso l'Ente le proiezioni prospettiche dei tassi all'atto

della sottoscrizione dell'IRS.

In data 12 ottobre 2020, il Consiglio comunale, con deliberazione n. 23, ha autorizzato la

conclusione di un accordo transattivo con Unicredit Bank AG, sulla base della previsione di

un *trend* di flussi negativi sino all'estinzione del derivato (2024) e della necessità di operare

un accantonamento di una quota sugli avanzi di amministrazione sino al suddetto

momento, tenuto conto delle osservazioni formulate dalla Sezione regionale di controllo

per il Veneto della Corte dei conti, nella deliberazione n. 566/2017/PRSE.

Il contratto di IRS è stato, quindi, anticipatamente chiuso a costo zero per il Comune, a

fronte della rinuncia a qualsiasi azione giudiziaria: divenuto attuale e concreto il danno,

determinato dagli interessi corrisposti ad Unicredit a partire dal 2010 sino a tutto il 2020, la

Procura ha svolto ulteriori approfondimenti d'indagine dai quali è emerso che nella fase

istruttoria precedente la stipula del contratto non vi è stata, da parte degli uffici e organi

del Comune, alcuna valutazione delle conseguenze della sottoscrizione della dichiarazione

di <operatore qualificato> da parte della Responsabile del servizio finanziario, peraltro

priva di pregressa esperienza in materia di strumenti finanziari, anche se ritenuta in

possesso di adeguate conoscenze, e che non è stata fatta, all'epoca, un'istruttoria

amministrativa scritta, ma semplicemente sarebbero state analizzate le curve *forward* del

tasso euribor a 6 mesi, senza ricorrere al contributo di consulenti specializzati.

Ravvisando un'ipotesi di danno erariale la Procura ha quindi notificato a Luigino Moro, Rita

Zanutel, Adriano Anzanello, Patrizio Crosariol, Gianfranco Lazzer, Vittore Marcon, Gino

Segatto e Stefania Pasquon invito a fornire deduzioni.

Con memoria pervenuta in data 23 luglio 2021, la dott.ssa Pasquon ha contestato ogni

addebito, rilevando che la scelta di stipulare l'IRS Swap era finalizzata a garantire

l'equilibrio di bilancio e il rispetto del patto di stabilità non essendo percorribili altre

alternative e che l'unica ragione per la quale le previsioni, positive, dell'andamento dei

tassi -sulla base delle quali era stato stipulato quello specifico contratto di *swap*- non

hanno trovato riscontro, facendo venir meno la convenienza dell'operazione, è stata la

imprevedibile crisi finanziaria del 2008. Ha inoltre rappresentato l'intervenuta prescrizione,

quanto meno parziale, della pretesa e che non sono stati considerati gli effetti della

transazione intervenuta con la banca, che ha comportato il riconoscimento, in favore

dell'ente, della somma di euro 128.975,48, di cui euro 101.437,88 "a titolo di ristoro

transattivo a favore del Comune". Non sarebbe in ogni caso ravvisabile l'elemento

soggettivo della responsabilità ascritta.

In pari data anche i sig.ri Luigino Moro, Rita Zanutel, Adriano Anzanello, Patrizio Crosariol,

Gianfranco Lazzer, Vittore Marcon e Gino Segatto hanno fatto pervenire deduzioni

difensive di analogo tenore rilevando, tuttavia, in relazione all'elemento soggettivo, che in

occasione della adozione della deliberazione di Giunta n. 184/2006, che aveva autorizzato

la sottoscrizione del derivato, i componenti erano stati assistiti dal Segretario comunale e

che l'approvazione ha riguardato "una proposta e non l'accordo", conformemente alle

finalità che si volevano realizzare: di qui l'insindacabilità della scelta effettuata.

Tra i soggetti destinatari dell'invito la dott.ssa Pasquon e il signor Moro hanno chiesto di

essere sentiti personalmente.

La Procura, ritenuto che gli elementi di giudizio offerti non fossero sufficienti ad escludere

la responsabilità, ha provveduto alla notifica dell'atto di citazione.

Sostiene la Procura che la decisione di stipulare il derivato, che ha determinato una

fuoriuscita di flussi dal bilancio dell'ente, non è stata preceduta da una adeguata istruttoria

né è risultata sorretta da una sufficiente consapevolezza e conoscenza delle caratteristiche

e delle dinamiche finanziarie generate dal contratto, ponendo l'Ente in una posizione di

innegabile inferiorità rispetto all'altro soggetto contraente, criticità delineate anche dalla

Sezione Regionale di controllo di questa Corte nella già citata delibera con deliberazione n.

566/2017/PRSE.

Secondo la Procura, poi, l'adozione di cautele in grado di evitare l'accollo di oneri impropri

e, soprattutto, non prevedibili al momento della stipula del contratto, assumeva

fondamentale importanza, poiché i derivati sono strumenti finanziari *"aventi*

caratteristiche fortemente aleatorie, tanto più per le finanze di un'amministrazione

pubblica" come evidenziato da Corte cost. sent. 28 marzo 2012, n. 70, divenendo perciò

dirimente l'effettiva capacità dell'Ente *"di comprendere a pieno ed adeguatamente i*

relativi rischi, nel caso specifico derivanti dalla variazione dei tassi di interesse connessi

all'Operazione", dovendo addivenire ad una scelta logica e ben ponderata entro i limiti

della ragionevolezza e della buona amministrazione.

La scelta del Comune di San Stino di Livenza non appare, invece, essere stata improntata

alla necessaria diligenza, prudenza e perizia: in primo luogo, infatti, il contratto normativo

che ha preceduto l'IRS espone un quadro di apparente parità tra i due soggetti contraenti,

essendosi il Comune espressamente dichiarato “operatore qualificato”, ai sensi dell’art. 31,

comma 2, del regolamento Consob approvato con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998, pur

non potendo, oggettivamente, definirsi un soggetto con esperienza e conoscenze

specifiche nel settore dei prodotti finanziari derivati. In secondo luogo, il Comune di San

Stino non ha fatto ricorso ad uno o più consulenti esperti della materia affidandosi

all’analisi di soggetti non esperti e dediti, nella vita professionale, a tutt’altro.

Ed infatti lo strumento non riporta il valore del *mark to market*, circostanza emblematica

e sintomatica del totale affidamento che l’ente ha riposto, poco prudentemente, in

condizioni contrattuali unilateralmente predisposte ed in previsioni, altrettanto

unilateralmente, fornite dalla controparte.

Non vi è prova che l’ente abbia compiuto un’analisi “autonoma” e critica sulla proposta

avanzata dalla Banca, svolgendo un’istruttoria appropriata: ciò, tuttavia, non è consentito

ad un ente pubblico, obbligato ad un utilizzo razionale delle risorse disponibili, derivanti dal

gettito fiscale, in funzione del perseguimento degli obiettivi e delle finalità previste dalla

legge.

Sotto l’aspetto soggettivo, si profila, quindi, la colpa grave per il conseguente

depauperamento sofferto dall’ente: peraltro, come evidenziato da Cassazione SSUU n.

8770/2020, l’ente locale può procedere alla stipula dei derivati c.d. di copertura solo in

presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell’oggetto contrattuale,

comprensiva sia del criterio del *mark to market* sia degli scenari probabilistici, sia dei c.d.

costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l’ente di ogni aspetto

di aleatorietà del rapporto. E tuttavia né nel contratto di IRS né nell’accordo normativo è

rivenibile il valore del *Mark to Market*, con la conseguente impossibilità di valutare, al

momento della stipula, l’entità dell’alea.

L’attività svolta nella fase della scelta in concreto dello strumento e della definizione del

contenuto delle relative clausole non è stata adeguata ed improntata al principio di prudenza: irrilevante è, allora, tanto la circostanza dell'esito positivo dei primi tre anni del contratto, quanto la pretesa riconducibilità, in via esclusiva, degli esiti negativi alla crisi finanziaria del 2008.

Neppure l'esigenza di osservare le prescrizioni del patto di stabilità appare idonea a giustificare l'esposizione dell'ente ad un'alea come quella che ha caratterizzato il contratto, peraltro autorizzato da organo incompetente, rientrando nella competenza del Consiglio l'adozione di atti afferenti la gestione dell'indebitamento.

La responsabilità del danno, identificato nel maggiore esborso in termini finanziari per l'Ente, è stata imputata alla Responsabile del Servizio finanziario dell'ente, in quanto la stessa ha esercitato il potere di contrattare e di sottoscrivere, poi, i due contratti nel loro concreto contenuto, sulla scorta della deliberazione della Giunta municipale n. 184 del 16 novembre 2006; oltre che ai componenti della Giunta che hanno adottato la medesima delibera.

L'importo accertato per il periodo 2007/2020 è stato quantificato in complessivi euro 400.465,38, ma è stato ridotto del 20% tenuto conto del contesto generale nel quale si è andata ad iscrivere l'operazione, caratterizzato da un obiettivo *favor* per l'utilizzo della finanza derivata da parte degli enti locali allo scopo di stabilizzare l'indebitamento, oltre che dell'importo di euro 27.537,64 relativo ai flussi finanziari in scadenza al 31.12.2009 ed al 30.6.2020, restituiti dall'Istituto di credito.

Il danno contestato è stato, quindi, conclusivamente determinato in euro 298.342,20, da ripartirsi in quote uguali tra i convenuti, dovendo ritenersi che tutti i convenuti abbiano concorso nella stessa misura alla causazione del medesimo.

Con un'unica memoria in data 14 aprile 2022 si sono costituiti in giudizio i convenuti Luigino Moro, Adriano Anzanello, Patrizio Crosariol, Gianfranco Lazzer, Vittore Marcon,

Gino Segatto e Rita Zanutel, rilevando la carenza di nesso causale tra le condotte contestate ed il danno, poiché nulla sarebbe cambiato se fosse stata eseguita un'istruttoria asseritamente adeguata. I convenuti, inoltre, hanno osservato che la Procura non ha approfondito il meccanismo di funzionamento del derivato, né ha evidenziato quale contenuto il contratto avrebbe dovuto avere per non tradursi in una perdita per l'ente, dovendo invece eventuali carenze del contenuto contrattuale essere imputate alla Banca.

Non può essere rimproverato all'Ente (e men che meno ai membri della Giunta, rimasta estranea alla definizione del contratto) di aver sottoscritto un contratto che non prevedesse meccanismo di fuoriuscita, essendo manifestamente incompatibile con la natura aleatoria del contratto la previsione di un recesso *ad nutum*.

In secondo luogo la difesa dei convenuti, inquadrato il contesto che ha portato alla sottoscrizione del derivato, ne ha analizzato la struttura e la funzione, evidenziando che non vi è stata nessuna assunzione di rischio diverso rispetto a quello già assunto con il precedente mutuo, rivelatosi solo *ex post* più conveniente in virtù di fattori straordinari e non prevedibili, circostanza che esclude la sussistenza del nesso di causalità, non dimostrato dal Pubblico Ministero.

Viene, poi, posto in rilievo che la delibera giuntale dalla quale è stato fatto causalmente derivare il danno, in realtà non ha autorizzato la conclusione di uno specifico contratto, limitandosi a stabilire gli obiettivi e a fissare i profili generali dell'operazione: ogni contestazione sul punto si traduce, necessariamente, in inammissibile censura del merito di una decisione riguardante l'opportunità dell'operazione.

Deve escludersi, quindi la responsabilità in capo ai componenti della Giunta che hanno assunto la delibera sulla base dell'istruttoria svolta ai tecnici comunali (Segretario e responsabile del Servizio Economico e Finanziario), in possesso delle necessarie competenze (e che non hanno segnalato la necessità di ricorrere a consulenze esterne,

peraltro all'epoca limitate dalle disposizioni in materia di *spending review*), i quali hanno,

poi, reso i pareri obbligatori a supporto della deliberazione collegiale, che altro non è che

un atto di indirizzo politico.

Eventuali responsabilità da carenze informative sono, piuttosto, da addebitarsi alla Banca,

che ben sapeva che il Comune non può essere considerato un operatore qualificato e che,

pertanto, è venuta meno ai propri obblighi informativi.

L'infondatezza della pretesa risarcitoria emerge, poi, sotto altro profilo, non potendo

essere imputato ai componenti della Giunta in carica nel 2006 il danno che è, invece,

diretta conseguenza della scelta, assunta nel 2020, di addivenire con la Banca ad una

transazione rinunciando ad ogni ulteriore azione avente ad oggetto un'operazione che

avrebbe potuto essere configurata come radicalmente nulla sotto plurimi profili, con

conseguente diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione del contratto.

La contestata incompetenza dell'organo giuntale all'adozione della delibera autorizzativa -

peraltro neppure rilevata dal Segretario comunale che vi ha apposto il visto di conformità-

appare, inoltre, irrilevante sotto il profilo causale, dal momento che avrebbe dovuto essere

dimostrato che se la questione fosse stata sottoposta al Consiglio il contratto non sarebbe

stato sottoscritto o sottoscritto a condizioni diverse.

Oltre al nesso causale tra condotte e danno difetta, secondo i convenuti, anche l'elemento

soggettivo della colpa, stante l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, da un

lato, e il difetto di prova della sua sussistenza, dall'altro.

Deve, infine, escludersi in sé e per sé l'esistenza di un danno, non potendosi tener conto

esclusivamente degli esborsi sostenuti dal Comune senza valutare le concrete alternative

che si ponevano per ovviare alle perdite in maturazione per effetto dell'aumento dei tassi a

fronte della misura del tasso fisso applicabile all'epoca.

In via subordinata i convenuti hanno contestato anche la quantificazione del danno, che

non tiene conto di quanto il Comune ha risparmiato nei primi tre anni di esecuzione del

contratto IRS e delle somme riconosciute in sede transattiva, anche alla luce dell'art. 1,

comma 1-bis L.20/94. Nell'ipotesi di accertata responsabilità i convenuti hanno chiesto

l'applicazione del potere riduttivo in rapporto al ruolo marginale da essi rivestito nella

vicenda rispetto a quello della D.ssa Pasquon.

I convenuti hanno, infine, eccepito l'integrale prescrizione del diritto al risarcimento,

decorrendo il relativo termine, seguendo la ricostruzione della Procura, dalla data di

conclusione del contratto. Anche ritenendo di essere di fronte ad una fattispecie a

formazione progressiva, infatti, in ogni caso il termine di prescrizione decorrerebbe dal

pagamento di ciascun differenziale negativo e, quindi, dal 2010 e fino al 2018: essendo

l'invito a dedurre stato notificato nel mese di giugno 2021, risulterebbero prescritti gli

importi pagati dal 2010 al 2016. Gli importi pagati nel 2017 e nel 2018 sarebbero, invece,

integralmente stati ristorati con le somme riconosciute in sede transattiva.

Nel concludere per il rigetto della domanda, i convenuti hanno formulato istanze

istruttorie chiedendo l'ammissione di prova per testi, oltre che l'emissione di ordini di

esibizione di una serie di atti e documenti al Comune di San Stino di Livenza e a Cassa

Depositi e Prestiti o, alternativamente, l'assunzione di informazioni ex art. 94 c.g.c. e, se

ritenuta necessaria, anche l'ammissione di CTU volta a descrivere il funzionamento del

contratto IRS e a verificare la causa del crollo dell'Euribor nel 2008.

Con memoria in data 14 aprile 2022 si è costituita in giudizio anche la d.ssa Pasquon.

