

**Tribunale Ordinario di Pescara**

SI COMUNICA A:
Avv. MANELLA DUILIO
VIA VENEZIA 4
PESCARA

Sezione S1 - C/O TRIBUNALE DI PESCARA
Comunicazione di cancelleria
Tipo proced. Contenzioso
Numero di ruolo generale: 6600/2008
Giudice Relatore : VILLANI ROSSANA
Data prossima udienza: 21/04/2010 Ore: 09.00

IL CASO.it**Parti nel procedimento**

Attore principale COMUNE DI PESCARA
Avv. MANELLA DUILIO
Convenuto principale B. SPA
Avv. PROSPERI OSVALDO

Oggetto: NOMINA CTU E FISSAZIONE UDIENZA AFFIDAMENTO INCARICO

Testo comunicazione

Nomina CTU il dott. [redacted] fissandone la comparizione per l'udienza del 21-4-2010 ore 9 dinanzi al G. rel. rilevando l'opportunità di scelta del CTU tra professionisti che non facciano parte dell'albo del CTU di Pescara.

Pescara 25/03/2010

INCANCELLIERE



Il Collegio

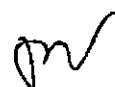
Come composto all'udienza Collegiale del 22/2/2010, in cui tratteneva la causa in decisione, rileva la necessità di svolgere indagini tecniche e pertanto, di rimettere la causa in istruttoria alla stregua delle osservazioni che seguono.

Senz'altro, ogni valutazione ed apprezzamento in ordine alla sussistenza di violazione di norme imperative in relazione ai contratti di swap di cui si discute ed alle relative conseguenze giuridiche spetta all'organo giudicante; tuttavia non è dato al Collegio procedere a tali valutazioni se non previa verifica delle caratteristiche degli swap sottoscritti dal Comune. Risulta infatti necessario l'approfondimento di vari aspetti tecnici onde verificare se sussista violazione dell'art 41 l 448/01 e del DM 389/03, in base ai quali devono ritenersi vietati i derivati sottoscritti dagli enti territoriali per finalità diverse da quella di contenimento dell'indebitamento e protezione dal rischio di rialzo dei tassi, e comunque non rispondenti al limite, fissato dall'indicato DM, dell'erogazione di sconto e premio di liquidità nel limite massimo dell'1% del nozionale.

IL CASO.it

In punto di diritto appare opportuno esaminare la fattispecie della nullità virtuale, che viene richiamata da parte attrice in relazione alla dedotta violazione della normativa di cui sopra.

La nullità costituisce, nell'ambito del sistema del diritto civile, la forma più grave di sanzione dell'autonomia negoziale privata delle parti e trova la sua ratio nella esigenza di mantenere saldo l'ordinamento giuridico. Il concetto di nullità del negozio evoca immediatamente la mancanza di ogni effetto giuridico dell'atto che è ricollegabile ad una violazione di norme imperative o del buon costume o dell'ordine pubblico ex art. 1418, 1° comma; ma la nullità, come sanzione dell'ordinamento giuridico, viene ricollegata anche alla mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto elencati nell'art. 1325 c.c. La nullità non costituisce certo l'unica forma di sanzione che l'ordinamento ha previsto ma certamente la più radicale. Diversamente, con la annullabilità e con l'inefficacia si vuol sanzionare in modo più lieve violazioni che di per sé risultano meno lesive



dei principi generali su cui poggia l'intero ordinamento giuridico; si tratta di violazioni tollerabili dal sistema perché inerenti al momento della formazione della volontà delle parti o al momento della esecuzione del programma contrattuale: è infatti rimessa alle stesse parti la facoltà del se farle valere o meno.

