

N. R.G. 35862/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA CIVILE

Il Tribunale di Milano in composizione monocratica, VI sezione civile, in persona della dott.ssa Anna Giorgia Carbone, pronuncia la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. **35862** del Ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2018**, e vertente

TRA

COMUNE DI MANERBIO (c.f. in persona del Sindaco dott. Samuele Alghisi,
con sede in Manerbio, rappresentato e difeso

ATTRICE

E

UNICREDIT S.p.A. - (già Unicredit Corporate Banking S.p.A.), (C.F. e P. IVA n.
in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Dalmartello del Foro di Milano - C. F. DLM- PLA47D16F205N - PEC: paolo.dalmartello@milano.pecavvocati.it, in forza di procura generale alle liti allegata alla comparsa di costituzione, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via dell'Annunciata n. 23/4.

CONVENUTA

OGGETTO: Swap e transazione

CONCLUSIONI

PER PARTE ATTRICE:

il Comune di Manerbio, come sopra rappresentato e difeso, richiama integralmente le conclusioni di cui alla prima memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 08.11.2019, di seguito riportate con le istanze istruttorie di cui alla prima memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 08.11.2019 e di cui alla seconda memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 23.12.2019:

CONCLUSIONI

"Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione
Piaccia al Giudice Ill.mo

In via preliminare:

- dichiarare nullo l'accordo transattivo sottoscritto dalle parti in data 30 aprile 2009 per le ragioni esposte nell'atto di citazione;

In via principale nel merito:



- dichiarare la nullità dei contratti *swap* sottoscritti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per delle norme contenute nell'art. 23 e 30 T.U.F., delle norme contenute nel D.lgs. 157/1995, negli articoli 6 - 21 del d.lgs 58/98 e art.3 D.M. 389/2003 e segnatamente per gli articoli 23-24-26-27-28-29-30-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative, nonché per l'art. 1709 c.c., e per l'effetto dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a rifondere al Comune di Manerbio la somma complessiva di euro 762.286,36 quali flussi versati, e costo per la risoluzione anticipata del contratto (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi).

In via di subordinate:

- dichiarare l'annullabilità del contratto normativo nonché dei contratti *swap* sottoscritti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427,1428,1429 c.c. e 1433, 1439 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e art.3 D.M. 389/2003 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a rifondere al Comune di Manerbio la somma complessiva di euro 762.286,36 quali flussi versati, e costo per la risoluzione anticipata del contratto (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi).

In via di graduato subordinate: - dichiarare la risoluzione per inadempimento da parte dell'istituto di credito dei contratti *swap* sottoscritti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e art.3 D.M. 389/2003 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a rifondere al Comune di Manerbio la somma complessiva di euro 762.286,36 quali flussi versati, e costo per la risoluzione anticipata del contratto (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi)

Nel merito

- attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore del Comune di Manerbio e per l'effetto

- dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a rifondere al Comune di Manerbio la somma complessiva di euro 762.286,36 quali flussi versati, e costo per la risoluzione anticipata del contratto (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi), con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

- condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, nell'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro 762.286,36 al Comune di Manerbio, oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

- condannare l'istituto di credito, UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a corrispondere a



favore del Comune di Manerbio, il tasso d'interesse legale maturato sulle somme erogate dallo stesso alla banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi e per l'estinzione anticipata, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione dei contratti swap sottoscritti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata.

- condannare infine l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, al pagamento del doppio del valore del contributo unificato nonché delle spese ex art. 96 cpc, non avendo aderito al tentativo di mediazione obbligatorio per legge avvenuto alla data del 20.04.2018.

In via di graduato subordinate nel merito:

- attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore del Comune di Manerbio e per l'effetto

- dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a rifondere al Comune di Manerbio la somma complessiva di euro 504.547,46 quali flussi versati, e costo per la risoluzione anticipata del contratto (commissioni implicite e interessi passivi), già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi), con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

- condannare l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, nell'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro 504.547,46 al Comune di Manerbio, oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

- condannare l'istituto di credito, UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, a corrispondere a favore del Comune di Manerbio, il tasso d'interesse legale maturato sulle somme erogate dallo stesso alla banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi e per l'estinzione anticipata, rispettivamente dal giorno della sottoscrizione dei contratti *swap* sottoscritti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata. - condannare infine l'istituto di credito UNICREDIT SPA, c.f. 00348170101, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, Piazza Gae Aulenti, 3, al pagamento del doppio del valore del contributo unificato nonché delle spese ex art. 96 cpc, non avendo aderito al tentativo di mediazione obbligatorio per legge avvenuto alla data del 20.04.2018.