Richiamate le circostanze ed il contesto nel quale è maturata la scelta di addivenire alla

sottoscrizione dello strumento derivato, la difesa della convenuta ha evidenziato la non

corretta impostazione delle censure del Pubblico Ministero, dovendo le scelte assunte

essere valutate *ex ante*: il Pubblico Ministero non sembra aver tenuto conto né del fatto

che il contratto ha generato flussi positivi per i primi tre anni, né che la tendenza è mutata

per l'epocale crisi finanziaria del 2008, assolutamente imprevedibile. In verità il contratto

stipulato ha avuto l'effetto -voluto- di convertire il mutuo da tasso variabile (in crescita

prospettica) in tasso fisso che, nel 2006, era comunque più conveniente rispetto a quello

applicato da Cassa Depositi e Prestiti: la convenienza della scelta è stata stravolta da un

fatto sopravvenuto ed imprevedibile.

In via preliminare la difesa della convenuta ha eccepito l'intervenuta prescrizione parziale

del diritto al risarcimento del danno, vertendosi in punto di fattispecie a formazione

progressiva: la decorrenza del termine di prescrizione deve quindi essere fatta coincidere

con i pagamenti via via effettuati dal Comune dal 2010 in poi, noti alla Corte dei Conti in

quanto inseriti nel sistema SIQUEL, mentre il primo atto interruttivo, l'invito a dedurre, è

del 16.6.2021, con conseguente prescrizione di eventuali crediti riferiti ad epoca

precedente al 2016.

Nel merito, la convenuta ha esposto, con valutazione *ex ante*, supportata da perizia di

parte, non solo l'opportunità della scelta di coprire il rischio da rialzo dei tassi di interesse,

ma anche la necessità di tale scelta, rispetto alla quale possibili alternative, non

considerate dalla Procura, (non far nulla, estinguere anticipatamente il mutuo a tasso

variabile e stipularne uno a tasso fisso) risultavano o non percorribili oppure non

preferibili: la scelta dello strumento derivato si poneva in funzione assicurativa e di

mitigazione del tasso di interesse.

L'andamento della curva dei tassi di interesse in modo difforme rispetto alle previsioni su

cui si era fondata la scelta è stato determinato da un fattore imprevisto ed imponderabile

che non può certo condurre ad addossare alla convenuta la responsabilità per la

sottoscrizione di un derivato la cui finalità di copertura e di trasformazione, per effetto

combinato con il contratto di mutuo, il tasso da variabile a fisso era indubitabile.

La contestazione della Procura è, quindi, viziata in sé, non potendosi ragionare *ex post*, ma

dovendo considerare tutti i fattori che hanno inciso sulle valutazioni e sulle scelte a suo tempo compiute.

Pur essendo tali considerazioni sufficienti ad escludere ogni responsabilità, la convenuta ha preso posizione anche sugli ulteriori rilievi formulati dalla Procura, in particolar modo affermando che lo strumento finanziario prescelto era semplice e facilmente comprensibile, oggetto di attenta istruttoria compiuta con il supporto del segretario comunale (motivo questo per cui, l'ente, quale struttura complessa, poteva considerarsi operatore qualificato) ed avvalendosi delle proprie competenze professionali, acquisite anche con la partecipazione di corsi di aggiornamento presso la Provincia di Treviso.

Nessuna carenza istruttoria, poi, può essere addebitata, avendo la convenuta provveduto al confronto tra diverse proposte di Istituti diversi e all'analisi della curva *forward*, dato oggettivo e disponibile; la mancata indicazione del valore MTM nel contratto è stata oggetto di valutazione all'atto della sottoscrizione del contratto medesimo, si tratta comunque di un dato variabile nel tempo in relazione al mercato: l'esborso "ben maggiore" contestato dalla Procura è frutto di una valutazione *ex post* e non è certo dovuto alla negligenza nella valutazione originaria dell'operazione, ma all'impossibilità oggettiva di prevedere il crollo dei tassi conseguente alla crisi finanziaria del 2008.

Proprio per tale ultima ragione non può dirsi esistente un danno erariale imputabile: in ogni caso lo stesso non sarebbe stato correttamente quantificato, non essendosi tenuto conto delle somme introitate dal Comune in forza della transazione stipulata con Unicredit che hanno ridotto l'esposizione finanziaria del Comune stesso.

Osserva, infine, la convenuta che, comunque, le somme richieste dovrebbero essere ridotte in ragione della compartecipazione causale del segretario comunale, dr. Lino Nobile, non evocato in giudizio, oltre che in considerazione della situazione venutasi a creare nel 2006, del risparmio comunque conseguito dal Comune rispetto alla

sottoscrizione di un mutuo a tasso fisso, degli effetti della crisi finanziaria mondiale e della

tipologia di contratto sottoscritto, ampiamente pubblicizzato per gli enti locali.

In via istruttoria la convenuta ha chiesto disporsi CTU volta a determinare gli scenari del

2006, le possibili alternative ad un contratto IRS, gli effetti della crisi finanziaria del 2008 e la

riduzione dell'eventuale risarcimento dovuto per il risparmio conseguito.

All'udienza del 5 maggio 2022, il Pubblico Ministero, richiamato il contenuto dell'atto di

citazione, ha precisato che l'azione della Procura non interferisce con il merito

discrezionale della scelta di sottoscrivere il contratto derivato, non essendo in discussione

l'an, ma il *quomodo*, il modo in cui la scelta è stata assunta, senza alcuna consapevolezza e,

conseguentemente, valutazione del rischio. Non si tratta, infatti, di una scelta obbligata,

contrariamente a quanto sostenuto dalle difese, sia sotto il profilo oggettivo del contenuto

contrattuale (erano possibili scelte diverse, sia in ordine alla tipologia di contratto che delle

clausole contrattuali), sia sotto il profilo soggettivo, essendo state valutate le proposte di

solo due istituti di credito.

Il Pubblico Ministero ha, quindi, rimarcato le carenze istruttorie in relazione tanto

all'inattendibilità delle previsioni a lungo termine in campo finanziario, che avrebbero

imposto la pesatura del rischio di numerose variabili, quanto alla mancanza di meccanismi

contrattuali volti a contenere e minimizzare tale rischio (manca, ad esempio, la previsione

del *mark to market*), quanto, infine, alla stessa struttura del contratto di *swap* -si tratta,

infatti, di un contratto speculare, in cui a fronte di una parte che guadagna, l'altra perde- ,

che avrebbe richiesto la consulenza di un *advisor* per l'analisi delle curve *forward*, il cui

valore prospettico è limitato. L'Ente, infatti, non era dotato di professionalità specifiche,

esperte in materia finanziaria, in grado di valutare il rischio legato alla stipulazione del

contratto di *swap*: non vi è dubbio, trattandosi di una scelta non ineluttabile, che una

adeguata istruttoria svolta sulla base di una consulenza qualificata, avrebbe condotto ad

esiti diversi. Sotto il profilo causale, inoltre, non può escludersi il contributo della delibera della Giunta comunale, che non è un mero atto di indirizzo, ma una specifica autorizzazione alla sottoscrizione del contratto e delle relative dichiarazioni. Il Pubblico Ministero ha, quindi, concluso per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate, opponendosi all'ammissione delle istanze istruttorie formulate dai convenuti in quanto inammissibili, trattandosi di giudizio di natura documentale.

L'avv. Sartorato per la convenuta Pasquon, nel riportarsi alla comparsa di costituzione ed insistendo per l'ammissione dei mezzi istruttori ivi richiesti, ha rilevato il mutamento di prospettiva della Procura che, in difformità all'atto di citazione, in udienza ha posto l'accento sulle modalità della scelta, limitandosi, tuttavia, a sottolineare l'aleatorietà del contratto senza indicare quali diversi contenuti avrebbe dovuto avere.

Errata è anche la quantificazione del danno, frutto di valutazioni *ex post*, condotte senza tener conto delle indubbie finalità del contratto, teso a mutare il tasso variabile del contratto di mutuo in tasso fisso, inferiore alla misura di quello praticato da Cassa Depositi e Prestiti. La difesa ha poi sottolineato che, in realtà, il comportamento tenuto dalla convenuta è stato improntato ai canoni di assoluta diligenza, dovendosi trovare una soluzione che tenesse conto dei limiti del patto di stabilità al problema della crescita del tasso di interesse variabile dell'originario mutuo contratto per la costruzione dell'edificio scolastico. La scelta di un contratto derivato del tipo IRS ha avuto l'effetto, voluto dall'Amministrazione, di stabilizzazione del tasso di interesse, con esclusione del presunto carattere di aleatorietà contestato dalla Procura: si tratta, comunque, di contratti in relazione ai quali il margine di trattativa con l'istituto di credito è minimo e limitato alla misura dei tassi che, nel caso specifico, erano assolutamente convenienti. Se, infatti, non si fosse verificato un evento assolutamente imprevedibile come la crisi finanziaria del 2008, non ci sarebbe nemmeno stato un danno, considerato che quest'ultimo è stato

quantificato nei differenziali negativi corrisposti.

La difesa, infine, ha evidenziato che la transazione a cui l'amministrazione è addivenuta, conseguendo comunque un risultato positivo -avendo l'ente incassato oltre 100.000 euro, di cui non si è tenuto conto-, è opera della convenuta, che si è attivata in tal senso dopo aver preso cognizione della giurisprudenza formatasi sulla nullità dei contratti derivati e aver acquisito un parere legale in merito.

L'avv. De Cal per i convenuti componenti della Giunta ha sottolineato che la Procura regionale, contrariamente a quanto affermato, è entrata nel merito delle scelte dell'amministrazione, avendo quantificato il danno per differenza tra l'esito dello *swap* e gli importi che sarebbero stati pagati a titolo di interessi con il solo mutuo a tasso variabile.

In relazione alla contestazione sul mancato confronto concorrenziale la difesa ha rilevato come la Procura non abbia detto quali esiti avrebbe avuto una diversa istruttoria, né quali azioni avrebbero dovuto essere poste in essere per mitigare il rischio, che è caratteristico di tutti i contratti finanziari, ivi compreso il mutuo a tasso variabile, rispetto al quale il contratto derivato si è posto come soluzione alle criticità insite in quel contratto.

Ha, inoltre, osservato che neppure un *advisor* esterno avrebbe potuto prevedere la crisi finanziaria e le ricadute sull'andamento dei tassi: se un danno vi è stato, è dipeso da fattori esterni non ponderabili, il contratto stipulato in sé non comportava l'assunzione di un rischio maggiore di quello già assunto con il mutuo originario, trattandosi di un contratto di copertura, non certo speculativo, che aveva la finalità di elidere il rischio connesso con il tasso variabile e, quindi, di una operazione corretta e ragionevole, a cui la Giunta comunale ha prestato il proprio assenso sulla base dell'istruttoria compiuta dai tecnici comunali, a cui dovrebbero, pertanto, essere addossate in via esclusiva eventuali responsabilità.

Peraltro, il danno così come contestato è stato cristallizzato dalla transazione avvenuta nel 2020, quando gli odierni convenuti non rivestivano più alcuna carica all'interno dell'

amministrazione comunale: ad essi, quindi, non può essere imputata la responsabilità di

aver rinunciato all'azione di nullità del contratto derivato pur ricorrendone ben tre profili

(violazione degli obblighi di informazione, omessa indicazione del *mark to market*,

incompetenza della Giunta), così come individuati dalla giurisprudenza della Corte di

Cassazione. Ha, quindi, concluso riportandosi agli atti ed insistendo per l'ammissione delle

istanze istruttorie.

All'esito della discussione, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione di prescrizione formulata dalle difese dei convenuti.

Sostiene la difesa della convenuta Pasquon che nel caso *de quo* si è in presenza di una

fattispecie a formazione progressiva in cui, a fronte di un contratto stipulato nel 2006, gli

effetti dannosi per l'Ente avrebbero cominciato a manifestarsi con pagamenti periodici dal

2010, per cessare nel 2020 con la transazione tra il Comune e Unicredit: in applicazione dei

principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte dei conti, da ciascun pagamento -noto

alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti perché oggetto di comunicazione

nell'applicativo SIQUEL- decorre un autonomo termine di prescrizione.

L'eventuale danno, quindi, a partire dal 2010 risultava concreto ed attuale ad ogni

scadenza contrattuale di regolazione, con la conseguenza che non può essere condivisa la

tesi, esposta dalla Procura nell'atto di citazione, secondo cui il danno sarebbe divenuto

azionabile solo con la conclusione dell'accordo transattivo nel 2020.

Poiché il primo atto utile ad interrompere la prescrizione è stato l'invito a dedurre,

notificato alla convenuta in data 16 giugno 2021, è da ritenersi prescritta l'azione per

ipotetici danni determinatisi antecedentemente al 16 giugno 2016.

Analoghe argomentazioni sorreggono anche l'eccezione formulata dalla difesa dei restanti

convenuti -senza, peraltro, essere stata espressamente ripresa nelle conclusioni e riproposta nella discussione orale- secondo cui, tuttavia, si sarebbe in ogni caso verificata un'ipotesi di prescrizione dell'intera pretesa erariale in quanto, seguendo la ricostruzione della Procura regionale, il fatto dannoso andrebbe ravvisato nella sottoscrizione del contratto derivato nel 2006, mentre il primo atto interruttivo utile, l'invito a dedurre, sarebbe stato notificato solo nel giugno 2021, quando cioè il termine era ampiamente perento.

L'eccezione è, in entrambe le declinazioni, infondata.

Lo strumento finanziario oggetto del presente giudizio, infatti, è un contratto che si connota -come si vedrà meglio più avanti- per la sussistenza, in capo alle parti, di una duplice e reciproca obbligazione di pagamento a scadenze periodiche e in cui, ad ogni singola scadenza, il differenziale tra le somme reciprocamente dovute costituisce contemporaneamente il vantaggio di una parte e lo svantaggio della controparte. Poiché in tale contratto gli importi dovuti alle scadenze sono calcolati in relazione all'andamento di talune variabili (nel caso di specie, l'euribor a sei mesi) e, quindi, possono determinarsi alternativamente situazioni di vantaggio/svantaggio in capo a ciascuna parte, solo al termine del contratto sarà possibile valutare il vantaggio (o svantaggio) complessivamente determinatosi dall'esecuzione del contratto, dovendosi tenere necessariamente conto di tutti i differenziali calcolati (e pagati) ad ogni singola scadenza, la cui somma algebrica costituirà, appunto, la misura (positiva o negativa) dell'utilità del contratto medesimo.

Correttamente, quindi, la Procura Regionale ha ritenuto che il danno sia divenuto concreto ed attuale solo dal momento della chiusura del contratto, benchè avvenuta non alla scadenza naturale, ma anticipatamente a seguito della transazione intercorsa tra il Comune di San Stino di Livenza e Unicredit -UBM in data 12 ottobre 2020. Solo all'esito della chiusura del contratto, infatti, è emerso, nella sua esatta misura, l'ammontare ed il segno

(negativo) della bilancia dei pagamenti interscambiati tra le parti che corrisponde alla misura del danno subito dal Comune di San Stino di Livenza.

Dalla data della transazione, quindi, avvenuta il 12 ottobre 2020, ha iniziato a decorrere il termine quinquennale di prescrizione, non ancora perento al momento della notifica dell'invito a dedurre. L'azione della Procura erariale, quindi, è da ritenersi tempestivamente proposta.

2.Nel merito la domanda della Procura regionale è fondata e deve essere accolta nei termini che seguono.

2.1.La questione sottoposta al Collegio ha ad oggetto la responsabilità dei convenuti a titolo di colpa grave per il danno causato al Comune di San Stino di Livenza in seguito alla sottoscrizione di un contratto derivato *interest rate swap* (in sigla: IRS) del tipo *plain vanilla* in assenza di adeguata istruttoria e, di conseguenza, di consapevolezza dell'ampiezza dell'alea a cui, con tale contratto, il Comune veniva esposto.