IL CASO.it

La nullità virtuale, come la stessa etichetta indica, è una forma di nullità diversa e particolare del negozio-contratto che si aggancia al concetto di illegalità. Essa si costruisce in modo singolare perché presuppone la violazione non di un precetto civile ma di una legge di altro sistema ordinamentale: si pensi alla violazione di una norma penale o amministrativa o fiscale da parte dei contraenti nella stipula di un contratto. Si sostiene che la tematica della nullità virtuale vada analizzata con riferimento alla ratio della norma extra-civile per verificare se alla sua violazione consegua la nullità dell'atto contratto. E' in questo senso che si parla di illegalità del contratto: la illiceità, infatti, presuppone la violazione di puntuali precetti civilistici mentre la illegalità postula una diversa ricostruzione teorica relativa alla violazione di una legge che costituisce norma imperativa o di ordine pubblico o di buon costume di altro ordinamento giuridico. Il problema si pone quando la norma imperativa, sia essa di carattere penale o di carattere amministrativo, si limiti a sanzionare quel comportamento sotto il profilo penale-amministrativo-fiscale perché il quesito che sorge è se quella norma si estenda anche nell'ambito civilistico oppure no. C'è da stabilire, a livello di interpretazione, se queste norme imperative esauriscano completamente, con l'irrogazione della pena ovvero con la sanzione di carattere amministrativo, l'aspetto di tutela e di ripristino dell'ordine pubblico violato oppure se esse richiedano un quid pluris necessario costituito proprio dalla norma di diritto civile: è in questo ambito che si sviluppa tutta la tematica della nullità virtuale.

IL CASO.it

Occorre osservare che la vicinanza tra le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 1418 esclude che possa esservi identità di nozione tra il contratto contrario a norme imperative e quello con causa ed oggetto illeciti, dal momento che sarebbe del tutto illogica una ripetizione di norme in



uno spazio così ridotto. D'altra parte non avrebbe senso pensare che il primo comma intenda soltanto che l'illiceità della causa possa dipendere anche dalla violazione di norme imperative, visto che un simile effetto viene già enunciato dall'art. 1343 c.c..

IL CASO.it

Chiarito che una cosa è il contratto nullo per illiceità della causa ed una cosa diversa è il contratto nullo per contrarietà a norme imperative, il contratto illecito (quello cioè con causa illecita) sarà certamente nullo ai sensi del comma 2 dell'art. 1418 c.c., mentre il contratto illegale (quello contrario a norme imperative ai sensi del comma 1) sarà nullo solo di regola, avendo il legislatore previsto quella valvola di salvataggio rappresentata dall'inciso 'salvo che la legge disponga diversamente'.

L'opinione tradizionale esclude che norme imperative precettive o di configurazione possano determinare la nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (e 1343 c. c.: cioè nullità da illiceità), poiché non ponendo un divieto non limitano la libera esplicazione dell'autonomia privata.

Altra dottrina è di diverso avviso, sul rilievo che anche una norma precettiva, che pone un comando in positivo, limita l'autonomia privata e si presta a essere sanzionata con la nullità.

L'illiceità del contratto derivante dalla violazione di norme imperative precettive non può essere astrattamente oggetto di dubbio; è così reso evidente che l'illiceità può essere conseguenza anche della violazione di una norma imperativa che pone un obbligo non negativo ma positivo.

La nullità del contratto può essere affermata solo allorché la norma inderogabile violata sia volta a tutelare interessi generali della collettività.

IL CASO.it

Di fronte alla violazione di una norma imperativa che non preveda espressamente la nullità, occorre verificare la natura della disposizione violata per dedurne la nullità o la semplice irregolarità dell'atto, e tale controllo si risolve nell'indagine sullo scopo della legge e in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, è convincente l'idea di chi sottolinea che il dato dal quale muovere sia piuttosto la verifica dell'assetto di interessi regolato dal legislatore tramite i precetti. L'atto di autonomia, cioè, deve risolversi in una negazione di quegli interessi avuti di mira dal legislatore con l'imporre la regola proibitiva.