- Il tutto col favore degli onorari e delle spese di giudizio.”.

Si insiste altresì per l'ammissione della CTU così come richiesta nella prima memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 28.11.2019 sul quesito di cui alla seconda memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 23.12.2019 di seguito riportati:

“In via istruttoria:

Si insta a che il Giudice autorizzi la nomina di un CTU al fine di:

a) descrivere le caratteristiche dei contratti *swap* conclusi tra le parti e tenuto conto della situazione finanziaria del Comune di Manerbio riferire se tali contratti presentassero commissioni implicite/ occulte, e se fossero all'epoca della loro conclusione in una situazione c.d. par e compatibile con la finalità di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse legato al sottostante indebitamento;



b) Individuare e quantificare i corrispettivi e/o le commissioni percepite dalla Banca e il valore del mark to market esistente al momento della conclusione degli *swap*, e riferire in quale misura l'alea gravasse sulle parti e quali fossero gli scenari di probabilità, in termini percentuali, sulla base dei modelli matematici adottati dalla banca.”.

Quesito: “Dica il Ctu se nei due contratti *swap* sottoscritti dalle parti in data 6 febbraio 2003 e in data 26 maggio 2005, considerati i criteri indicati nella Direttiva del 26.02.1999 n. 99013791 per qualificare di copertura le operazioni su derivati, se l'operazione sia stata posta in essere con una elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico – finanziarie dell'oggetto della copertura e il contratto *swap*. A tal fine esamini il CTU con riguardo al rapporto tra il nozionale dei contratti derivati e il complessivo debito oggetto di copertura assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo al tasso applicato sul debito e quello utilizzato nelle due modulazioni del tasso *strike* previsto nel contratto *swap*, nonché alle scadenze dei pagamenti del debito e dei flussi dell'IRS, nonché altri indici che il Consulente dovesse individuare.

Dica Il CTU se siano state adottate procedure e misure di controllo interne idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.

Infine individui e quantifichi il CTU i corrispettivi e o le commissioni percepite dalla Banca e il valore del mark to market esistente al momento della conclusione degli *swap* e riferisca in quale misura l'alea gravava sulle parti e quali fossero gli scenari di probabilità, in termini percentuali, sulla base dei modelli matematici adottati dalla banca”.

Si insiste altresì per l'ammissione delle prove per testi di cui alla seconda memoria ex art. 183 VI comma c.p.c. del 23.12.2019 con i testimoni ivi indicati così come di seguito riportate:

“In via istruttoria:

si chiede l'ammissione, senza interversione dell'onere probatorio, dei seguenti capitoli di prova per interrogatorio e testi, da intendersi preceduti dal suffisso di rito “Vero che”:

- 1) Il Comune di Manerbio fino al mese di gennaio 2003 intratteneva con Unicredit spa solo rapporti di conto corrente, fido di cassa e finanziamenti;
- 2) il Comune di Manerbio in data il 6.02.2003 ha concluso il suo primo contratto derivato, e comunque la prima operazione in finanza strutturata a seguito delle pressioni esercitate dai funzionari di Unicredit;
- 3) al momento della sottoscrizione dei due contratti derivati del 6.02.2003 e 26.05.2005 il Sindaco, nonché gli amministratori comunali, avevano conoscenze contabili ed amministrative, ma nessuna conoscenza specifica o esperienza in materia di operazioni finanziarie in strumenti derivati;
- 4) nel mese di gennaio dell'anno 2003, il responsabile dell'Ufficio di ragioneria del Comune di Manerbio veniva contattato dal dott. Bragantini Maurizio di Unicredit, che presentandosi personalmente presso gli uffici del Comune sollecitava la sottoscrizione del contratto derivato (si chiede di rammostrare al teste il doc.1) che secondo le informazioni fornite dal medesimo funzionario avrebbe avuto la funzione di copertura dal rischio del rialzo dei tassi di interesse;
- 5) che nella medesima occasione il funzionario di banca assicurava il responsabile dell'Ufficio di ragioneria del Comune di Manerbio che il contratto finanziario proposto era di mera copertura dal possibile rialzo dei tassi di interesse e che non avrebbe comportato per il Comune alcun rischio, costo o commissione;
- 6) a seguito delle pressioni del predetto funzionario, in data 26.05.2005, il

Comune di Manerbio estingueva anticipatamente il contratto *swap* di cui al capo 2 che precede e sottoscriveva il nuovo contratto *Interest Rate Swap con cap e up front* (si rammostra al testimone il doc. 2) e tale operazione veniva sollecitata dalla banca come sicura e come rimedio alle perdite subite nel precedente contratto *swap* ;



7) sia nelle fasi preliminari della proposta di due contratti swap che al momento della loro sottoscrizione, la banca ha omesso di mettere in evidenza al cliente l'analisi dei tassi *forward*, i costi dell'operazione, il *cost of hedging* e il *mark to market* iniziale del contratto o le modalità di calcolo dello stesso.