Nella prospettiva della Procura regionale il contratto derivato, sottoscritto nel 2006 a copertura del rischio di aumento del tasso di interesse variabile di un mutuo contratto con la Cassa Depositi e Prestiti nel 2004 per l'importo di 2.100.000 euro, non era stato oggetto di adeguata istruttoria, essendo unicamente state comparate, ad opera del Responsabile del Servizio Finanziario dell'ente -la convenuta Pasquon, priva della necessaria preparazione e professionalità e senza l'ausilio di un *advisor* indipendente-, le proposte presentate da due istituti di credito relative a contratti *over the counter* (cioè da stipulare al di fuori di mercati regolamentati e soggetti a enti di controllo) sulla base delle curve *forward* dei tassi di interesse relative al residuo periodo fino all'estinzione del contratto di mutuo (2007-2024).

Il contratto derivato in concreto sottoscritto, poi, mancava di un requisito essenziale, l'indicazione del c.d. *mark to market*, cioè del criterio di calcolo del valore del derivato in

caso di recesso anticipato, che avrebbe consentito la corretta ponderazione del rischio di perdite sul derivato ed era stato accompagnato dalla dichiarazione, resa dal rappresentante del Comune, che l'ente rivestiva la qualità di "operatore qualificato", ponendo in tal modo il Comune sul medesimo piano della banca, con un significativo allentamento degli obblighi informativi in capo all'Istituto di credito, di fatto annullando la asimmetria informativa che, invece, caratterizzava in senso sfavorevole la posizione dell'Ente, non certo avvezzo a operazioni finanziarie di tal genere.

La valutazione della struttura e delle condizioni del contratto, caratterizzato da un pesante squilibrio informativo genetico, è avvenuta sulla base delle indicazioni prospettiche circa l'andamento dei tassi di interesse fornite dalla banca, attendibili solo nel breve periodo, senza alcuna ponderazione del rischio insito nella stessa tipologia contrattuale e la previsione di meccanismi che ne consentissero la mitigazione al fine di salvaguardare l'ente nel caso di inversione della curva dei tassi (in discesa, anziché in salita) che avrebbe determinato flussi negativi in favore della banca.

Il Collegio è, pertanto, chiamato ad esprimersi non sulla necessità e/o opportunità della decisione di ricorrere ad uno strumento finanziario per la gestione dell'indebitamento del Comune in rapporto al fenomeno del rialzo dei tassi di interesse e al possibile sfioramento del patto di stabilità, quanto piuttosto sulla conformità ai parametri di sana e prudente gestione finanziaria delle modalità con cui la scelta è stata fatta: se, cioè, nelle valutazioni che hanno preceduto e condotto all'assunzione della decisione, i soggetti coinvolti si siano attenuti al fondamentale criterio della prudenza e della tutela delle risorse pubbliche.

Così delimitato l'oggetto del giudizio, appaiono superate le eccezioni, formulate da entrambe le difese dei convenuti, circa il presunto eccesso di giurisdizione della Corte dei Conti per superamento della soglia di sindacabilità dell'operato discrezionale della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994.

In analogo caso la Corte di Cassazione (SS.UU.n. 9680/19) ha, infatti, affermato che "nel regime della L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, primo inciso, con riferimento ad una sentenza con cui la Corte dei Conti abbia ritenuto la responsabilità del sindaco e degli assessori comunali e di un funzionario in relazione alla conclusione, rivelatasi dannosa, di un'operazione di finanza derivata (del tipo Interest Rate Swap, con clausola Floor e di Cap) in funzione di un'esigenza di c.d. ristrutturazione del debito comunale ai sensi della L. n. 448 del 2001, art. 41, e norme attuative, è inammissibile il motivo di ricorso con cui si censuri la decisione del Giudice contabile per pretesa invasione della sfera della discrezionalità dell'amministrazione e, quindi, per eccesso di potere giurisdizionale, lamentando l'erroneità della valutazione cui il Giudice contabile, per affermare la responsabilità, abbia proceduto a valutare l'operato del funzionario e degli amministratori comunali, addebitando rispettivamente al primo di avere concluso il relativo contratto senza avere esperienza sulle operazioni derivate e senza avvalersi di una preventiva consulenza sul contenuto del contratto, ed agli amministratori di avere consentito tale conclusione e di avere adottato la deliberazione senza i pareri previsti dal D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 49. L'inammissibilità del motivo è giustificata perchè la censura così prospettata inerisce ad una valutazione che il Giudice contabile ha effettuato sull'azione del funzionario e degli amministratori secondo i criteri di efficacia ed economicità di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 1, e, dunque, secondo parametri di legittimità che la collocano all'interno della giurisdizione contabile e non esprimono un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione di cui alla L. n. 20 del 1994, citato art. 1, come tale fonte del prospettato eccesso di potere giurisdizionale"

Il principio di diritto si inserisce, peraltro, in un consolidato orientamento della Corte regolatrice, recentemente ribadito (Cass. civ. SS.UU. n. 2157/2021, secondo cui: "ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da

parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati, rientra invece nella giurisdizione contabile, in quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell'agire amministrativo, l'azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faccia valere, quale *petitum sostanziale*, la mala gestio alla quale i dirigenti del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti"), in ossequio al quale "la Corte dei Conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, ex art. 1 L. n. 241 del 1990, i quali assumono rilevanza non già sul piano della mera opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente e consentire la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere" (Cass. civ. SS.UU. n. 6820/2017, ex multis: nello stesso senso, SS.UU. n. 5490/2014, SS.UU. n. 1376/2006; SS.UU. n. 10774/2018).

2.2. Osserva preliminarmente il Collegio che il contratto stipulato nel 2006 dal Comune di San Stino di Livenza con Unicredit appartiene alla categoria degli strumenti finanziari derivati, così denominati perché il loro valore dipende ("deriva", appunto) dall'andamento di una o più variabili (il "sottostante"): la causa del contratto trova fondamento nelle diverse aspettative dei contraenti sull'evoluzione del valore del sottostante.

Il contratto *de quo* è del tipo *interest rate swap* (IRS), in cui due parti si accordano per scambiarsi flussi di pagamenti periodici di interessi, calcolati su una somma di denaro,

detta capitale nozionale di riferimento (*notional principal amount*), per un periodo di tempo predefinito pari alla durata del contratto: nella forma del *plain vanilla swap* uno dei due flussi di pagamenti è basato su un tasso di interesse fisso, mentre l'altro è indicizzato a un tasso di interesse variabile.

Data la struttura del contratto, appare evidente che le variazioni del tasso variabile, rispetto ai livelli ipotizzati al momento della conclusione del contratto, determinano il *profilo* di rischio (e, viceversa, il rendimento) del contratto medesimo.

Infatti, se il tasso variabile risulta superiore alle aspettative, chi è obbligato a pagare il tasso fisso matura un vantaggio (in quanto, fermo restando i pagamenti a tasso fisso cui è obbligato, riceverà pagamenti a tasso variabile di importo superiore a quanto previsto); al contrario, se il tasso variabile scende, chi è obbligato a pagare il tasso fisso matura una perdita (in quanto, pagherà interessi in misura superiore a quelli ricevuti).

Vengono, quindi, in rilievo due grandezze: il valore nozionale, ossia il parametro di riferimento per il calcolo dei flussi di pagamento, che fornisce una misura del volume delle negoziazioni ed è tendenzialmente prefissato per la durata del contratto, ma non rappresenta direttamente né l'esposizione né il rischio di ciascuna delle due parti; e il valore di mercato, che rappresenta in ciascun momento la perdita (valore negativo) o il guadagno (valore positivo) potenziale che si determinerebbe per il contraente se il contratto fosse chiuso alla data di rilevazione (c.d. "*mark to market*": dipende, quindi, dall'andamento assunto nel corso del tempo dalle variabili a cui il derivato è collegato).

Trattandosi, di regola e come nel caso in esame, di contratti negoziati al di fuori dei mercati regolamentati (cd. "*Over The Counter*", OTC) e "ritagliati su misura" sulle esigenze finanziarie del cliente (c.d. "*tailor made*"), sia pur sulla base di una certa standardizzazione delle tipologie contrattuali, sono strumenti finanziari illiquidi e pertanto privi di un prezzo di mercato risultante da listini ufficiali o da abituali contrattazioni.

Conseguentemente, il loro valore di mercato non corrisponde a un dato obiettivamente riscontrabile da fonti ufficiali, ma deve essere determinato sulla base di una stima del prezzo al quale la posizione verrebbe scambiata tra operatori finanziari in un determinato momento sul presupposto che, teoricamente, in un mercato perfetto formato da operatori specializzati che siano in grado di formulare valutazioni secondo le migliori tecniche finanziarie e che siano tutti in possesso di tutte (e le medesime) le informazioni rilevanti, tutte le stime circa il valore di una posizione dovrebbero coincidere.

Appare dunque evidente che, in tale caso, nella concreta determinazione del *mark to market* le variabili sono costituite dalla valutazione effettuata dal singolo operatore (e dei dati da questo presi in considerazione) e dalla verifica circa la sua rispondenza alle migliori regole e tecniche di analisi finanziaria.

Le due grandezze sopra menzionate, tuttavia, da sole non rappresentano puntualmente il *livello* di rischio assunto: questo può essere valutato analizzando la sensibilità del valore di mercato alle variazioni dei sottostanti o impiegando il criterio del "valore a rischio" ("*value at risk*", indicatore che esprime la perdita massima probabile ad un certo livello di confidenza statistica in un determinato orizzonte temporale e tiene conto non solo del valore della posizione, ma anche della variabilità dei fattori di rischio che sottostanno alla posizione e le loro correlazioni, della forma della loro distribuzione di probabilità, dell'intervallo di confidenza desiderato, dell'orizzonte temporale sul quale effettuare la valutazione) o altri criteri statistici che consentano comunque di quantificare le perdite potenziali cui si è esposti nel caso di un andamento particolarmente avverso delle condizioni di mercato.

Dunque, pur potendo tali strumenti finanziari assumere carattere di complessità variabile, nell'approccio alla loro sottoscrizione diviene centrale la determinazione non solo del loro valore ma anche del livello di rischio, che richiede complesse attività di analisi, poiché

valore e livello di rischio variano in rapporto ad una pluralità di parametri, secondo una relazione, propria di ciascun derivato, rappresentata da una funzione matematica: in altre parole, il sottoscrittore deve poter predeterminare nell'arco dell'intero rapporto il valore futuro del derivato OTC, consapevole delle utilità ovvero delle perdite prevedibili (anche al più alto livello di rischio probabile) sulla base delle prospettazioni future delle variabili sottostanti.

Perché, tuttavia, le attività di analisi consentano di ottenere risultati attendibili e possano, quindi, costituire il fondamento di una scelta consapevole, è necessario che la controparte contrattuale (rispetto all'offerta dell'intermediario) sia posta nella condizione di conoscere, alla pari, tutti i dati e i fattori di variabilità incidenti e determinanti al fine dell'applicazione delle metodiche di analisi prescelte: di qui la rilevanza della completezza e della trasparenza dell'informazione in relazione agli elementi e alle formule matematiche utilizzati per determinare il valore di mercato (ed il livello di rischio) di una posizione ai fini delle decisioni finanziarie e strategiche da assumere.

A tale proposito e nella prospettiva che qui interessa, non si può non rilevare che *“la fissazione in sede contrattuale di regole, criteri e parametri di riferimento puntuali per il calcolo del mark to market appare necessaria al fine di circoscrivere l'altrimenti amplissima discrezionalità, sia pur tecnica, della controparte bancaria e di fornire all'ente pubblico garanzie adeguate in ordine all'attendibilità della valutazione e alla congruità del metodo seguito. (...) Essa appare poi quanto mai necessaria ove la valutazione del mark to market sia affidata a un soggetto in potenziale, se non attuale, conflitto di interessi, quale è inevitabilmente la controparte bancaria rispetto a contratti caratterizzati da posizioni speculari delle parti, tali che ai guadagni dell'una corrispondono le perdite dell'altra e viceversa. (...) Considerato che la stima proviene da un soggetto in conflitto di interessi, nulla può garantire l'ente locale contro l'eventualità che la controparte bancaria prescelga*

la tecnica valutativa ovvero i relativi aggiustamenti che ritenga a sé stessa più convenienti,

se non una predeterminazione contrattuale dei criteri specifici in base ai quali il mtm verrà

calcolato.” (Sez. Reg. Contr. Veneto, Indagine sul fenomeno degli strumenti finanziari

derivati nelle province e nei comuni del Veneto, del. n. 93/2010).

In particolare, la conoscenza del valore di mercato non viene in rilievo solo al momento

dell'assunzione della decisione di acquisto dello strumento finanziario, ma anche nella fase

esecutiva del contratto, dovendosi valutarne la convenienza e, in ipotesi, la decisione di

recesso anticipato, a maggior ragione nel caso dell'acquisto di strumenti finanziari da parte

di enti pubblici che non possono derogare all'obbligo di impiegare proficuamente – e cioè

secondo criterio di economicità, efficienza ed efficacia-, evitando di mettere in pericolo le

proprie risorse in relazione ai fini che la legge impone loro di perseguire. *“È innegabile,*

infatti, che i derivati finanziari scontino un evidente rischio di mercato, non

preventivamente calcolabile, ed espongano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e

non prevedibili all'atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l'operazione di

investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell'ente.”

(in termini, C.Cost. n. 52/2010).

Si tratta di una fondamentale regola di sana e prudente gestione patrimoniale e finanziaria

da cui discende, nel caso del ricorso a strumenti finanziari derivati, un importante

corollario relativamente al monitoraggio del valore di mercato e ai criteri e metodi utilizzati

per il calcolo: questi, infatti, debbono essere esplicitati nel contratto e resi noti alla

controparte, essendo necessario che anche su tale contenuto contrattuale si forma il

consenso delle parti, non esistendo un mercato di riferimento ed essendo plurimi e

variamente complessi i criteri adottabili.

Per le medesime ragioni, poi, la conoscenza (e conoscibilità) dei dati e dei criteri utilizzati

per calcolare il valore di mercato viene in rilievo anche in relazione ai c.d. costi impliciti (o

costi occulti). Infatti, diversamente da un'operazione finanziaria tradizionale, il cui costo a carico dell'ente (in sostanza il tasso di interesse e le commissioni) è di regola evidente ed immediatamente rilevabile, le operazioni finanziarie derivate possono presentare al momento dell'attivazione dei costi impliciti nella misura in cui la posizione delle due parti non sia "par" e il delta tra i relativi valori non sia oggetto di corrispondente compensazione monetaria.

Come messo in evidenza anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 52/2010) *"la realtà ha ampiamente dimostrato che persino le operazioni di rinegoziazione dei contratti derivati, a seguito di ristrutturazione del debito, nel prevedere fin dall'inizio condizioni di sfavore degli enti, comportano l'assunzione di rischi aggiuntivi mediante lo spostamento nel tempo degli oneri derivanti da condizioni ancora più penalizzanti rispetto a quelle iniziali"*.

Tale considerazione assume valore rilevante anche sotto il profilo della distribuzione del rischio derivante dall'imprevedibilità dell'evoluzione futura del tasso variabile sottostante: una sua distribuzione simmetrica, infatti, presuppone che il *fair value* iniziale dell'IRS sia pari a zero, cioè che la differenza tra il valore atteso dei pagamenti delle due gambe (tasso fisso/tasso variabile) attualizzati alla data di stipula del contratto sia pari a zero (c.d. *par swap rate*, cioè il tasso che eguaglia a zero il *fair value* iniziale dell'IRS).