Deve dirsi che di recente la Suprema Corte (Sez U n 26724 del 19/12/2009), pronunciandosi nell'ambito del settore dell'intermediazione finanziaria, ha espresso un orientamento che appare volto a porre un argine al proliferare delle "nullità virtuali", riconoscendo l'operatività della nullità virtuale solo quando la contrarietà a norme imperative riguardi elementi intrinseci del contratto, e cioè struttura o contenuto del medesimo

IL CASO.it

Nella suddetta pronuncia si conviene che le norme dettate dalla legge n. 1 del 1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo, nel senso che esse, essendo dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari, si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti. Questo rilievo, tuttavia, non è considerato da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente. È ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. E questo anche perché il dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite; tant'è che nell'ordinamento civile le sanzioni previste in relazione a diverse ipotesi nascenti dalla violazione dei doveri di buona fede ineriscono la risoluzione o la rescindibilità del contratto o il risarcimento. Peraltro, anche

an

nell'ambito della materia de qua risulta che il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (art. 8, ult. comma, della legge n. 1 del 1991, ed ora all'art. 23, commi 1, 2 e 3, ed art. 24, ult. comma, del d. lgs. n. 58 del 1998), nessuna delle quali appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale.

Alla stregua di tali rilievi la Corte di Cassazione giunge a riferire la nullità per violazione di norme imperative al solo caso di norme che incidono sulla struttura o sul contenuto del contratto, pur prendendo atto che l'ordinamento amplia il raggio della nullità virtuale anche alle norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili.

Tenuti presenti questi principii, occorre ora verificare se nella fattispecie di interesse sia, almeno in astratto configurabile, violazione di norme imperative, e se la relativa violazione, ove accertata, determini nullità.

IL CASO.it

Va anzitutto sgombrato il campo dall'argomentazione, sostenuta dalla parte convenuta, secondo cui il precetto proveniente da fonte secondaria non potrebbe ritenersi di natura imperativa.

La natura di fonte secondaria del regolamento da cui promanano le norme che si assumono violate non ne esclude il carattere imperativo in quanto parte integrante della fonte primaria. Il regolamento al quale si fa riferimento, invero, rientra tra i regolamenti cosiddetti di attuazione ed integrazione, ovvero che attuano ed integrano le norme di principio contenute nelle leggi e nei decreti legislativi e non si limitano a portare ad esecuzione alla norma di legge, ma contribuiscono ad integrarla dettando la normativa di dettaglio; regolamenti che non sono ammissibili nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, mentre sono leciti nei casi di riserva di legge relativa.

Nella specie, l'art 41 primo comma legge 28/12/2001 n. 448, prevedeva che, in vista del contenimento del costo dell'indebitamento e della realizzazione del monitoraggio costante degli andamenti di finanza pubblica, il Ministero dell'Economia coordina l'accesso ai mercati finanziari da parte degli enti di cui all'art 2 dlgs 267/2000. Prevedeva altresì il medesimo comma l'emanazione di apposito decreto del Ministero dell'Economia 'per l'approvazione delle norme relative all'ammortamento del debito ed all'utilizzo degli strumenti derivati da parte dei succitati enti'. Il comma 2 prevedeva inoltre l'obbligatorio ricorso agli swap stabilendo ' gli enti di cui al comma 1 possono emettere titoli obbligazionari e contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza, previa costituzione, al momento dell'emissione o dell'accensione, di un fondo di ammortamento del debito, o previa conclusione di swap per l'ammortamento del debito'. Con ritardo rispetto ai termini indicati nell'art 41, veniva emesso il Decreto ministeriale 1/12/03, n.389 e la relativa circolare esplicativa del 27/5/2004 (G.U. 3/6/2004, n.128).

Si riporta il testo della norma che qui interessa:

IL CASO.it

Art. 3.

Operazioni in strumenti derivati

1. In caso di operazioni di indebitamento effettuate in valute diverse dall'euro, e' fatto obbligo di prevedere la copertura del rischio di cambio mediante «swap di tasso di cambio», inteso come un contratto tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi e capitale espressi in due diverse valute, secondo modalita', tempi e condizioni contrattualmente stabiliti.