8) che il funzionario della banca Maurizio Bragantini dava istruzioni al Comune di Manerbio come strutturare la delibera per l'estinzione anticipata del contratto swap, poi presa dal Comune di Manerbio in data 28 aprile 2009, (si chiede di rammostrare al teste il doc.15).

Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitazioni formulate, nonché in controprova rispetto a quelle *ex adverso* prodotte: – Rag.

–

–

– , presso Martingale Risk srl.”.

PER PARTE CONVENUTA:

Si chiede che il Tribunale Ill.mo:

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso;
- respinta ogni contraria domanda, eccezione e deduzione;

In via preliminare:

- dichiarati inammissibili le domande tutte svolte da Comune di Manerbio nei confronti di UniCredit S.p.A. per intervenuta transazione tra le Parti dei rapporti tutti oggetto di causa;
- in subordine dichiarati prescritte le domande formulate da Comune di Manerbio contro UniCredit S.p.A. per le ragioni dedotte in atti;

Nel merito:

- in denegata ipotesi di annullamento del contratto di transazione respinga nel miglior modo le domande tutte proposte dalla attrice contro UniCredit S.p.A. assolvendolo da ogni avversaria pretesa;

In via subordinata riconvenzionale:

- in denegato caso di accoglimento delle domande *ex adverso* proposte condanni Comune di Manerbio a restituire ad UniCredit S.p.A., ovvero a compensare per effetto della *compensatio lucri cum damno*, tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti in esecuzione dei contratti tutti oggetto della presente causa (cfr. contabili *sub* doc. n. 11: con riferimento alla prima operazione accredito di € 150.000 quale *up front* del 2003, accredito di € 23.627,83 quale flusso del 30.6.2003, accredito di € 48.423,04 quale flusso del 30.12.2003, accredito di € 44.765,43 quale flusso del 30.6.2004, ac-credito di € 41.398,31 quale flusso del 31.12.2004, accredito di € 60.000,00 quale valore positivo del contratto all'estinzione leggibile nell'estratto c/c, con riferimento alla seconda operazione accredito di € 190.000,00 quale *up front* del 2005, accredito di € 106.353,81 quale flusso del 30.06.2005, accredito di € 45.513,39 quale flusso del 30.12.2005, per un totale di € 710.081,81 ovvero alla somma minore o maggiore che dovesse risultare, con riserva di diversamente quantificare, oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo;
- in denegato caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno, accerta-ta la colpa di cui all'art. 1227, comma 2°, c.c. in capo a Comune di Manerbio, dichiarati il risarcimento non dovuto ovvero, accertata la colpa di cui all'art. 1227 comma 1°, c.c. in capo a Comune di Manerbio, lo diminuisca.

A titolo di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.:

- condanni Comune di Manerbio al pagamento di € 20.000,00 o della diversa somma ritenuta da liquidarsi equitativamente in favore di UniCredit S.p.A..

In via istruttoria:



- respinga tutte le richieste istruttorie avanzate da Comune di Manerbio per le motivazioni in atti;
- in caso di ammissione di tutto o parte dei capitoli di prova testimoniale richiesti da Comune di Manerbio ammetta UniCredit S.p.A. a prova contraria con i testi i signori Maurizio Bragantini e Emilio Zanini, domiciliati presso UniCredit S.p.A.
- ammetta in seguente capitolo di prova testimoniale: “ *Vero che negli anni tra il 2003 ed il 2007, così come negli anni a seguire, era dipendente presso UniCredit Corporate Banking (ex Cariverona Banca, oggi Unicredit S.p.A.)?*”, con teste il sig. Massimo Bragantini, domiciliato presso UniCredit S.p.A.

In ogni caso:

- con vittoria di spese e onorari di causa, di sentenza e successive occorrenze maggiorate di CPA e IVA e contributo forfetario nelle spese generali.