Un *fair value* iniziale diverso da zero è, dunque, indice di un assetto contrattuale dei reciproci interessi squilibrato, quanto ai rischi, in favore di una delle due controparti e a svantaggio dell'altra: infatti, se il tasso di riferimento per il calcolo dei pagamenti della c.d. gamba fissa dell'IRS è superiore al tasso *par swap*, la parte che effettua i pagamenti a tasso fisso e riceve pagamenti a tasso variabile di mercato avrà un guadagno potenziale inferiore (o una perdita potenziale maggiore) rispetto a quello della controparte che, viceversa, effettua pagamenti a tasso variabile e riceve pagamenti a tasso fisso.

Non può essere escluso che, in alcuni casi, potrebbe sussistere un interesse delle parti a

sottoscrivere un contratto che presenti *ab origine* un differenziale tra i valori delle due posizioni diverso da zero e ciò avviene se il differenziale è compensato mediante la retrocessione di una corrispondente commissione *upfront* ad opera della parte “in positivo” e a favore della parte “in negativo”, che riequilibra la struttura contrattuale ottenendo lo stesso effetto di far partire il contratto “*par*” (in tal caso, tuttavia, se la parte svantaggiata non è la banca, la finalità del derivato diventa non solo di copertura, ma anche di finanziamento, lasciando trasparire il concreto obiettivo a breve termine da parte degli enti di reperimento immediato di liquidità con traslazione in avanti nel tempo degli oneri a servizio del debito: sul punto SS.RR. in sede di controllo, n. 7/2015/AUD).

Quando, tuttavia, tale squilibrio non è ricomposto da un pagamento compensativo (in genere iniziale) è evidente che in capo alla parte per la quale il *fair value* iniziale è negativo (e che assume, quindi, i maggiori rischi del contratto) si determina un onere che, se non reso noto, costituisce un costo implicito (o nascosto) dell’IRS: di qui la centralità, più volte sottolineata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (recentemente, Cass. civ. SS.UU. n. 8770/2020), del problema delle asimmetrie informative nella fase di stipula del contratto, che riguardano anche altri aspetti della struttura dei contratti derivati del tipo IRS, comunque connessi alla determinazione iniziale dei tassi sulla base delle reciproche aspettative delle parti.

La differenza di valore tra le due posizioni, in assenza della corrispondente compensazione monetaria (o in presenza di una insufficiente compensazione monetaria), infatti, costituisce un costo, sopportato implicitamente ove non dichiarato, a carico della parte titolare della posizione con valore di mercato negativo.

Nel caso in cui la parte svantaggiata sia l’Ente sottoscrittore, tale costo è assimilabile a una commissione corrisposta dall’ente pubblico al momento dell’attivazione del derivato, sia pur nella forma negativa della mancata percezione del compenso che gli sarebbe spettato

a titolo di compensazione del valore negativo di partenza.

Dunque, la conoscenza del *mark to market* iniziale “*costituisce un fondamentale elemento valutativo che l’ente dovrebbe possedere, in una prospettiva di sana gestione finanziaria, al momento dell’attivazione dell’operazione. Esso consente, infatti, di apprezzare la reale gratuità dell’operazione ovvero, in presenza di costi impliciti, di valutare la convenienza per l’ente di sostenere detti costi, eventualmente ponendo in raffronto la proposta contrattuale in questione con le altre offerte analoghe potenzialmente rinvenibili sul mercato ovvero formulate da parte di altri operatori. Diversamente, ove non conosca il mtm iniziale dell’operazione, l’ente non è in condizione di sapere a quale prezzo sta commutando il suo patrimonio (con il derivato, invero, l’ente assume invero delle obbligazioni pecuniarie) e se le obbligazioni pecuniarie assunte dalla controparte sono congrue rispetto alle proprie ovvero se le une valgono di meno delle altre o viceversa” (Sez. Reg. Contr. Veneto, n. 93/2010.) .*

La sottoscrizione di un contratto derivato, facendo insorgere contemporaneamente obbligazioni a carico e a favore dell’ente, è destinato a produrre degli effetti patrimoniali che debbono essere congruamente valutati sotto il profilo dell’utilità e della remunerazione, analogamente a quanto dovrebbe avvenire per ogni atto di disposizione delle risorse dell’ente.

Con riferimento agli obblighi di contabilità ricadenti in capo agli enti locali *ratione temporis* vigenti, poi, la necessità di avere completa cognizione di tutti gli elementi informativi incidenti sulla determinazione dei flussi scambiati viene in rilievo sotto un duplice profilo: infatti, da un lato, in applicazione dei principi di veridicità, integrità ed attendibilità del bilancio dovrebbero essere contabilizzati appositi stanziamenti in uscita da imputare al titolo I, spese correnti, per i differenziali negativi ed al titolo III in entrata per i differenziali positivi senza operare alcuna compensazione tra le obbligazioni e, dall’altro lato, in

applicazione anche dei principi di una sana e prudente gestione finanziaria, dovrebbe essere costituito un apposito fondo di accantonamento destinato ad assorbire gli eventuali rischi futuri connessi alle operazioni di finanza derivata (che, quindi, presuppone sia la conoscenza del *mark to market* che la possibilità di compiere una valutazione del rischio – “*value at risk*”).

Non poteva (e non può) ritenersi rispondente a canoni di sana e prudente gestione finanziaria, quindi, porre in essere operazioni finanziarie, comprese quelle derivate, in assenza di una compiuta conoscenza del valore delle operazioni medesime e delle reali condizioni economiche alle quali l'operazione era posta in essere: tra i diversi elementi utilizzabili il *mark to market* ha un particolare valore informativo, in quanto racchiude la stima -con i già evidenziati limiti di uno strumento negoziato *over the counter*- in ordine al valore attuale dei flussi che presumibilmente saranno generati dall'operazione sulla base della configurazione che a quel momento hanno i parametri di mercato e delle relative previsioni andamentali per l'intera sua durata.

L'attendibilità della stima *mark to market*, data la sua rilevanza sul piano informativo e valutativo, imporrebbe, poi, che tale stima fosse effettuata da un soggetto in assenza di conflitti di interessi in relazione all'operazione da valutare.

Il problema della informativa in merito ai dati considerati e alle formule utilizzate per il calcolo delle curve *forward* (e del *mark to market*), quindi, assume ancor maggior rilevanza e diviene cruciale nel caso degli strumenti derivati del tipo OTC (*over the counter*), cioè negoziati al di fuori dei mercati regolamentati, in cui la banca riveste il duplice ruolo di intermediario (che dovrebbe, quindi, operare nell'interesse del cliente) e di venditore (che, quindi, opera nel proprio interesse), in posizione di potenziale conflitto di interessi.

Nell'assumere la decisione di ricorrere a strumenti finanziari derivati, quindi, il Comune di San Stino di Livenza avrebbe dovuto assumere peculiari cautele non potendo concludere

derivati speculativi: *“la Corte costituzionale, infatti, ha chiarito, con la decisione n. 52 del 2010 (che si ricollega a quella n. 376 del 2003), che il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, ai commi 4 e 6, dell'articolo 119 della Costituzione, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento (...). Infatti, i contratti derivati, in quanto aleatori, sarebbero già di per sé non stipulabili dalla P.A., poiché l'aleatorietà costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa”* (Cass. SS. UU. N. 8770/2020), dovendosi quindi concludere che le norme che li prevedevano per gli enti locali (nel caso in esame, l'art. 41 L. 488/01 e il successivo D.M. n. 389/2003), *“consentivano solo ciò che, normalmente, sarebbe stato vietato, con la conseguenza che dette previsioni erano anzitutto di natura eccezionale e di stretta interpretazione, avendo reso i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'ampissimo e medesimo genus)”* (ibidem).

Di talchè, esclusa sulla base della normativa vigente nel 2006 la possibilità di sottoscrizione di contratti derivati di natura speculativa, *“pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio”* (Cass. civ. SS.UU. n. 8770/2020).

2.3. La convenuta Pasquon afferma di aver condotto una articolata istruttoria, comparando

le due proposte contrattuali di Banca Intesa-Caboto e di Unicredit- UBM ed analizzando le

curve *forward* dei tassi di interesse, in linea con altre acquisite da fonti ufficiali.

Osserva il Collegio, tuttavia, che la convenuta non ha fornito alcun riscontro all'

affermazione: non è dato, infatti, sapere quali fossero le fonti "ufficiali" da cui la stessa

avrebbe attinto e, peraltro, -come risulta dalla dichiarazione resa dal Sindaco del Comune

di San Stino di Livenza su espressa richiesta della Procura regionale (doc. 15 allegato

all'atto di citazione)- agli atti del Comune non risulta alcun documento relativo

all'istruttoria compiuta, ad esclusione delle due proposte contrattuali surrichiamate.

La convenuta, tuttavia, ribadisce di aver compiuto "un'attenta istruttoria" (pag. 35

comparsa) all'esito della quale lo strumento scelto, che "non aveva natura complessa", "è

stato compreso": di come tale istruttoria, tuttavia, sia stata condotta, quali documenti

siano stati consultati, quali analisi siano state effettuate, quali dati siano stati acquisiti, non

vi è traccia, dal momento che non solo non risulta agli atti del Comune un fascicolo

istruttorio, ma non vi è neppure un documento finale riassuntivo del percorso e delle

analisi compiute da sottoporre al competente organo comunale per l'approvazione.

Neppure nelle motivazioni della delibera di Giunta comunale (a prescindere dalla

sussistenza della competenza ad adottare l'atto in capo a tale organo) si rinviene un

qualunque cenno alla attività istruttoria compiuta a monte della decisione, né delle ragioni

che hanno determinato l'Ente alla sottoscrizione del derivato del tipo *interest rate swap*

piuttosto che del tipo *collar*, pure oggetto di proposta da parte di entrambi gli intermediari,

né degli elementi che hanno indotto a ritenere tale tipologia contrattuale rispondente alle

esigenze dell'Ente e a esprimere, quindi, un giudizio di adeguatezza.

Afferma la convenuta che oggetto dell'istruttoria sarebbe stata, innanzitutto, la scelta della

"tipologia dell'IRS" tra "*cap o collar*" (testuale, p. 37 comparsa), affermando poi che "*la*

curva dei tassi crescente determinò la scelta di un IRS anziché di un Collar swap": in

disparte i problemi classificatori dei tipi contrattuali citati (in questa sede, poco rilevanti),

l'affermazione evidenzia il quantomeno impreciso, se non addirittura erroneo, approccio

alla problematica di cui si discute.

Tanto un *interest rate swap* quanto un *collar swap*, infatti, sono prodotti finanziari derivati

che possono avere finalità di copertura (e, quindi, entrambi avere la funzione di protezione

dal rischio di rialzo dei tassi e determinare un soggetto all'acquisto in presenza di una curva

crescente dei tassi di interesse), ciò in cui si differenziano è la diversa ingegneria finanziaria

che ne è alla base.

Il *collar*, infatti, è un'opzione su tassi costituita dalla combinazione fra l'acquisto di

un'opzione "*cap*" e la contestuale vendita di un'opzione "*floor*" che consente di contenere

le oscillazioni del parametro (In questo caso, l'euribor) all'interno di un corridoio,

delimitato in alto dal livello "*strike*" (i.e. lo *strike price*, cioè il livello "barriera", al

raggiungimento del quale l'opzione può essere esercitata) del *cap* e, in basso, dal livello

"*strike*" del *floor*: nel caso in cui il sottostante sia costituito dall'euribor, quando

quest'ultimo risulta superiore allo *strike* del *cap*, la parte riceve il differenziale dalla banca

e, in questo modo, limita il rialzo del parametro al livello *strike* del *cap*. Se invece l'Euribor

risulta inferiore allo *strike* del *floor*, la parte (venditrice del *floor*) paga il differenziale alla

banca. All'interno del corridoio l'opzione non scatta e quindi la parte resta alle condizioni di

mercato, ovvero paga oneri finanziari direttamente conseguenti all'andamento

dell'Euribor.

La scelta del tipo di strumento, quindi, è legata non tanto e non solo alla finalità di

copertura (che entrambi gli strumenti possono rivestire), quanto piuttosto alla valutazione

della convenienza che la struttura dell'uno o dell'altro offre in termini di contenimento e

riparto del rischio, anche in relazione alla peculiarità della condizione economico-

patrimoniale dell'Ente.

Ne consegue che anche l'individuazione dello strumento finanziario (tra quelli, ovviamente, consentiti agli enti pubblici dal D.M. 389/2003) deve necessariamente essere fatta da parte di un ente locale mediante l'analisi della struttura che il singolo strumento, in concreto, presenta nell'offerta dell'intermediario e non in termini puramente astratti, ben potendo l'obiettivo voluto essere raggiunto con una pluralità di tipologie di strumenti o, in ipotesi, anche con la combinazione di più d'uno (si veda, sul punto, il citato D.M. e la relativa circolare esplicativa del 27.5.2004).

Non appare sufficiente, quindi, una valutazione meramente comparativa dei tassi inclusi nell'offerta economica dell'uno o dell'altro intermediario, essendo invece necessaria un'analisi -come si è visto al punto 2.2.-, da condursi sulla base di specifiche conoscenze tecnico-professionali, previa acquisizione di un'ampia base informativa circa i parametri e le formule utilizzati per la costruzione dello strumento.

Del resto, la circolare del Ministero delle Finanze del 27 maggio 2004, pubblicata sulla G.U. n. 128 del 3 giugno 2004 (avente ad oggetto: *"Decreto 1 dicembre 2003, n. 389 recante "Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'art. 41, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448".Circolare esplicativa."*) riporta, in chiusura, l'avvertimento per cui *"considerata, infine, la particolare caratteristica di rischiosità strettamente connessa con l'attività in derivati, si raccomanda che gli enti destinatari del decreto n. 389 del 2003, a fine cautelativo, facciano riferimento alle norme del Regolamento di attuazione del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, adottato dalla CONSOB con Delibera del 1° luglio 1998 e successive modificazioni, con particolare riguardo agli articoli da 25 a 31 ed al "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari" allegato al predetto*

Regolamento CONSOB".

Il citato "Documento" (che è l'allegato 3 del Regolamento), nella parte 4, dedicata a "Operazioni su strumenti derivati eseguite fuori dai mercati organizzati. Gli swaps" sottolinea come "per le operazioni effettuate fuori dai mercati organizzati può risultare difficoltoso o impossibile liquidare una posizione o apprezzarne il valore effettivo e valutare l'effettiva esposizione al rischio. Per questi motivi, tali operazioni comportano l'assunzione di rischi più elevati", raccomandando, pertanto, che "prima di effettuare tali tipologie di operazioni l'investitore deve assumere tutte le informazioni rilevanti sulle medesime, le norme applicabili ed i rischi conseguenti" in quanto "i contratti di swaps comportano un elevato grado di rischio. Per questi contratti non esiste un mercato secondario e non esiste una forma standard. Esistono, al più, modelli standardizzati di contratto che sono solitamente adattati caso per caso nei dettagli. Per questi motivi potrebbe non essere possibile porre termine al contratto prima della scadenza concordata, se non sostenendo oneri elevati".

Evidenzia, poi il documento, che "alla stipula del contratto, il valore di uno swaps è sempre nullo ma esso può assumere rapidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto. Prima di sottoscrivere un contratto, l'investitore deve essere sicuro di aver ben compreso in quale modo e con quale rapidità le variazioni del parametro di riferimento si riflettono sulla determinazione dei differenziali che dovrà pagare o ricevere."

Tuttavia di tali, doverosi, accertamenti che avrebbero dovuto essere condotti in istruttoria non vi è traccia alcuna: dall'esame della documentazione in atti, al contrario, emerge che il Comune di San Stino di Livenza (e per esso, come si dirà meglio più avanti, la convenuta Pasquon e la Giunta comunale) ha declinato completamente in favore della banca ogni e qualsivoglia compito di progettazione e valutazione dello strumento, impegnandosi,

peraltro, a dare esecuzione al contratto senza alcuna facoltà e/o riserva di verifica (cfr.

contratto normativo, art.7, 9 10 prima parte e 12: in particolare, in tale ultimo articolo, è

previsto che *“Alla Banca viene demandato l’espletamento delle rilevazioni e dei conteggi*

richiesti per la determinazione dei costi di risoluzione del Contratto”: doc. 2 Procura).