2. In aggiunta alle operazioni di cui al comma 1 del presente articolo e all'articolo 2 del presente decreto, sono inoltre consentite le seguenti operazioni derivate:

a) «swap di tasso di interesse» tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi, collegati

ai principali parametri del mercato finanziario, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti;

b) acquisto di «forward rate agreement» in cui due parti concordano il tasso di interesse che l'acquirente del forward si impegna a pagare su un capitale stabilito ad una determinata data futura;

c) acquisto di «cap» di tasso di interesse in cui l'acquirente viene garantito da aumenti del tasso di interesse da corrispondere oltre il livello stabilito;

d) acquisto di «collar» di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo e un massimo prestabiliti;

e) altre operazioni derivate contenenti combinazioni di operazioni di cui ai punti precedenti, in grado di consentire il passaggio da tasso fisso a variabile e viceversa al raggiungimento di un valore soglia predefinito o passato un periodo di tempo predefinito;

f) altre operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito, solo qualora non prevedano una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività. Dette operazioni sono consentite ove i flussi con esse ricevuti dagli enti interessati siano uguali a quelli pagati nella sottostante passività e non implicino, al momento del loro perfezionamento, un profilo crescente dei valori attuali dei singoli flussi di pagamento, ad eccezione di un eventuale sconto o premio da regolare al momento del perfezionamento delle operazioni non superiore a 1% del nozionale della sottostante passività.

3. Le operazioni derivate sopra menzionate sono consentite esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute e possono essere indicizzate esclusivamente a parametri monetari di

IL CASO.it

riferimento nell'area dei Paesi appartenenti al Gruppo dei Sette più industrializzati.

4. Al fine di contenere l'esposizione creditizia verso le controparti delle operazioni derivate di cui al presente articolo, e' consentita la conclusione di contratti soltanto con intermediari contraddistinti da adeguato merito di credito, così come certificato da agenzie di rating riconosciute a livello internazionale. Qualora l'importo nominale delle operazioni derivate complessivamente poste in essere dall'ente territoriale interessato arrivi a superare i 100 milioni di euro, l'ente dovrà progressivamente tendere, attraverso le operazioni successive all'entrata in vigore del presente decreto, a far sì che l'importo nominale complessivo delle operazioni stipulate con ogni singola controparte non ecceda il 25% del totale delle operazioni in essere.

5. Le disposizioni contenute all'articolo 2 e al presente articolo si applicano, per le Regioni, fino all'emanazione di specifiche normative regionali.

Dalla indicata normativa si evince che l'ordinamento non vieta tout court l'utilizzo dei derivati da parte degli Enti Pubblici, venendo gli stessi ammessi al limitato fine di copertura dell'indebitamento, sicché si è individuata un'elencazione tassativa di strumenti, e nello stesso tempo sono stati imposti dei limiti tesi a contenere il rischio, addirittura prevedendo l'obbligatorietà del ricorso allo swap in relazione a determinate operazioni di indebitamento.

La ratio della normativa è evidentemente quella di favorire un uso "virtuoso" dei derivati (swap e opzioni) che permetta di coprire al meglio i rischi collegati all'indebitamento, e quindi consono al principio di finanza pubblica di contenimento dell'indebitamento.

IL CASO.it

In presenza di un principio di indubbia valenza imperativa, si pone il problema di interpretare la rilevanza della sua eventuale violazione ai fini della richiamata nullità virtuale.

Ebbene, non è chi non veda come la ratio sottesa al disposto normativo sia quella di tutela dell'interesse pubblico economico, ricollegantesi anche a principi costituzionali (art 119 Cost.), la cui inderogabilità si impone a tutela di un'esigenza - quella di contenimento dell'indebitamento - che rappresenta un interesse non particolare dell'Ente ma piuttosto della collettività.

Va rammentato che la caratteristica costante dei derivati è quella per cui il loro valore è collegato a quello di altri schemi negoziali (generalmente definiti "sottostanti"), quali, ad esempio, titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa; collegamento rilevante più che dal punto di vista della funzionalità giuridica, dal punto di vista dell'economia normativa.

La "giustificazione" economica dell'affermarsi di questi strumenti, si rinviene nell'instabilità degli assetti del mercato finanziario, inducente gli investitori a "coprire" determinate scelte di impiego del capitale speculativo.