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Premessa

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 9.7.2018 il Comune di Manerbio ha convenuto in giudizio innanzi al Tribunale di Milano Unicredit S.p.a. per ottenere una pronuncia di dichiarazione della nullità dell'accordo transattivo sottoscritto dalle parti in data 30.4.2009 e dei contratti di swap sottoscritti in data 6.2.2003 e 26.5.2005 ai sensi degli artt. 1418 e 1325 c.c. per violazione degli artt. 23 e 30 T.U.F. e degli artt. 6-21 del D.lgs 58/98 e art. 3 D.M. 389/2003 o in subordine dell'annullamento del contratto normativo nonché dei contratti di swap o in via subordinata la risoluzione per inadempimento dei contratti di swap per inosservanza degli obblighi di informazione da parte della banca convenuta con conseguente condanna della stessa al risarcimento dei danni ex art. 1218 c.c. con condanna di Unicredit S.p.a. al pagamento di € 762.286,36° titolo di flussi versati e costo per la risoluzione anticipata del contratto, con vittoria di spese.

L'attrice, a fondamento delle proprie pretese ha dedotto:

- di avere stipulato con Bipop-Carire, poi trasformata in Unicredit S.p.a., il 6.2.2003 il contratto di swap con decorrenza dal 31.12.2002 e scadenza a 16 anni;
- di avere stipulato in data 26.5.2005 un nuovo contratto di *interest rate swap con cap e upfront* con capitale nozionale di € 19.056.103,74 e la durata di vent'anni;
- che all'esito della relazione di verifica del bilancio comunale da parte della Corte dei Conti veniva evidenziata una rilevante criticità dei contratti di Swap sottoscritti dal Comune;
- che il risultato della negoziazione dei due contratto di swap produceva una perdita complessiva in termini di flussi cedolari negativi che il Comune corrispondeva alla banca pari alla somma di € 762.286,36;
- di non avere ricevuto le informazioni in merito alla rischiosità delle operazioni finanziarie né il valore finanziario del Mark to Market né consegnavano documentazione che evidenziasse la finalità speculativa delle operazioni né di avere ricevuto informazioni in merito alla sottoscrizione di un contratto *swap over the counter*;
- che il Comune a fronte della rischiosità dell'operazione finanziaria messa in evidenza dalla Corte dei Conti in data 11.11.2008 con delibera della Giunta Comunale del 28.4.2009 estingueva anticipatamente il contratto derivato;
- che l'accordo transattivo sottoscritto in data 30.4.2009 dal Comune e da Unicredit con il quale veniva risolto anticipatamente il contratto di *Interest rate swap* è nullo in quanto la delibera era di competenza esclusiva del Consiglio Comunale ex art. 42 lett. I del TUEL e non della Giunta pertanto la decisione dell'organo deliberante è viziata da incompetenza avendo travalicato il potere decisionale riservato in via esclusiva al Consiglio Comunale.



Si è costituita in giudizio la società convenuta che, preliminarmente ha eccepito l'inammissibilità delle domande per intervenuta transazione delle stesse fra le parti ed, in subordine, la prescrizione delle domande ritenendo di poter configurare il vizio contestato nella incompetenza relativa, e non un vizio di incompetenza assoluta come dedotto dall'attore, da far valere con un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 1441 c.c. non proposta e prescritta. In caso di annullamento della transazione chiedeva il rigetto delle domande proposte dal Comune in quanto infondate e solo in via subordinata eccepiva la compensazione con gli accrediti ricevuti in esecuzione dei contratti oltre alla somma di € 558.215,00 risultante dall'accordo transattivo ed in caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno chiedeva di accertare la colpa del Comune ai sensi dell'art. 1227, comma 1 c.c. , con vittoria di spese.

All'esito della concessione dei termini ex art. 183, VI comma, c.p.c., è stata fissata l'udienza per la precisazione delle conclusioni del 25.3.2021 che si è svolta mediante trattazione scritta ai sensi dell'art. l'art. 221, comma 4 d.l. 19 maggio 2020 n. 34 come sostituito dalla legge di conversione del 17 luglio 2020 n. 77 nonché l'art. 1, comma 3, lett. a) del D.L. 125 del 7 ottobre 2020 e la causa è stata trattenuta in decisione dopo il decorso dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per lo scambio delle comparse conclusionali e di replica.

Preliminarmente devono essere rigettate le istanze istruttorie ribadite in sede di precisazione delle conclusioni da parte attrice in quanto già esaminate e ritenute superflue con ordinanza del 18.12.2020.

2. delibera della Giunta Comunale e transazione.

Fatte queste premesse la giudicante reputa infondate le domande svolte dal Comune di Manerbio per le ragioni che si vanno ad esporre.