Infatti, il *mark to market* iniziale non è mai menzionato, né nel contratto c.d. normativo

(doc. 2 Procura) -che, peraltro, prevede obblighi informativi esclusivamente in capo al

Comune: art.9- , né nel contratto *swap* (doc. 3 Procura), né ne è indicato il metodo di

calcolo, la formula matematica da utilizzare: ma ciò che desta le maggiori perplessità circa

le indagini svolte nella fase prodromica alla stipula del contratto è quanto si legge nella

deliberazione della Giunta comunale n. 89 del 2006 al terzo *“considerato”*: *“UBM si è resa*

disponibile (i) a fornire su richiesta del Comune il valore di “Mark to market” relativo ad

operazioni concluse con UBM e (ii) a monitorare l’evoluzione del mercato finanziario” (all. a

doc. 1 Procura).

In disparte la circostanza, di non secondario rilievo, che tale *“disponibilità”* non si è

tradotta in una clausola contrattuale (e quindi in un obbligo cogente per la banca), ciò che

emerge è che il Comune, non solo non conosceva il *mark to market* dello strumento

finanziario per la sottoscrizione del quale veniva data espressa autorizzazione attraverso la

delibera, ma affidava ad un soggetto in espresso ed evidente conflitto di interessi il

monitoraggio delle variabili incidenti sulla concreta attuazione dello strumento medesimo,

senza aver verificato (non essendo in possesso dei relativi dati) non solo gli scenari

probabilistici futuri (e, quindi, il livello di rischio a cui l’ente veniva esposto) ma anche il

riparto del rischio e l’eventuale esistenza di costi impliciti non dichiarati.

Se, come sembrerebbe desumersi dal tenore delle difese della convenuta Pasquon,

l’istruttoria è unicamente consistita nel confronto della curva *forward* dell’euribor 6m

rappresentata nelle proposte delle banche con quelle di altri operatori del mercato e,

quindi, nella mera conferma della uniformità tra le previsioni dell'andamento dei tassi

formulate dalla banca e quelle predisposte da terzi soggetti, non può non osservarsi che

tale attività poteva condurre unicamente ad un giudizio, in ipotesi, di mera affidabilità in

relazione ad uno solo degli elementi condizionanti i possibili scenari probabilistici,

valutazione che, peraltro, si riversa sul motivo del contratto (sulle ragioni, cioè, che hanno

indotto l'Ente a ricorrere allo strumento) e non certo sulla causa o sull'oggetto dello stesso.

Del resto, delle due proposte pervenute al Comune (doc. 15 Procura), solo quella di

Unicredit -UBM riporta, a pag. 6, la "curva forward Euribor 6m del 03 ottobre 2006". La

proposta di Intesa-Caboto non fornisce, invece, alcuna rappresentazione della predetta

curva, di talchè non è nemmeno dato sapere se, in relazione a tale seconda proposta, vi sia

stata la base per un qualunque raffronto con le previsioni della curva dei tassi predisposte

da terzi o anche solo un confronto con quelle riportate nella proposta Unicredit.

Osserva, poi, il Collegio che nella proposta Unicredit viene fornita una rappresentazione

grafica della curva dei tassi affiancata ad una tabella numerica, i cui dati non sono tra loro

coincidenti (ad esempio, alla scadenza del dicembre 2020 nel grafico il punto di incontro è

a metà tra il valore del 4,40 e del 4,60% -e, quindi, approssimativamente dovrebbe

corrispondere a 4,50% circa- mentre in tabella è indicato un valore del 4,29% -e, quindi, il

punto di incontro nel grafico avrebbe dovuto essere collocato addirittura al di sotto del

4,40%): non è dato, però, sapere che uso sia stato fatto di tali dati nelle valutazioni ed

analisi istruttorie asseritamente poste in essere.

Se, tuttavia, in entrambi i casi (grafico e tabella) ciò che è rappresentato è l'andamento

previsionale dell'Euribor6m per la durata del contratto derivato -e, quindi, lo sviluppo

prospettico dell'obbligazione di pagamento della banca-, applicando la curva alle

condizioni economiche della proposta di IRS, il contratto avrebbe favorito, comunque, la

banca: nel caso dei valori riportati in tabella ciò si sarebbe verificato per l'intero periodo di

validità del derivato (con la sola eccezione delle due scadenze del 31.12.2017 e del 30.6.2018 in cui la banca avrebbe pagato rispettivamente il 4,22 e il 4,26% a fronte del 4,20% che avrebbe pagato il Comune) dal momento che la misura dell'Euribor sarebbe stata sistematicamente inferiore al tasso fisso pagato dal Comune. Facendo, invece, riferimento ai valori desumibili dal grafico della curva *forward* (pur con i limiti di approssimazione dovuti alla grossolanità della rappresentazione) il contratto sarebbe risultato favorevole al Comune nel primo anno, per poi favorire la banca fino al dicembre 2014, il Comune fino a dicembre 2017 e, infine, la banca nuovamente fino alla conclusione del contratto (e, quindi, il contratto avrebbe avuto flussi positivi per il Comune complessivamente per 4 anni su 18).

Seppur con uno svolgimento diverso, anche in questo caso vi sarebbe stato *ex ante* (ed in misura prospettica) un evidente squilibrio tra le posizioni delle due parti contrattuali, in assenza di qualsiasi misura compensativa a favore del Comune (e, probabilmente, in presenza di maggiori costi impliciti a carico del Comune).

Come peraltro precisato in calce al grafico e alla tabella della proposta Unicredit, *"i valori Euribor 6m sono quelli impliciti nella curva dei tassi swap rilevata in data 3-10-2006"*, con la precisazione che *"il valore effettivo del tasso euribor6m potrà risultare anche significativamente diverso dai tassi oggi stimati"*.

Orbene, poiché il valore del tasso implicito (*forward*) nella curva dei tassi *swap* viene derivato dalla relazione tra il tasso *spot* di un IRS con durata maggiore e quello di un IRS di durata minore, appare evidente che la costruzione della curva *forward* dei tassi *swap* dipende da informazioni che sono in possesso della banca, ma non necessariamente della controparte contrattuale, se il parametro sono strumenti non negoziati in mercati regolamentati conclusi tra soggetti professionali e non.

Va, tuttavia, evidenziato che nella stessa proposta contrattuale la banca aveva formulato

l'avvertimento circa la limitata affidabilità delle stime, sia con la precisazione in calce al grafico sopra ricordata, sia soprattutto nella parte seconda (rubricata "Contesto normativo e previsioni contrattuali"), in cui veniva espressamente previsto che in sede di conferma dell'operazione l'ente avrebbe dovuto dichiarare *"di essere consapevole dei rischi della variazione dei tassi di interessi connessi all'Operazione"* e di essere conseguentemente disposto ad accettarli, nonché avrebbe dovuto, nel contratto normativo, *"prendere atto"* che il valore dei contratti oggetto dell'accordo *"è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, quindi, alcuna garanzia di mantenere invariato il valore di detto investimento"*.

Tale circostanza e, in sostanza, l'aleatorietà che connota tipicamente questa categoria di contratti -che, infatti, parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza riconducono al tipo civilistico della scommessa, benchè razionale (recentemente, Cass. civ. SS. UU. 8070/20)- avrebbe dovuto indurre l'amministrazione ad un particolare approfondimento degli scenari probabilistici futuri, tanto più che la necessità di ristrutturazione del debito attraverso il ricorso agli strumenti derivati era stata dettata nel caso in esame -sul punto le affermazioni dei convenuti sono concordi- dalla insostenibilità degli oneri finanziari derivanti dal contratto di mutuo originariamente stipulato a tasso variabile e dal conseguente rischio di violazione del patto di stabilità (nessuna delle parti convenute ha fornito, tuttavia, alcun elemento a sostegno di quest'ultima affermazione, non indicando quali parametri del patto sarebbero stati violati, dal momento che ai sensi del comma 142 della legge 266/05 le spese per interessi passivi erano escluse, per il triennio 2006/08, dal relativo calcolo).

Del resto, la rappresentazione di un andamento della curva dei tassi di interesse costantemente in crescita nell'arco di 18 anni (come era, appunto, nella proposta di

contratto di Unicredit) avrebbe dovuto indurre l'analizzatore a più articolate riflessioni

anche indipendentemente dall'avvertimento formulato dalla banca, essendo fatto notorio

che l'attendibilità delle previsioni in linea generale, e in materia finanziaria in particolare,

varia in misura inversamente proporzionale alla misura del periodo di riferimento.

Le ricadute e l'impatto dell'IRS sul bilancio e sul patrimonio del Comune avrebbero dovuto

essere oggetto, nell'ottica -doverosa per chi gestisce le pubbliche risorse- della "sana e

prudente gestione finanziaria" e dell'equilibrio di bilancio, di più che attento e

approfondito esame attraverso l'analisi dei dati che la banca, a richiesta, avrebbe dovuto

mettere a disposizione al fine di pervenire una valutazione che, se nel complesso positiva,

avrebbe potuto legittimamente supportare la sottoscrizione del contratto medesimo.

In questa prospettiva l'analitico esame (tanto nella fase prodromica alla stipula del

contratto quanto in quella successiva di esecuzione) e la stima degli oneri, anche impliciti,

dello strumento finanziario *"sulla base delle clausole matematiche in concreto adottate con*

riferimento all'andamento dei mercati finanziari" e degli *"elementi, di carattere non solo*

finanziario ma anche economico (valore del contratto nel suo complesso), costituiscono

indefettibili informazioni al fine della definizione dell'indebitamento pubblico" in quanto

"finalizzati a verificare che l'impostazione e la gestione del bilancio siano conformi alle

regole di sana amministrazione", dovendosi assicurare *"l'equilibrio tendenziale del bilancio*

preventivo alla gestione in corso ed agli esercizi futuri, in considerazione del forte impatto

che questi contratti aleatori e pluriennali possono avere (...) Ciò soprattutto in relazione

alla prevenzione di possibili decisioni improprie, le quali potrebbero essere favorite

dall'assenza di precisi ed invalicabili parametri di riferimento" (C. Cost. n. 70/2012, che ha

precisato, inoltre, che *"La forza espansiva dell'art. 81, quarto comma, Cost. nei riguardi*

delle fonti di spesa di carattere pluriennale, aventi componenti variabili e complesse, è

frutto di un costante orientamento di questa Corte (sentenze n. 68 del 2011, n. 141 e n. 100

del 2010, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991, n. 283 del 1991, n. 69 del 1989, n. 17 del 1968, n. 47 del 1967 e n. 1 del 1966”).

Alla luce di tali considerazioni, ritiene il Collegio che non possa trovare apprezzamento positivo l’ulteriore argomento difensivo svolto dalla convenuta Pasquon la quale, ribadendo che la valutazione deve essere condotta *ex ante* (assumendo, cioè, quale punto di riferimento l’esito ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto), ha sostenuto la legittimità della decisione di sottoscrivere il contratto richiamando l’analisi svolta, ora per allora, dal proprio consulente, prof. Lorian Pellizzon e oggetto della relazione prodotta in atti (doc. 1 Pasquon).

Il consulente conclude, infatti, per la legittimità della scelta del Comune di coprirsi dal rischio del rialzo dei tassi di interesse alla luce delle previsioni dell’andamento della curva dei tassi dal 2006 in poi. A tale conclusione lo stesso consulente perviene evidenziando come le stime della curva dei tassi effettuate dalle maggiori agenzie e operatori del mercato fossero tali da far ritenere opportuna la scelta di ricorrere ad uno strumento derivato come l’IRS al fine di fissare il livello del tasso di interesse, coprendosi dal rischio del rialzo, tanto più che la possibile alternativa, la stipula cioè di un contratto di mutuo a tasso fisso, risultava economicamente meno conveniente.

L’argomento non coglie nel segno. Come si è già detto in precedenza (cfr. punto 2.1), infatti, questa Corte non è chiamata tanto a valutare l’an, cioè la decisione -in sé e per sé- di cercare una soluzione che coprisse il Comune dal rischio di rialzo dei tassi, ma il *quomodo* della scelta del Comune, profilo nemmeno preso in considerazione dalla citata perizia.

Quest’ultima, invero e non senza una certa contraddizione in punto di metodo (si legge, infatti, nelle premesse che “*criticare la gestione dei derivati senza considerare la strategia di copertura e gli effetti dello stesso sull’intero portafoglio è tecnicamente sbagliato*”) altro

non è che una analisi condotta *ex post* -fondata su dati selezionati discrezionalmente dal professionista (né la relazione né la difesa della convenuta affermano che si tratta degli stessi dati utilizzati nel corso dell'istruttoria all'epoca di sottoscrizione del contratto) degli scenari probabilistici, peraltro con una netta prevalenza di utilizzo di proiezioni a breve termine (2006/2007) rispetto a quelle di lungo periodo-, del tutto avulsa dal concreto assetto del bilancio del Comune di San Stino di Livenza (l'"intero portafoglio" che, secondo le premesse della relazione, avrebbe invece dovuto essere considerato per non cadere in un errore tecnico), di cui non sono state considerate le componenti rilevanti (la capacità di finanziamento della spesa corrente, il livello e la struttura dell'indebitamento, l'ammontare dell'importo degli interessi passivi sui mutui in rapporto alle entrate correnti del titolo I, II e III ai fini dei parametri di deficitarietà di cui al D.M. 217/2003, la misura dell'accantonamento di bilancio adeguato a coprire le passività potenziali derivanti dall'IRS, tra le principali) ai fini della valutazione della sostenibilità in termini finanziari della scelta, tenuto conto che, attraverso l'operazione su derivati, l'Ente intendeva ristrutturare il debito mediante la stabilizzazione del tasso da variabile in fisso, con un aumento (certo) della misura degli oneri finanziari e un rischio (incerto, ma da considerare) di esposizione sul derivato, che avrebbe potuto generare tanto maggiori entrate, quanto ulteriori uscite per interessi passivi (in caso di perdita sul derivato).

Come rilevato, infatti, dalla Sezione regionale di controllo del Veneto nella delibera n. 566/2017/PRSE, a seguito dell'operazione di ristrutturazione del debito, il costo certo degli oneri finanziari a carico del Comune era dato dalla trasformazione in "tasso fisso" di quello originariamente "variabile" del mutuo, e, cioè, dalla somma del tasso fisso pagato dal Comune alla banca (la "gamba fissa" del derivato) maggiorato dello *spread* dello 0,18%, cioè della componente del tasso variabile pagato alla Cassa Depositi e Prestiti (euribor6M + 0,18%) non sterilizzata dalla "gamba variabile" dell'IRS pagata dalla banca al Comune

(euribor6m) e, quindi, 3,98% (3,80+0,18%) dal 2007 al 2009, 4,33% (4,15-0,18%) dal 2010 al 2013, 4,38% (4,20+0,18%) dal 2014 al 2018 e 4,78% (4,60+0,18%) dal 2019 al 2024.

Poiché, dunque, sotto il profilo economico l'IRS si sarebbe rivelato, in concreto, vantaggioso per il Comune solo nel caso in cui il tasso variabile di riferimento (euribor 6m) fosse stato maggiore a+ 0,18 p.b. rispetto a quello fisso previsto dall'IRS a carico del Comune, sotto il profilo finanziario l'impatto dell'IRS sugli equilibri di bilancio degli esercizi futuri non poteva non essere oggetto di approfondita analisi, non solo considerando i costi certi che ne sarebbero derivati, ma anche, in applicazione del principio di prudenza, tenendo conto del peggiore tra gli scenari probabilistici possibili (che si sarebbe verificato, ovviamente, per il Comune nel caso in cui la curva dei tassi assumesse un andamento diverso ed opposto rispetto a quello oggetto di previsione, con un ribasso progressivo del tasso euribor 6m).