IL CASO.it

In particolare, per quanto concerne gli swap, essi sono negozi di scambio di valuta di uguale ammontare ma calcolati con differenti indici (tassi di interesse o di cambio). Alla fine del periodo considerato, viene effettuata una compensazione forzata e viene pagato da un soggetto il saldo netto della differenza registrata nella valutazione della somma di denaro. Si tratta di un contratto aleatorio, a base commutativa, la cui causa è configurabile nello scambio di pagamenti assunti con due parametri differenti. Ad esso può farsi ricorso, ad esempio, nel caso di "coperture" da rischi di cambio, qualora si prospetti una notevole variazione nella valutazione di due monete normalmente utilizzate per il commercio (ad esempio, dollaro ed euro).

E' tuttavia accaduto che gli stessi strumenti vengono finalizzati al raggiungimento di un certo fine speculativo; in particolare gli swap si possono prestare a generare cassa nel breve periodo con conseguenti maggiori rischi su lungo termine.

Questi rischi sono stati ben presenti al Legislatore ed al Ministero dell'Economia e delle finanze, nell'enunciazione dei principii regolamentanti l'utilizzo dei derivati da parte degli enti pubblici, ragion per cui la inosservanza dei limiti imposti dal combinato disposto della legge finanziaria per il 2002 e dal successivo DM che ne costituisce specificazione ed integrazione si traduce nella violazione di un principio inderogabile non sanzionabile solo in sede di responsabilità contabile degli amministratori.

IL CASO.it

Esiste infatti un principio agevolmente desumibile dalla normativa esaminata, di divieto di ricorso ai derivati da parte degli enti di cui all'art 2 dlgs 267/2000 per finalità diverse da quelle di copertura, che non rileva come mera norma di comportamento per i responsabili degli enti atteggiandosi piuttosto a limite inderogabile di ricorso agli strumenti speculativi.

In particolare, quando il contratto stipulato dall'Ente, in violazione dell'art 41 l 448/01 e DM 389/03 non risponde al limite, fissato dall'indicato DM, dell'erogazione di sconto e premio di liquidità, si pone in contrasto con la finalità di contenimento dell'indebitamento e protezione dal rischio di rialzo dei tassi, condizioni al di fuori delle quali il contratto è vietato divenendo uno strumento meramente speculativo, che supera il 'rischio' consentito dall'ordinamento in relazione alle finalità perseguite dall'Ente pubblico. In sostanza con il superamento del limite di legge l'indebitamento aumenta e la rischiosità è inaccettabile. Egualmente è contrastante con norma imperativa e nullo (art 3 citato Dm co 3) l'utilizzo di swap se non in corrispondenza di passività effettivamente dovute.

Tanto era doveroso premettere in punto di diritto, per chiarire che la fattispecie in esame si presta quanto meno in astratto alla ipotesi della nullità virtuale.

IL CASO.it

Si rende tuttavia necessario, onde stabilire se i principi espliciti nella fattispecie di interesse siano stati violati, disporre una ctu per verificare il reale valore di apertura dei contratti, i mark to market ed i flussi prevedibili alla stipula dei contratti, l'erogazione dell'up front e le modalità di utilizzo

dello stesso, l' applicazione di commissioni implicite; eventuali incongruenze nei livelli dei tassi e nell' utilizzo delle opzioni cap e floor; superamento dei limiti massimo dell' 1% del nozionale; ogni altro approfondimento che si renda tecnicamente necessario, alla luce degli specifici rilievi sollevati dalla parte attrice, per verificare la eventuale insussistenza della dichiarata finalità causale dei derivati e la irragionevolezza del ricorso alla copertura tramite swap.

IL CASO.it

PQM

Nomina Ctu il dott. ██████████, fissandone la comparizione per l'udienza del 21/4/2010 ore 9 dinanzi al Giud. Rel. rilevando l' opportunità di nominare un professionista non iscritto all' albo dei Ctu di Pescara,

Pc, 22/3/2010

Il G. rel.

Romano R. De...

Il Presidente

Aglo B...

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
il 12 APR 2010
IL CANCELLIERE