Il Comune di Manerbio ha introdotto il presente giudizio per ottenere una pronuncia di nullità della transazione sottoscritta con Unicredit S.p.a. in data 30.4.2009 con la quale era stato estinto anticipatamente il contratto di *interest rate swap* e per ottenere conseguentemente una pronuncia di nullità dei contratti di swap sottoscritti il 6.2.2003 e il 26.5.2005 per mancanza del contratto quadro che ai sensi dell'art. 30 del Regolamento Consob deve essere consegnato e sottoscritto dall'investitore, per inosservanza della forma prescritta dall'art. 23, comma I T.U.F., per violazione degli artt. 21 e 23 del T.U.F. per non avere la banca raccolto informazioni necessarie a verificare la competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari del Comune, per mancanza di equilibrio finanziario ai sensi dell'art. 3 del D.M. 389/2003 e per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1325 e 1418 c.c., per mancata indicazione del *mark to market* , e per avere occultato i costi del compenso applicati dalla banca per l'operazione ai sensi dell'art. 1709 c.c..

Il Comune si duole anche dell'annullabilità dei contratti di swap in quanto affetti da errore essenziale nella formazione del consenso in quanto i contratti non avevano le caratteristiche promesse dal funzionario di banca e non avevano la finalità di copertura contro il rischio di variazione dei tassi di interesse, anzi al contrario aumentavano l'esposizione del Comune al rischio delle variazioni dei tassi e ad una maggiore esposizione finanziaria della stessa, con conseguente perdita di danaro da parte del Comune ad esclusivo vantaggio della banca.

L'esame dei contratti di swap e delle censure di nullità dedotte dal Comune di Manerbio presuppone la valutazione dell'accordo transattivo e dei vizi relativi al processo di formazione della volontà negoziale del Comune come dedotti da parte attrice e contestati da Unicredit s.p.a..

Il Comune di Manerbio si duole della nullità dell'accordo transattivo sottoscritto in data 30.4.2009 con la società Unicredit S.p.a. con il quale è stato risolto anticipatamente il contratto di *Interest rate swap*, in quanto *"la delibera era di competenza esclusiva del Consiglio Comunale ex art. 42 lett. I del TUEL e non della Giunta e pertanto la decisione dell'organo deliberante è viziata da incompetenza avendo travalicato il potere decisionale riservato in via esclusiva al Consiglio Comunale."* L'attività negoziale dell'ente, secondo la



prospettazione attorea, era viziata ed il contratto era inficiato da nullità in quanto *“il vizio di incompetenza era tanto rilevante da assumere il carattere di un vizio di potere da determinare l'invasione dell'attività di un organo nella sfera di poteri esclusivi di un altro organo”*.

Unicredit S.p.a. contesta che l'iniziativa assunta dalla Giunta Comunale anziché dal Consiglio Comunale di Manerbio sia affetta da *“eccesso o sviamento di potere”* in quanto nel caso in esame non ricorre alcuna *“figura sintomatica”* elaborata dalla giurisprudenza con riferimento al vizio di eccesso di potere. Piuttosto la fattispecie ricorrente nel caso in esame sarebbe quella dell'*“incompetenza relativa”* per essere l'atto emanato da un organo che ha esercitato competenze spettanti ad altro organo della stessa amministrazione, che può farsi valere con un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 1441 c.c., che sebbene non proposta nel caso in esame, sarebbe comunque prescritta essendo trascorsi più di cinque anni dalla delibera della Giunta risalente al 30.4.2009.

L'esame della documentazione versata in atti, ed in particolare della delibera della Giunta Comunale del 29.4.2009 e dell'accordo transattivo del 30.4.2009 (docc. nn. 4 e 6 fascicolo attoreo) evidenziano, alla luce delle attribuzioni riconosciute dal Testo Unico degli Enti Locali al Consiglio Comunale ai sensi dell'art. 42, alla Giunta ai sensi dell'art. 48, dei responsabili dei servizi ai sensi dell'art. 49 e delle *“funzioni e responsabilità”* attribuite ai dirigenti degli uffici (art. 107 T.U.E.L.), la regolarità del processo di formazione della volontà negoziale dell'ente che si è sviluppato attraverso una delibera della Giunta che ha coinvolto il Responsabile del Servizio Finanziario il quale ha emesso un parere favorevole in merito agli aspetti tecnici e contabili dell'accordo transattivo e ha attestato la copertura finanziaria dell'operazione ai sensi dell'art. 151 D.lgs 267/2000 che poi è stata formalizzata dal Sindaco che ha sottoscritto l'accordo transattivo del 30.4.2009.