Ciò nonostante, l'assetto (presente e futuro) del quadro finanziario del Comune è del tutto assente nelle considerazioni svolte dal consulente della convenuta, né, in verità, la stessa convenuta nelle proprie difese espone di aver svolto, in sede istruttoria, la benchè minima analisi dell'impatto sugli equilibri di bilancio, né una valutazione degli scenari probabilistici futuri.

La relazione prodotta dalla convenuta Pasquon, poi, al fine di corroborare le conclusioni a cui perviene, espone anche il calcolo del *mark to market* che, alla data del 16 novembre 2006, sarebbe stato pari a € 18.810.

La relazione non specifica se il valore positivo esposto è da considerarsi in relazione alla posizione del Comune (come sembra aver interpretato la convenuta Pasquon, affermando -senza fornire alcuna dimostrazione o prova sul punto- di aver calcolato il MTM alla data di sottoscrizione del contratto ed era positivo: cfr. pag. 39 comparsa) oppure a quella della banca, anche se, alla luce delle considerazioni successivamente formulate, appare evidente

che si tratta del secondo dei due casi, affrettandosi il consulente a specificare che tale valore corrisponde allo *spread* aggiuntivo di 0,13% che la banca avrebbe applicato a copertura del c.d. rischio di liquidità e che tale *costo* è inferiore a quello applicato, in relazione al contratto di mutuo, da Cassa DD e PP (0,18%).

Premesso che il consulente non espone i dati (limitandosi ad indicarne la fonte, Bloomberg) né la formula matematica in base a cui avrebbe calcolato il MTM secondo il principio del “portafoglio di replica” e ricordato altresì che, come già ampiamente illustrato (cfr. *supra*, 2.1), questo Collegio è stato chiamato a giudicare della conformità ai canoni della sana e prudente gestione finanziaria delle modalità della scelta di ricorrere allo strumento finanziario *de quo* (e quindi se, cioè, i soggetti, che a vario titolo hanno concorso a determinare la sottoscrizione del contratto, nella loro azione si sono attenuti, nell’ottica della tutela delle risorse pubbliche, a comportamenti improntati al rispetto dei principi di gestione del bilancio, nonché, più in generale, di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, incombendo il relativo obbligo), osserva il Collegio che, come già ampiamente illustrato (cfr. *supra*, 2.2.) lo squilibrio iniziale di un derivato costituisce, se non compensato da una commissione *upfront*, un costo occulto aggiuntivo -essendo la remunerazione della banca già inclusa nella misura del tasso fisso- che, nel caso in esame, il Comune avrebbe dovuto considerare e soppesare nelle proprie valutazioni (ciò che, come già detto, non è avvenuto).

Non solo. Fermo restando quanto sottolineato anche dalla già ricordata circolare del 2004 in merito alla necessità che gli strumenti finanziari sottoscritti dagli enti locali fossero “pari” (o perché il *mark to market* è pari a zero o perché, se negativo, compensato da una commissione *upfront* nei limiti dell’1% del nozionale di riferimento: art. 3 D.M. 389/03), appare evidente che un *mark to market* negativo nella fase iniziale non adeguatamente compensato potrebbe attribuire allo strumento derivato, anziché una finalità di copertura,

una finalità più prettamente speculativa (Sez. II App. n. 1306/2016, che richiama un indirizzo formatosi nella giurisprudenza di merito).

Risulta *per tabulas*, invece, che il *mark to market* (negativo) del derivato non fosse noto al Comune, in quanto non comunicato dalla banca né richiesto dal sottoscrittore, quest'ultimo essendosi accontentato della riferita disponibilità manifestata dalla banca a rendere noto il valore (disponibilità, come già rilevato, di cui viene fatto solo cenno nella premesse della delibera di Giunta, ma non risultante da alcun documento in atti, né tradotta in un concreto impegno contrattuale): tale elemento, pertanto, non ha concorso alla formazione della volontà del Comune, tanto che la mancata valutazione del *mark to market* è uno dei profili di contestazione da parte della Procura.

Solo a margine, peraltro, osserva il Collegio che, anche ammesso che il *mark to market* del derivato fosse stato positivo all'atto della sottoscrizione, la circostanza avrebbe a maggior ragione dovuto indurre il Comune ad analizzare con la massima attenzione lo sviluppo (ovviamente) prospettico del contratto, in considerazione del fatto che la banca non avrebbe avuto nessun interesse ad offrire quelle condizioni contrattuali se, da un lato, fin dall'inizio il contratto si fosse presentato come a sé sfavorevole e, dall'altro, la curva *forward* dei tassi avesse realmente avuto una prospettiva di rialzo progressivo e continuo per tutta la durata del contratto: la banca, infatti, si sarebbe trovata, in tal caso, in costante posizione di perdita.

Osserva, poi, il Collegio che nella fase di esame istruttorio si sono manifestate gravi carenze anche sotto altri profili, anche di maggiore e più immediata evidenza, ma non certo di minore rilevanza.

Non sembra, infatti, essere stato compiuto alcun esame delle clausole contrattuali dell'accordo quadro (il contratto c.d. normativo), che già da una prima, immediata e superficiale lettura appaiono gravemente squilibrate in favore della banca: l'ente

sottoscrittore, infatti, è posto in posizione peggiore non solo quanto agli obblighi informativi (art. 9, come si è già avuto modo di dire), ma anche in relazione alla rilevazione dei tassi di interesse e al calcolo dei flussi (art. 7: vengono effettuati dalla Banca e vi è rinuncia a priori di contestazione, visto che sono espressamente qualificati come definitivi, salvo errore che, tuttavia può essere rilevato solo dalla banca, dal momento che non vengono indicate le modalità), nonché al diritto di recesso (art.10).

Quest'ultimo, infatti, era riconosciuto in condizione di reciprocità nell'unico caso in cui un sopravvenuto mutamento delle norme avesse potuto incidere sull'esecuzione delle obbligazioni discendenti dall'accordo e dai contratti, mentre esclusivamente alla banca era riservata la possibilità di recesso unilaterale, non solo nelle ipotesi di cui all'art 1186 c.c., ma anche ogni qualvolta si fossero prodotte delle modificazioni della situazione patrimoniale del Comune potenzialmente pregiudicanti l'adempimento delle prestazioni a carico di quest'ultimo (elencate non esaustivamente nelle lettere da a) a g) ed includenti, ad esempio, anche l'avvio di procedure esecutive di qualsiasi genere, la mera notifica di un atto di precetto, la pendenza di un'azione di rivendica e finanche la pendenza di procedimenti disciplinari e amministrativi a carico del Comune o dei suoi organi amministrativi innanzi ad autorità preposte alla tutela delle attività economiche), con una previsione di estrema genericità, tale da farvi rientrare, all'occorrenza, anche circostanze del tutto avulse e prive di qualsiasi collegamento con i rapporti intercorrenti tra Comune e banca.

Né poteva ritenersi che tale squilibrio genetico in danno del Comune fosse controbilanciato o, quantomeno in parte, mitigato dalla previsione della possibilità di risoluzione per comune accordo delle parti, disciplinata dal successivo art. 12, perché il concreto atteggiarsi della clausola contrattuale poneva, ancora di più, la banca in posizione di supremazia: alla banca, infatti, erano demandati in via esclusiva le rilevazioni ed i conteggi

necessari per determinare i costi di risoluzione del contratto, senza che, tuttavia, fossero contrattualmente stabiliti criteri e parametri di calcolo, anche questi lasciati all'assoluto arbitrio della banca che, quindi, era libera di stabilire, in via del tutto unilaterale e nella sostanza in via meramente potestativa e discrezionale, costi e condizioni della fuoriuscita della controparte contrattuale (o, in ipotesi, della propria).

Orbene, non risulta agli atti (né, invero, alcuna delle parti convenute lo ha dedotto) che vi sia stata una analisi dei contenuti delle clausole contrattuali oggetto di proposta, una ponderazione delle reciproche posizioni, se non sotto il solo profilo delle condizioni economiche, sebbene si sia già visto come per tale aspetto ciò sia avvenuto unicamente mediante la comparazione della misura dei tassi (della "gamba fissa") proposta, senza alcuna analisi di natura tecnica sulla struttura in concreto dello strumento derivato e di natura finanziaria con riferimento all'impatto sul bilancio anche degli esercizi futuri.

L'accettazione di simili condizioni contrattuali avrebbe richiesto, invece, un esame approfondito del rischio contrattuale -ulteriore rispetto a quello, più strettamente economico, connesso alle variazioni dei tassi di interesse-, che imponeva, tra l'altro, un'attenta valutazione anche di possibili scenari di contenzioso, nonché della necessità e/o opportunità della previsione di misure di contenimento degli impatti negativi sul bilancio nell'ipotesi in cui lo squilibrio tra le reciproche obbligazioni rendesse finanziariamente insostenibile per il Comune l'adempimento delle proprie, e ciò non solo in relazione al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, ma anche dei doveri di gestione prudente ed oculata, nonché di preservazione dell'integrità, delle risorse pubbliche per la realizzazione dei propri fini istituzionali.

Da questo punto di vista la contestazione della Procura Regionale coglie nel segno, ciò significando che i già più volte enunciati principi di sana e prudente gestione finanziaria avrebbero imposto quantomeno una condizione di reciprocità anche nelle ipotesi di

recesso unilaterale e la predeterminazione di un criterio di quantificazione degli oneri per il

caso di recesso unilaterale (qualunque fosse la parte che lo esercitasse), in modo che fosse

consentito al Comune di valutare in ogni momento -e tanto più considerata l'ampiezza

dell'arco temporale di durata del contratto, 18 anni- la convenienza economica dello

strumento, offrendo la possibilità di compiere una scelta ragionevole e razionale circa il

mantenimento dello stesso (e non, come invece previsto nell'accordo quadro sottoscritto

ma anche nella proposta di Intesa-Caboto, la devoluzione integrale ed incondizionata alla

banca della determinazione dei costi di uscita): contrariamente a quanto sostenuto dalle

difese dei convenuti, infatti, una clausola di tal genere, e persino una di recesso *ad nutum*,

non sarebbe stata affatto incompatibile con la natura aleatoria degli strumenti finanziari,

essendo comunque le parti tenute al rispetto dei principi di buona fede (oggettiva) e

correttezza, ai quali è connesso il divieto di abuso del diritto (Cass. civ. Sez. III,

n.20106/2009).

Tale ponderazione si rendeva tanto più necessaria quanto più si consideri che l'art. 4 del

contratto normativo escludeva -per concorde assenso delle parti sulla natura aleatoria-

l'applicabilità dell'art. 1469 c.c. -e, cioè, la risoluzione per eccessiva onerosità- ai singoli

contratti stipulati sulla base dell'accordo quadro medesimo, con ciò precludendo il ricorso

ad una delle azioni rimediali tipiche degli squilibri contrattuali.

In conclusione, l'iter percorso per addivenire alla decisione di ricorrere a strumenti

finanziari derivati, e nella specie ad un *interest rate swap* del tipo *plain vanilla*, si è

perfezionato in spregio dei principi di sana e prudente gestione finanziaria e degli obblighi

di tutela e corretto uso delle risorse finanziarie pubbliche, in assenza di adeguata

istruttoria relativamente, da un lato, alla ingegneria finanziaria dello strumento in concreto

proposto da Unicredit, al suo valore di mercato, all'esistenza di costi impliciti, agli scenari

probabilistici futuri e, in ultima istanza, in relazione al suo impatto sui futuri equilibri di

bilancio, esponendo l'Ente al rischio di perdite ingenti, non ponderato e non ponderabile

non avendo la banca messo a disposizione -e non avendoli richiesti il Comune- i relativi elementi.

Dall'altro lato, invece, l'istruttoria non sembra essere stata accompagnata da alcun esame sui contenuti contrattuali (diversi dalle condizioni economiche), nonostante la semplice lettura delle clausole regolatorie dei reciproci rapporti (peraltro esplicitate fin dalla proposta di Unicredit: cfr. parte seconda, doc. 15 Procura) evidenziasse un amplissimo squilibrio tra le due posizioni, in favore della banca e con riferimento a cruciali profili (dagli obblighi informativi, alla possibilità di recesso, alla devoluzione completa ed incondizionata alla banca della gestione del contratto sotto il profilo delle rilevazioni, dei conteggi e del costo di uscita), non risultando in base a quali considerazioni un simile contenuto contrattuale sia stato ritenuto adeguato (e non, quantomeno potenzialmente, di nocumento) per l'Ente.

La circostanza, poi, che sia stata resa da parte del rappresentante del Comune (a ciò espressamente autorizzato dalla Giunta Comunale) la dichiarazione di essere "operatore qualificato" ai sensi dell'art. 31, comma 2, del Regolamento Consob n. 11522 del 1.7.1998 (all'epoca vigente), aggrava il quadro.

Il comma 2 dell'art. 31 reg. citato, infatti, definiva "operatori qualificati" *"gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e*

controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante”.

I convenuti affermano, unanimemente, che legittimava il rilascio di tale dichiarazione il fatto che la convenuta Pasquon possedesse una laurea in materie economiche e avesse seguito alcune giornate di studio tenutesi presso l'Amministrazione Provinciale di Treviso sull'accesso agli strumenti finanziari da parte degli enti locali.

In disparte il fatto che tali circostanze non sono state affatto documentate, appare evidente, per quanto detto, che la norma fa riferimento ad un preciso concetto di professionalità, richiedendo specifica (in materia di strumenti finanziari) competenza (e, quindi, formazione culturale e professionale) ed esperienza (cioè conoscenza degli strumenti a seguito di una pregressa pratica nell'utilizzo).

Non si mette in dubbio (benchè non oggetto di prova documentale) il possesso di titoli culturali (laurea in materie economiche) in capo alla convenuta Pasquon, ma la “specifico competenza ed esperienza” richiesta dalla norma si colloca in un ambito ulteriore rispetto alla (mera) partecipazione a giornate di studio (anche questa, comunque, non documentalmente provata) che attiene, invece, al diverso profilo della formazione professionale.

Nel testo normativo, infatti, ai fini della qualificazione dell'operatore, alla competenza è affiancata l'esperienza in materia finanziaria: in altre parole, non è sufficiente il livello di istruzione, benchè elevato, né una minima alfabetizzazione in materia di strumenti finanziari, ma è necessario che siano state effettuate in precedenza operazioni nella specifica materia degli strumenti finanziari (e, nel caso *de quo*, in strumenti derivati) e sia stata acquisita in tal modo la conoscenza delle regole che ne disciplinano il mercato.

La *ratio* della norma è chiara: l'intermediario può derogare agli obblighi informativi

(benchè non a tutti: l'art. 21, comma 1, lett a) del TUF prescrive a carico dell'intermediario

doveri di carattere generale che devono essere osservati anche quando la controparte è un

operatore qualificato) quando si rapporta con soggetti dotati di una competenza

professionale nel settore dell'attività dei servizi di investimento e che consente loro di

contrattare in modo più rapido, così contemperando la protezione del cliente con le ragioni

di celerità e di flessibilità dei rapporti contrattuali nel peculiare settore degli investimenti

mobiliari. Ma ciò, appunto, presuppone che il cliente sia in grado di conoscere e valutare le

caratteristiche e i rischi specifici dell'operazione.

La dichiarazione, infatti, consentiva all'intermediario (art. 31, comma 1 reg.) di non

applicare le norme sulla segnalazione dell'eventuale conflitto di interessi, la disciplina delle

informazioni tra intermediari ed investitori, le norme relative alla verifica dell'adeguatezza

dell'operazione, nonché la normativa sulla c.d. "*best execution*" (cioè l'obbligo, in capo

all'intermediario, di eseguire l'ordine del cliente in modo tale da consentire a quest'ultimo

di ottenere il migliore risultato possibile).

Con la dichiarazione resa dalla convenuta Pasquon su espressa autorizzazione della Giunta

Comunale, con la quale il Comune di San Stino di Livenza si è definito "operatore

qualificato" ai sensi del secondo comma dell'art 31 del Reg. Intermediari Consob (all'epoca

vigente), il Comune ha, quindi, rinunciato all'applicazione delle principali disposizioni che la

normativa prevedeva a tutela del cliente non professionale -quale senza ombra di dubbio

alcuno è il Comune medesimo- in un settore in cui la conoscenza e l'informazione

costituiscono aspetti fondamentali e cruciali.

Osserva a tal proposito il Collegio che, nell'ipotesi in cui la dichiarazione fosse stata resa -

come in parte sostenuto dalle difese dei convenuti- nella consapevolezza dei contenuti e

degli effetti che ne discendevano, la rinuncia ai meccanismi preventivi di tutela del cliente

al dettaglio si pone in netto contrasto con i fondamentali canoni di prudenza che devono

improntare il comportamento di coloro che gestiscono risorse pubbliche.

I profili di rischio connessi alla disapplicazione delle regole sul conflitto d'interessi e di

adeguatezza, infatti, sono (così come lo erano all'epoca) evidenti: l'intermediario,

svincolato dagli obblighi di informazione e trasparenza, è libero di collocare strumenti

costruiti a proprio vantaggio che potrebbero, viceversa, essere svantaggiosi, o quantomeno

non adeguati, per il cliente inconsapevole e non informato, in capo al quale si producono

effetti dannosi anche di ampia (o amplissima) portata.

Dall'altro lato, non sarebbero state rispettate le regole di prudenza neppure nell'ipotesi in

cui la dichiarazione fosse stata resa senza l'esatta cognizione del significato e delle relative

conseguenze, non trovando giustificazione alcuna il mancato approfondimento circa i

presupposti e il contenuto della dichiarazione medesima, nè tantomeno la sottoscrizione

"in bianco" di una dichiarazione attestante uno stato o qualità, peraltro non veritiera,

potenzialmente foriera di conseguenze negative in capo all'Ente.

Ricorda il Collegio che l'approccio all'uso degli strumenti finanziari derivati richiede

valutazioni molto complesse, estranee per logica e materia alle regole e ai principi della

finanza pubblica con la quale gli uffici finanziari degli enti operano quotidianamente: ciò

avrebbe dovuto suggerire l'affidamento di tali valutazioni (ed in particolare quelle relative

alla struttura e all'adeguatezza dello strumento) alla consulenza di soggetti professionali

tanto nella fase di sottoscrizione (onde verificare se, cioè, lo specifico strumento in

concreto proposto effettivamente fosse stato utile a soddisfare le esigenze per le quali

l'ente intendeva sottoscriverlo) quanto nel successivo monitoraggio, non potendo la scelta

(di sottoscrivere e di mantenere il derivato) fondarsi unicamente su elementi provenienti

dall'intermediario proponente, in (quantomeno potenziale) conflitto di interessi.

Assumono le difese dei convenuti che, a prescindere dal grado di approfondimento

dell'analisi effettuata in fase precontrattuale dal Comune, in realtà le conseguenze dannose contestate dalla Procura non deriverebbero direttamente dalla sottoscrizione del contratto derivato, ma dall'imprevedibile crisi finanziaria che ha coinvolto i mercati finanziari internazionali dalla fine del 2008, a seguito della quale sono state adottate dalle autorità regolatorie europee misure eccezionali, che hanno consentito un repentino e assai significativo calo dei tassi di interesse, con inversione della curva dei tassi *forward* che ha, quindi, nel caso in esame, portato ad un c.d. *netting* (il differenziale dei flussi oggetto di scambio, cioè) negativo per il Comune a partire dal 2010 in poi.

Tale circostanza, sostengono i convenuti, non avrebbe potuto essere prevista dal Comune né a seguito di una più approfondita istruttoria né tantomeno con il ricorso alla consulenza di un professionista esterno, così come non poteva essere prevista dalla stessa banca.

In disparte il fatto che l'imprevedibilità della crisi finanziaria del 2008 è un assunto indimostrato e che, comunque, avrebbe dovuto essere dimostrato anche il fatto che la crisi finanziaria mondiale ha costituito l'unica causa dell'andamento negativo del derivato - ciò che, appunto, non è dato - osserva il Collegio che l'argomento non coglie nel segno: come già più volte ricordato, oggetto del giudizio è la conformità agli obblighi connessi alla carica e al ruolo rivestito dai convenuti delle condotte poste in essere in relazione alla decisione di ricorrere agli strumenti di finanza derivata, rispetto al quale la crisi finanziaria del 2008 non costituisce, ovviamente, elemento idoneo né a interrompere il nesso di causalità, né tantomeno a fungere da esimente della responsabilità: non conferente appare, quindi, il richiamo a recenti pronunce di questa Corte (in particolare, Sez. Basilicata n. 2/2022) nelle quali è stato dato rilievo agli impatti della crisi finanziaria nella produzione di differenziali negativi su contratti derivati sottoscritto da un ente pubblico, avendo in quel caso la Sezione ritenuto provato il (diverso ed opposto, rispetto al caso *de quo*) presupposto del ruolo di decisore autonomo dell'ente pubblico, non di mero passivo

ricettore delle iniziative delle banche, nella fase prodromica alla stipula dei contratti (alla quale, peraltro, l'ente in questione era pervenuto previa acquisizione di parere dal MEF).

2.4. Ritiene il Collegio, alla luce di quanto sin qui detto, che la Procura regionale abbia correttamente individuato, quali soggetti a cui imputare in parti uguali tra loro la responsabilità conseguente a tali comportamenti -assunti in violazione delle norme di condotta che regolano la gestione delle risorse pubbliche nonché quelle specifiche relative all'accesso agli strumenti finanziari da parte degli enti locali-, la d.ssa Stefania Pasquon, responsabile del Servizio Finanziario del Comune di San Stino di Livenza, e i componenti della Giunta Comunale che hanno approvato la deliberazione n 184/2006 con la quale è stata autorizzata la medesima d.ssa Pasquon a sottoscrivere i contratti (accordo quadro e derivato) nonché la già ricordata dichiarazione ex art. 31, comma 2, reg. Intermediari Consob.

Alla prima, infatti, nella sua qualità di responsabile del procedimento vanno imputate le già evidenziate carenze dell'istruttoria precedente l'assunzione della decisione da parte della Giunta Comunale, condotta con grave negligenza ed imperizia, in assenza delle necessarie competenze e senza aver evidenziato la necessità di avvalersi, per tale motivo, di un consulente esterno specializzato in operazioni di tal genere.

La stessa, poi, benchè munita di autorizzazione della Giunta Comunale, ha esercitato il potere di contrattare e sottoscrivere i contratti impegnando il Comune in un'operazione in finanza derivata aderendo acriticamente e fideisticamente alla proposta della banca, nonché ha reso la dichiarazione, non veritiera, di cui all'art. 31, comma 2 del Reg. Intermediari Consob *pro tempore* vigente circa il possesso della qualifica di "operatore qualificato".

Il giudizio di grave colpevolezza va, comunque, esteso in pari misura anche ai componenti della Giunta comunale, sigg. Luigino Moro (sindaco), Rita Zanutel, Adriano Anzanello,

Patrizio Crosariol, Gianfranco Lazzer, Vittore Marcon e Gino Segatto (assessori), che

votarono all'unanimità la deliberazione n. 184 del 16 novembre 2006, con cui venne

approvata la proposta di Unicredit e autorizzata la funzionaria alla stipula ed al

perfezionamento del contratto che formalizzava l'operazione di finanza derivata (sul

punto, Sez. II App. n. 1306/2016): questi, infatti, con assoluta ed inescusabile superficialità

hanno dato il loro assenso ad una operazione finanziaria di tal genere, che avrebbe

impegnato il bilancio dell'ente per i successivi diciotto anni, basandosi unicamente su

quanto verbalmente riferito dal responsabile del servizio finanziario e senza la

consultazione di documenti di analisi, fondando il proprio giudizio solo su una

stringatissima proposta contrattuale della banca, dalla quale non era possibile, in assenza

di dei dati su cui eseguire analitiche valutazioni, comprendere non solo l'adeguatezza dello

strumento alle finalità volute dall'ente, ma anche l'impatto finanziario sugli equilibri di

bilancio, i reali costi e la misura dell'esposizione al rischio di uno strumento tipicamente

aleatorio.

Come condivisibilmente osservato in un caso analogo, infatti, *"gli amministratori*

avrebbero dovuto agire con estrema cautela al fine di tutelare l'interesse finanziario

dell'ente territoriale in un ambito contrattuale del tutto nuovo e privo di modelli tipizzati,

prima di autorizzare la sottoscrizione ed il perfezionamento del contratto" (Sez. II App. n.

1306/2016), assumendo un atteggiamento prudente, rifuggendo, da un lato, da illusioni

cognitive di padronanza di strumenti complessi precedentemente mai utilizzati e, dall'altro,

dall'accettazione passiva di soluzioni incomprensibili recepite acriticamente su base

fiduciaria, e ciò nell'ottica, doverosa, dei principi di sana gestione finanziaria, del rispetto

dei vincoli di finanza pubblica oltre che dei vincoli funzionali di cui all'art. 41 commi I e II

della L. 448/2001 (Finanziaria del 2002) e all'art. 202 TUEL, come evidenziato nella già

ricordata circolare esplicativa del D. M. 389/2003, emessa in data 27 maggio 2004.

Poiché, infatti, la possibilità che il contratto comportasse spese a carico

dell'amministrazione anche a carico degli esercizi successivi era tutt'altro che remota,

essendo connaturata alla natura aleatoria del negozio, una decisione di tale portata non

poteva essere assunta basandosi su presunti effetti favorevoli di breve (o brevissimo)

periodo, *"dovendosi tenere conto, altresì, dei rischi connessi alle diverse condizioni di*

indebitamento, alla durata del debito e alle modalità di estinzione della passività. In questa

ottica, si è affermato che una rinegoziazione non può essere uno strumento da utilizzare

immediatamente per fare fronte alla spesa corrente, soprattutto qualora il suo esito sia di

allungare i termini di pagamento del debito originario" (Cass. civ. SS.UU. n. 8770/2020).

L'auspicato effetto di trasformazione del tasso da variabile a fisso, quindi, non poteva

essere preso in considerazione senza tenere conto, altresì, dei rischi connessi alle diverse

condizioni di indebitamento, alla durata del debito e alle modalità di estinzione della

passività.

Non va, infine, dimenticato che i componenti della Giunta comunale convenuti in giudizio

hanno assunto la deliberazione *de qua* benchè la relativa competenza fosse estranea a

quelle della Giunta in quanto riservata al Consiglio Comunale.

Come correttamente rilevato dalla Procura regionale sulla scorta di una consolidata

giurisprudenza (da ultimo Cass. civ. SS.UU. n. 8770/2020), infatti, ai sensi dell'articolo 42,

comma 2, lett. i), TUEL rientrano nella competenza del consiglio comunale le decisioni su

"spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)", quale appunto quella in

discussione, non assimilabile -per le ampie ragioni sopra illustrate- *"ad un semplice atto di*

gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad

esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza

gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico" (Cass. civ. SS.UU. n.8770/2020).

I convenuti sminuiscono il rilievo della contestazione deducendo che, se anche la delibera

fosse stata adottata dal consiglio comunale, nulla sarebbe mutato, poiché la Giunta era

sostenuta da una salda e leale maggioranza consiliare, che avrebbe -come sempre

avvenuto nel corso dell'intero mandato- approvato la proposta proveniente dalla Giunta.

L'argomento è irrilevante ed inconferente.

La circostanza che la decisione sia stata formalizzata in una delibera della Giunta, organo

incompetente, infatti, è diretta conferma della inescusabile superficialità e della grave

imperizia con cui i convenuti, ciascuno per la propria parte ed in relazione al proprio ruolo,

hanno trattato la questione.

Se, infatti, fossero stati svolti gli approfondimenti e le analisi necessarie a comprendere la

natura, la struttura e il funzionamento dello strumento finanziario in concreto proposto ed

i conseguenti impatti sul bilancio dell'Ente, non avrebbero potuto sorgere dubbi circa la

competenza consiliare all'adozione dell'atto autorizzatorio: *"gli enti locali erano obbligati a*

concludere swaps con fini di copertura dichiarati. Ciò significa che era presente un

collegamento negoziale ex lege e che tale circostanza rendeva necessario l'intervento del

Consiglio comunale, poiché il contratto precedente era comunemente un mutuo e, dunque,

il collegamento de quo riguardava atti che costituivano indebitamento". "Deve perciò

affermarsi che, ove l'IRS negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento

dell'ente, l'operazione economica debba, a pena di nullità della pattuizione conclusa, essere

autorizzata dal Consiglio comunale, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va

accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - per il principio di

trasparenza della contabilità pubblica - anche i costi occulti che gravano sulla concreta

disciplina del rapporto di swap" (Cass. civ. SS. UU.n. 8770/2020).

La difesa dei convenuti componenti la Giunta, peraltro, nega che possa essere addebitata a

questi ultimi qualsiasi responsabilità per il fatto che con la delibera adottata non sarebbe

stata autorizzata la conclusione di uno specifico contratto a determinate condizioni, non

essendosi formata alcuna volontà su uno specifico contenuto, essendosi la Giunta pronunciata su una mera proposta.

Osserva il Collegio che l'affermazione è smentita *per tabulas* dalla lettura della stessa delibera di Giunta (doc. 6 Procura), dalla quale si evince inequivocabilmente che oggetto dell'autorizzazione non era -come vorrebbe la difesa dei convenuti- un mero "atto di indirizzo politico" o, piuttosto come viene adombrato nelle difese, una sorta di delega "in bianco" alla funzionaria per la scelta discrezionale dello strumento e delle relative condizioni economiche: ciò che è stato autorizzato è, infatti, il perfezionamento per iscritto di accordi già raggiunti per le vie brevi (cfr. premesse, primo alinea) in relazione ad una specifica proposta di contratto (terzo alinea delle premesse) "indicata come IRS" ed allegata alla deliberazione medesima (si ricorderà che la stessa proposta, nella seconda parte, riportava dettagliatamente i contenuti del futuro accordo quadro), residuando unicamente il margine (minimo in linea teorica e, nel caso concreto, nullo: i contratti sottoscritti sono, infatti, del tutto conformi alla proposta: doc 2 -3 e 15 Procura) della fissazione delle condizioni economiche del derivato (peraltro, anche queste esposte nella proposta), da aggiornare (punto 4 del deliberato) alla data di sottoscrizione (come è tipico di tutti gli strumenti finanziari, soggetti a rapide variazioni di valore e prezzo).

Con lo stesso atto, poi, la Giunta ha espressamente deliberato di *"accettare, mediante apposita dichiarazione scritta rilasciata dalla Responsabile del Servizio finanziario, che i rapporti tra UBM e il Comune siano regolati dalle previsioni e disposizioni concernenti gli "operatori qualificati", così come previsto dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 emanato in attuazione del D.Lgs. 58/98"*.

I convenuti, infine, hanno evidenziato che la Procura non avrebbe evocato in giudizio (comunque tenuto in adeguato conto il ruolo di) taluni soggetti i cui comportamenti hanno avuto incidenza nella determinazione di assumere la contestata deliberazione.