La delibera della giunta Comunale n. 59 del 29.4.2009 ha, inoltre, dato atto dell'operazione di *“ristrutturazione debito residuo mutui a tasso fisso-sottoscrizione contratto tasso fisso interest rate swap con Cap e Upfront”* con BiPOP Carire avvenuta con delibera della Giunta Comunale del 2005 per effetto della quale, poi, era stato stipulato il contratto di Swap con l'allora Banca Bipop Carire e della successiva volontà dell'amministrazione comunale di estinguere anticipatamente l'operazione delegando il Responsabile dell'Ufficio Finanziario a procedere nel merito *“purchè dall'estinzione derivi un costo per il Comune non superiore ad € 175.000,00”*. Inoltre, nella delibera si legge espressamente nelle premesse che *“per l'estinzione attualmente in essere potrebbero essere utilizzati sia l'attuale saldo positivo di € 125.843,00 - pari al saldo positivo a favore del Comune derivante dall'operatività dei derivati da parte del Comune- sia gli interessi maturati sul conto di tesoreria per le giacenze provenienti dagli Swap quantificati in € 50.657,00, per un totale di € 176.500,00 a disposizione dell'Amministrazione”*.

L'accordo transattivo, nelle premesse ha ripercorso le due operazioni di Swap poste in essere dal Comune nel 2003 e nel 2005, la risoluzione anticipata della seconda operazione e l'esistenza di una controversia formalizzata con una lettera di reclamo del Comune alla Banca a fronte della quale la Banca manifestava la disponibilità a sottoscrivere un accordo per comporre transattivamente ogni posizione di credito-debito e pretesa anche risarcitoria a qualsiasi titolo connessa all'operazione. In forza dell'accordo transattivo, *“a fronte di Mark to Market negativo per il Comune che alla data di chiusura dell'operazione, in considerazione delle oscillazioni del mercato finanziario, ha raggiunto un livello di € 189.000,00, la banca ha accettato che il Comune versasse l'importo di € 175.000,00 che rappresentava per il Comune un risparmio.”* Il Responsabile del Servizio finanziario ha poi comunicato alla banca che il Comune avrebbe emesso un bonifico dell'importo di € 175.000,00 entro due giorni lavorativi.

L'esame del contenuto della delibera della giunta e dell'accordo hanno consentito alla giudicante di superare la contestazione di nullità per incompetenza assoluta dell'organo deliberante - la Giunta Comunale - a deliberare l'accordo transattivo del 2009. Dall'esame di questi atti emerge che la delibera n. 59 del 28.04.2009, per l'estinzione anticipata dell'operazione di *interest rate swap con cap e up front* non prevedeva, come sostiene parte attrice, *“spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi”* che ai sensi dell'art. 42, comma 2 lett. i) del t.u.e.l., rientrano tra gli *“atti fondamentali”* del Consiglio, ma somme disponibili nelle casse del Comune provenienti dall'operatività degli Swap - come si legge nella delibera n. 59 *l'attuale saldo positivo di € 125.843,00 e “gli interessi maturati sul conto di tesoreria per*



le giacenze provenienti dagli Swap quantificati in € 50.657,00” –per un totale di € 176.500,00 a disposizione dell’Amministrazione” che il Comune ha pagato ad Unicredit mediante “versamento sul conto corrente intestato ad UniCredit” (vedi ultima pagina del documento attoreo sub n. 6) e, quindi, in un’unica soluzione.

La recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezione Unite n. 8770/2020 richiamata da parte attrice negli scritti conclusivi esprimendo il seguente principio di diritto: “l’autorizzazione alla conclusione di un contratto swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento up front, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell’estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio Comunale ai sensi dell’articolo 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L. di cui al D.lgs. n. 27 del 2000 [laddove stabilisce che « Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) ~ spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»] non può trovare applicazione nel caso in esame con riferimento alla delibera della Giunta Comunale del 29.5.2009. Con tale delibera, come sopra esaminato, è stata decisa l’estinzione anticipata del contratto di *interest rate swap con cap e up front* e, in tal caso, la scelta del Comune di sciogliersi dal vincolo contrattuale con la Banca ha prodotto un effetto istantaneo anche sulle casse del Comune che ha erogato la somma risultante dall’accordo transattivo, disponibile presso la tesoreria del Comune, entro due giorni dall’accordo stesso (doc. n. 6 fascicolo attoreo).

Ne consegue che nel caso in esame la delibera per addivenire all’accordo transattivo non rientrava nell’attribuzione esclusiva del Consiglio Comunale ai sensi dell’art. 42 comma 2 lett. I) T.U.E.L. in quanto l’importo dovuto dal Comune in forza dell’accordo transattivo raggiunto con l’Istituto di credito era già disponibile nella tesoreria dell’Ente e non implicava un impegno di spesa per i bilanci degli esercizi successivi a quello dell’accordo.