La Giunta, infatti, sarebbe stata indotta a ritenere adeguata l'operazione in derivati sulla base dell'istruttoria compiuta oltre che dalla Responsabile del Servizio finanziario, anche dal Segretario dell'Ente, dr. Lino Nobile che, infatti, avrebbe attestato la conformità della delibera "alle leggi, allo Statuto e ai regolamenti".

Per altro verso, poi, avrebbe dovuto tenersi in considerazione il comportamento, contrario agli obblighi di correttezza imposti dall'art. 21 del T.U.F, tenuto dalla banca che, ben sapendo che il Comune non poteva fondatamente qualificarsi come "operatore qualificato", ne ha comunque tratto vantaggio astenendosi dagli obblighi informativi a cui sarebbe stata tenuta nei confronti di un cliente privo della necessaria professionalità.

Quanto al ruolo in concreto svolto del Segretario comunale -in verità oggetto di analoghe deduzioni anche da parte della convenuta Pasquon- nella fase istruttoria, osserva il Collegio che l'affermazione non trova alcun riscontro in atti, né tra gli atti del fascicolo di indagine prodotto in giudizio dal Pubblico Ministero, nè risultando prodotta dalle parti che hanno interesse a far valere la circostanza alcuna prova documentale (o anche solo principio di prova) che corrobori l'assunto che, pertanto, nessun rilievo può avere ai fini del giudizio.

Quanto, poi, all'attestazione di conformità apposta a margine della delibera dal Segretario, dalla medesima non può essere tratto alcun elemento a supporto dell'assunto: come è noto, infatti, se è vero che l'art. 97 del TUEL affida al segretario comunale funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi comunali in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti (art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000) nonché funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta (art. 97, comma 4, lettera a, del d.lgs. n. 267 del 2000), è altrettanto vero che la verifica di legittimità, prima diffusa (L. 142/90), è stata circoscritta ai soli casi in cui l'ente non abbia responsabili dei servizi, ciò

che però non si dà nel caso *de quo*, in cui il parere di regolarità tecnica-amministrativa è stato reso, come di regola, dal responsabile del servizio finanziario.

Ciò non significa che le attribuzioni del segretario comunale -coerenti con il ruolo di garante della legalità che l'ordinamento di settore gli assegna- siano del tutto pretermesse, tuttavia, per poter configurare una concorrente responsabilità amministrativa del segretario riveniente dagli effetti di un atto adottato dalla giunta in presenza di un parere positivo del competente responsabile del servizio, non è sufficiente invocare le -pur delicate- funzioni attribuitegli in via generale: in presenza del vaglio di legittimità operato dall'organo a ciò deputato (il responsabile del servizio finanziario) ed in assenza della prova del coinvolgimento in concreto del segretario ad altro titolo nel procedimento, non può essere presunta alcuna responsabilità "di posizione", avendo da tempo questa Corte escluso la connotazione della responsabilità erariale come oggettiva.

Ai fini dell'esclusione dell'imputazione della responsabilità (o, comunque, della sua graduazione) non può darsi rilievo, a giudizio del Collegio, neppure al diverso ordine di considerazioni svolte dai convenuti in relazione alla lamentata violazione degli obblighi informativi da parte della banca, a loro dire non esclusi dalla dichiarazione di "operatore qualificato", essendo comunque tenuta la banca a verificare la fondatezza della dichiarazione.

Non ignora il Collegio l'esistenza di un'ampia giurisprudenza, anche di legittimità, in merito alla natura e agli effetti della dichiarazione prevista dall'art. 31, comma 2, reg. Intermediari Consob (all'epoca vigente) e, in particolare, di quell'orientamento -sul quale sembra fondarsi l'argomentazione difensiva- che riconosce in capo all'intermediario un obbligo di verifica dell'effettività del possesso della qualifica dichiarata, dalla violazione del quale discende la nullità del contratto.

Tuttavia, nell'ottica di giudizio qui assunta tale indirizzo non può trovare alcun rilievo,

giacchè non della validità del contratto in relazione agli obblighi di correttezza e trasparenza tra parti contraenti si discute, ma della violazione dei doveri ed obblighi di servizio nell'azione di taluni soggetti a cui la legge ha affidato l'amministrazione della cosa pubblica secondo i principi di sana e prudente gestione finanziaria.

In altre parole, oggetto del presente giudizio non è il rispetto dell'obbligo civilistico di agire secondo buona fede (oggettiva, su cui si fonda il richiamato orientamento) tra future parti contraenti, ma il rispetto da parte di amministratori e funzionari pubblici del fondamentale dovere, discendente dall'esistenza di un rapporto di servizio con l'amministrazione, di agire secondo prudenza e perizia, corollario del più generale dovere di tutela delle risorse pubbliche.

Né l'ipotetica nullità del contratto IRS (dedotta anche in relazione all'incompetenza della Giunta a deliberare in merito alla ristrutturazione del debito e alla mancata indicazione del MTM) potrebbe venire in rilievo sotto il diverso profilo del nesso di causalità, come pure dedotto dai convenuti, secondo i quali la causazione del danno sarebbe da imputarsi non a coloro che il contratto sottoscrissero, ma a coloro i quali, succeduti nella carica di amministratori, non hanno promosso le opportune azioni risarcitorie e restitutorie, che avrebbero eliso completamente il danno, di talchè quest'ultimo deve ritenersi causato dalla transazione intercorsa con Unicredit ed approvata con delibera consiliare n. 23 del 12 ottobre 2020, con la quale, a fronte della corresponsione di una somma irrisoria, il Comune ha rinunciato ad ogni azione nei confronti della banca.

Osserva il Collegio come tale prospettazione non possa trovare accoglimento, poiché non vi è prova (né elementi di giudizio in merito) della certezza dell'esito favorevole delle ipotizzate azioni risarcitoria e/o restitutoria, peraltro oggetto di preventiva valutazione da parte del consulente legale del Comune, Prof. Avv. Marcello Maggiolo, che ne ha evidenziato l'alea nella misura del 50% anche tenendo conto dell'orientamento emergente

dalla più volte citata sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 8770/20 (cfr.

premesse della delibera consiliare n. 23 del 12.10.2020), tanto da indicare tale criterio per

la quantificazione dell'importo della transazione.

La transazione, infatti, potrebbe interrompere il nesso di causalità, assumendo

un'autonoma valenza causativa del danno, solo quando fosse irragionevole ovvero frutto di

scelte illogiche, *contra legem*, abnormi o che abbiano comportato la liquidazione di poste

di danno non dovute: nel caso in esame, *"l'accordo transattivo non si fonda su scelte*

irragionevoli, arbitrarie, illogiche o abnormi, ma al contrario costituisce il frutto legittimo di

una ponderata valutazione, finalizzata a salvaguardare gli interessi patrimoniali pubblici

mediante una ragionata analisi del rapporto costi/benefici in relazione alla dinamica del

caso concreto (cfr., ad es., Sez. II App. n. 67 del 2020 e 741 del 2018; Sez. III App. nn. 536 del

2017 e 53 del 2017 e Sez. App. Sicilia n. 271 del 2013)" (Sez. III App. n. 7/21).

Rispetto al presente giudizio, dunque, l'atto di transazione rappresenta un mero fatto

storico che non interrompe, di per sé, il nesso causale tra la condotta tenuta dai convenuti

e l'esborso sostenuto dall'Ente, semplicemente avendo avuto come effetto la fissazione nel

tempo della misura di detto esborso (cfr. *supra*, 2.1.).

2.5 La Procura regionale ha quantificato il danno causato nella somma corrispondente ai

flussi in uscita dal bilancio del Comune verso la banca dal 2007 al 2020, pari a complessivi

euro 400.465,38, tuttavia operando una decurtazione del 20% in ragione del contesto

generale in cui deve essere iscritta l'operazione oggetto di contestazione, caratterizzato da

un obiettivo *favor* per l'utilizzo della finanza derivata da parte degli enti locali per la

ristrutturazione dell'indebitamento e tenendo conto, inoltre, che il Comune non ha versato

alla banca i flussi maturatisi al 31.12.2009 e al 30.6.2020 per un importo complessivo di

euro 27.537,64. Così rideterminato, il danno contestato è stato quantificato in euro

298.342,20.

Ritiene il Collegio che il criterio utilizzato dalla Procura regionale per la quantificazione del

danno sia corretto e condivisibile, costituendo la logica conclusione delle premesse sopra

illustrate.

Lamentano le difese dei convenuti che nella determinazione della misura del danno non sia

stato tenuto conto dell'importo di euro 101.437,88 che la banca ha corrisposto al Comune

in forza della citata transazione (appunto, come "ulteriore ristoro transattivo" oltre alla

chiusura del contratto a costo "zero" e alla rinuncia ai flussi maturati negli ultimi due

semestri), attribuendo a tale riconoscimento un valore risarcitorio, avendo ridotto

l'esposizione finanziaria del Comune e, quindi, anche l'asserito danno erariale.

Contrariamente, infatti, a quanto esposto dalle difese (che hanno interpretato la dicitura

"ulteriore ristoro transattivo" come "ristoro parziale per le perdite subite"), dalla

complessiva lettura dell'atto di transazione (doc.7 Pasquon) -e come condivisibilmente

evidenziato dalla Procura Regionale- si evince senza possibilità di equivoco alcuno che la

somma costituisce la contropartita per la rinuncia da parte del Comune a qualsivoglia

azione giudiziaria nei confronti della banca disciplinata dalla transazione stessa (unico altro

contenuto dell'accordo, a cui le parti hanno attribuito valore novativo ex art.1976 c.c.),

Deve, poi, escludersi la rilevanza dell'ulteriore argomento speso dalle difese dei convenuti

circa l'inesistenza del danno per il fatto che il costo complessivo dell'IRS sarebbe stato

inferiore a quello che il Comune avrebbe dovuto sostenere in termini di oneri finanziari nel

caso in cui avesse percorso, al fine di pervenire ad una stabilizzazione del tasso di interesse,

l'alternativa della rinegoziazione del mutuo con Cassa Depositi e Prestiti, estinguendo

quello a tasso variabile e sottoscrivendone uno a tasso fisso.

Al di là della considerazione, persino ovvia, che non vi è prova in atti della misura del tasso

di interesse fisso applicato ai mutui contratti con Cassa Depositi e Prestiti nel 2006, né del

fatto che il Comune si sia attivato con la Cassa per la rinegoziazione del mutuo in essere,

l'argomento non è conferente rispetto all'oggetto del presente giudizio che, come peraltro più volte sottolineato, non attiene all'*an* della scelta del Comune, ma al *quomodo*.

2.6 Alla luce di quanto già detto in punto di determinazione della misura del danno, non vi è spazio per l'utilizzo del potere riduttivo, avendo già operato la Procura Regionale, in sede di contestazione del danno, una riduzione della sua misura ritenuta equa dal Collegio in relazione alle circostanze dedotte.

Né può costituire motivo per un'ulteriore riduzione il presunto mancato coinvolgimento del segretario comunale invocato dalla difesa della convenuta Pasquon, stante l'assenza di qualsivoglia elemento di prova dell'effettiva partecipazione (con)causale dello stesso all'assunzione della decisione, come peraltro già sopra evidenziato.

3. I convenuti componenti la Giunta del Comune di San Stino di Livenza hanno formulato articolate istanze istruttorie che, tuttavia, non possono essere accolte in quanto inammissibili ed irrilevanti.

La prova testimoniale richiesta, infatti, verte o su circostanze (cap. 3, 5, 6, e 9) che sono da provarsi documentalmente in quanto attinenti alla misura dei tassi praticati da Cassa Depositi e Prestiti, al possesso di titoli di studio e professionali da parte del Responsabile del Servizio Finanziario, alla composizione politica del consiglio comunale e alla durata in carica dei membri della Giunta (queste ultime, inoltre, irrilevanti ai fini del decidere), oppure su circostanze irrilevanti o non oggetto di contestazione (cap.1, 2, 4, 7) ovvero negative (cap. 8).

E' inammissibile, poi, anche il richiesto ordine di esibizione al Comune di San Stino di Livenza finalizzato all'acquisizione agli atti del giudizio di una serie di documenti che le parti, con la necessaria diligenza, avrebbero potuto -e dovuto- autonomamente acquisire mediante accesso *ex lege* 241/90, in disparte il fatto che i documenti di cui alle lettere C4 e C5 risultano, in realtà, prodotti in atti.

L'istanza di assunzione di informazioni, formulata in via alternativa alla precedente, avente ad oggetto la misura del tasso fisso praticato da Cassa Depositi e Prestiti nel 2006 è in pari misura inammissibile, trattandosi di dato soggetto a forme di pubblicità e, in ogni caso, acquisibile dagli interessati con l'ordinaria diligenza mediante gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

Osserva il Collegio che i mezzi istruttori in questione non possono supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova e, in linea generale, alla mancata osservanza degli obblighi di allegazione processuale in capo alle parti che deducono determinate circostanze. La loro ammissibilità è vincolata all'indisponibilità della prova e presuppone, secondo una più che consolidata giurisprudenza, il duplice requisito della necessità e dell'indispensabilità in ordine alla cui sussistenza, peraltro, la parte istante nulla ha dedotto ed argomentato.

Tutte le parti del giudizio hanno, infine, richiesto consulenza tecnica, finalizzata a descrivere il meccanismo di funzionamento del contratto IRS anche in relazione alle possibili alternative nello scenario del 2006, a verificare gli effetti della crisi finanziaria del 2008, nonché (per la sola convenuta Pasquon) a determinare la misura della riduzione dell'eventuale risarcimento dovuto in ragione della concorrenza di tali fattori esterni.

La richiesta CTU è, con tutta evidenza, inammissibile avendo ad oggetto, da un lato, la mera descrizione di circostanze che, se ritenute rilevanti, avrebbero dovuto essere specificamente allegate e documentate dalla parte che ne aveva interesse, non potendo la CTU sopperire all'obbligo di allegazione delle parti, né rivestire carattere meramente esplorativo e, dall'altro, questioni di carattere strettamente giuridico, che esulano dall'ambito di ammissibilità del mezzo.

4. In base al principio della soccombenza, alla condanna al risarcimento del danno in favore del Comune di San Stino di Livenza consegue, ex art. 31 c.g.c., anche la condanna dei

convenuti in solido tra loro al pagamento delle spese del giudizio in favore dello Stato, che vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Regionale per il Veneto, definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al n. **31692** del registro di Segreteria promosso dalla Procura Regionale nei confronti di **MORO LUIGINO ED ALTRI**, ogni diversa domanda od eccezione respinta,

RESPINGE

L'eccezione preliminare di prescrizione
e, in accoglimento della domanda della Procura regionale,

CONDANNA

-I convenuti in parti uguali al risarcimento del danno in favore del Comune di San Stino di Livenza (VE) nella misura di euro 298.342,20 (duecentonovantottomilatrecentoquarantadue/20);

-sulla somma come sopra determinata, da ritenersi comprensiva di rivalutazione monetaria, sono dovuti gli interessi legali dal deposito della sentenza sino all'effettivo soddisfo;

CONDANNA

ex art. 31 c.g.c., i convenuti in solido tra loro al pagamento in favore dello Stato delle spese di giudizio che liquida in euro 416,00 (quattrocentosedici/00).

Manda alla Segreteria per i seguiti di competenza.

Così pronunciato in Venezia, all'esito dell'udienza del 5 maggio 2022, nelle camere di consiglio del 5 maggio 2022 e 22 giugno 2022.

IL GIUDICE RELATORE

IL PRESIDENTE

Daniela Alberghini

Carlo Greco

(firmato digitalmente)

(firmato digitalmente)

Depositato in Segreteria il 12/04/2023

Il Funzionario preposto

(firmato digitalmente)

Stefano Mizgur