Si deve ritenere infondata, quindi, la censura di nullità della delibera adottata dalla Giunta e del conseguente accordo transattivo.

Ad abundantiā, al fine di escludere altri profili di nullità della delibera della Giunta occorre richiamare un principio giurisprudenziale che regola l’agire “*iure privatorum*” della Pubblica Amministrazione in generale e degli Enti pubblici territoriali “*maturato sul filo di una regola procedimentale che ha fonte negli artt. 284 e 288 R.d. 3 marzo 1934, n. 383 e si poi perpetuata nell’art. 23 d.l. 2 marzo 1989 n. 66, convertito in legge in legge, con modificazioni dall’art. 1, comma 1, l. 24 aprile 1989 n. 144, nell’art. 35 D.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 e in ultimo, nell’art. 191 D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267*” in forza del quale: “*gli atti degli enti locali importanti un obbligo contrattuale in capo ai medesimi sono validi e vincolanti nei loro confronti a condizione che siano accompagnati dal relativo impegno di spesa, diversamente discendendone la nullità tanto della deliberazione che ne autorizza il compimento quanto del susseguente contratto stipulato in attuazione di essa* (Cass., Sez. I, 18/11/2011, n. 24303; Cass., Sez. I, 28/12/2010, n. 26202; Cass., Sez. I, 26/05/2010, n. 12880).

Nel caso in esame il Comune non denuncia la nullità della delibera della Giunta e del susseguente contratto di transazione per mancanza dell’impegno di spesa che si deve ritenere pacificamente esistente, ma si duole della nullità della delibera che ha preceduto la stipula della transazione per essere stata assunta da un organo incompetente e cioè dalla Giunta anziché dal Consiglio.

Tale censura attiene ad un vizio di manifestazione del consenso ed è un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che tale vizio incide sull’efficacia del negozio che è annullabile ad iniziativa della P.A. (vedi Cass., Sez. I, 27/09/2006, n. 21019- ; Cass. Civ. Sez. 1 *Ordinanza n. 15410 del 13/06/2018*) quello secondo il quale “*i vizi del procedimento amministrativo che precede, accompagna e segue il compimento dell’attività negoziale della P.A. - e tra essi segnatamente quelli relativi al processo di formazione della volontà dell’ente pubblico (Cass., Sez. I, 30/07/2002 n. 11247) - incidono semplicemente sull’efficacia del negozio ovvero ne provocano la semplice annullabilità relativa, rilevabile esclusivamente ad iniziativa della stessa P.A., nel cui esclusivo interesse le formalità omesse sono prescritte, analogamente a quanto previsto dall’art. 1441 cod. civ.*”). Ma il Comune non ha formulato domanda di annullamento della



transazione che, come correttamente eccepito dalla convenuta, sarebbe, comunque, prescritta per decorso quinquennale del termine di prescrizione essenziale della causa risolvibile al 28.4.2009 e la notifica dell'atto introduttivo del giudizio perfezionata in data 9.7.2018.

Alla luce di tali principi, la censura di nullità sollevata dal Comune non può essere accolta.

Parte attrice si duole, altresì, della nullità della transazione sotto il profilo della mancata indicazione della "res litigiosa".

Ma anche tale doglianza è infondata in quanto smentita dalla documentazione versata in atti.

In particolare nella premessa D dell'accordo transattivo (vedi doc. n. 6 fascicolo attoreo) si legge: *"Successivamente alla stipula dell'Operazione, è sorta fra le Parti una controversia, formalizzata con una lettera di reclamo trasmessa dal Comune alla banca in data 21 aprile 2009 n. prot. 5722. A fronte di ciò la Banca ha manifestato la propria disponibilità ad estinguere anticipatamente l'Operazione e a sottoscrivere un accordo per comporre transattivamente ogni posizione di debito-credito e pretesa, anche risarcitoria, a qualsiasi titolo connessa all'Operazione."*

Risulta, quindi, realizzata la funzione causale tipica della transazione di porre fine ad una lite già cominciata o di prevenire una lite che può insorgere fra le parti del negozio transattivo (art. 1965 c.c.), con conseguente effetto preclusivo proprio della transazione rispetto alle domande proposte con il presente giudizio.

La definizione in via preventiva della possibile controversia, infatti, determina l'inammissibilità di una successiva domanda giudiziale volta a rimettere in discussione il rapporto già definito negozialmente.

La validità ed efficacia della transazione con la quale le parti con reciproche concessioni hanno estinto i contratti di Swap stipulati nel 2003 e nel 2005 e il Comune "si è impegnato a rinunciare a qualsiasi procedimento legale dinanzi a qualsivoglia autorità giudiziale o arbitrale relativamente all'operazione ed in generale all'operatività in derivati indicata in premessa e a non richiedere alla banca alcun ulteriore pagamento in relazione alle operazioni e comunque a tutta l'indicata operatività" impedisce, quindi, di rimettere in discussione la validità dei contratti di swap estinti con l'accordo transattivo.

Ad abundantiam, come peraltro evidenziato dalla convenuta negli scritti conclusivi, va rilevata la non applicabilità della disposizione di cui all'art. 1972, I comma, c.c., dal momento che la norma prospetta la nullità della transazione là dove questa riguardi un contratto illecito, ossia un contratto diretto a perseguire una finalità causale contraria all'ordinamento, illiceità non riscontrabile nei contratti derivati stipulati dal Comune.

Non ricorre nel caso in esame neanche l'ipotesi di cui all'art. 1972, II comma c.c. in quanto non potrebbe essere chiesto l'annullamento della transazione, dal momento che tale rimedio è perseguibile solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo sottostante, ossia dalla parte che non poteva essere a conoscenza delle ragioni di nullità del contratto, mentre nel caso di specie parte attrice ha dedotto differenti profili di possibile nullità dei contratti di Swap, tutti ricollegabili a vizi genetici del rapporto perfettamente conoscibili e valutabili da entrambe le parti già al momento della loro stipula. Alla luce di tali argomentazioni, quindi, la giudicante ritiene superfluo esaminare le contestazioni relative alla validità dei contratti di Swap che per effetto della transazione sono stati estinti.

Le domande avanzate dal Comune devono essere rigettate.

Il rigetto delle domande proposte da parte attrice esime il giudice dal valutare le domanda proposte in via riconvenzionale subordinata dalla convenuta.

3. Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Quanto alla domanda di condanna di parte attrice per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 III comma c.p.c. va richiamata la recente sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza n. 9912 del 20/04/2018) che ha affermato il principio in forza del quale: *"La responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., a differenza di quella di cui ai primi due commi della medesima norma, non richiede la domanda di parte né la prova del danno, ma esige pur sempre, sul piano soggettivo, la mala fede o la colpa grave della parte soccombente, sussistente nell'ipotesi di violazione del grado minimo di diligenza che consente di avvertire facilmente l'infondatezza o l'inammissibilità della propria domanda, non essendo*



sufficiente la mera infondatezza, anche manifesta, delle tesi prospettate, peraltro, sia la mala fede che la colpa grave devono coinvolgere l'esercizio dell'azione processuale nel suo complesso, cosicché possa considerarsi meritevole di sanzione l'abuso dello strumento processuale in sé, anche a prescindere dal danno procurato alla controparte e da una sua richiesta, come nel caso di pretestuosità dell'azione per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, ovvero per la manifesta inconsistenza giuridica o la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione." Nel caso in esame non si ravvisa mala fede né colpa grave della parte attrice soccombente che nel formulare le domande di nullità della transazione e dei contratti di swap si è ispirata ad una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione elaborata con riferimento alla validità dei contratti di swap stipulati dall'ente pubblico territoriale. Ne consegue che l'azione processuale proposta non può essere sanzionata.

4. Spese processuali

Le spese di lite seguono la soccombenza dell'attrice e si liquidano in dispositivo, secondo il d.m. 55/2014, tenuto conto del valore della causa determinato ai sensi degli artt. 5 e 6 del predetto decreto (e quindi applicando lo scaglione che va da € 260.000,00 ad € 520.000,00) e dell'attività effettivamente svolta (con particolare riguardo all'estrema riduzione della fase istruttoria - consistita nel deposito delle memorie ex art. 183 comma 6 c.p.c. -), circostanze che si ritiene giustifichino la liquidazione degli importi per tali fasi nella misura minima indicata nei citati parametri.

P.Q.M.

Il Tribunale, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da Comune di Manerbio contro Unicredit S.p.a. e sulle domande riconvenzionali proposta da Unicredit S.p.a. nei confronti di parte attrice così provvede:

- a. rigetta le domande proposte dall'attrice;
- b. rigetta la domanda proposta da parte convenuta di condanna di parte attrice per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c.;
- c. condanna il Comune di Manerbio al pagamento a favore di Unicredit S.p.a. delle spese processuali che liquida nella somma di euro 10.000,00 per compenso di avvocato, oltre al contributo unificato e rimborso forfetario per spese generali, nella misura del 15 % del compenso, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso a Milano, in data 27 settembre 2021

Il Giudice
Anna Giorgia Carbone

