

Giurisdizione ordinaria ed amministrativa- Ente Territoriale -
Rilascio di “lettere di patronage”- Atti amministrativi
propedeutici - Irrilevanza - Diritti soggettivi - Prevalenza -
Giurisdizione amministrativa – Esclusione- Fideiussione-
Lettere di patronage- Differenze-Autonomia contrattuale della
P.A. in astratto - Lettere di patronage emesse dalla P.A. - Nullità
- Esclusione-Controllo della Corte dei Conti- controllo sulle
gestione finanziaria degli Enti territoriali e non sulla validità
degli atti civilistici- Società controllata dal Comune - Mutuo -
Lettera di patronage "forte"- Determinazione del credito
garantito - Obbligazioni di garanzia atipica della P.A.
patrocinante –

Sentenza n.946/2016

Depositata il 14-6-2016

Pubblicata il 17-6-2016

N. R.G. 446/2014

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI REGGIO EMILIA

SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Simona Boiardi

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **446/2014** promossa
da:

Banca A rappresentata e difesa dall'Avv. Alberto Della Fontana

ed elettivamente domiciliata presso lo studio e la persona dell'avvocato Marco Bedogni in Reggio Emilia Corso Garibaldi, 22

ATTRICE

contro

COMUNE DI *** con sede in *** rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Giovanni Bertolani e dall'Avv. Giorgio Barbieri ed elettivamente domiciliato presso lo studio e la persona dell'Avv. Giorgio Barbieri in Reggio Emilia, Viale Regina Elena, n.13/2

CONVENUTO

Oggetto: Altri contratti atipici

BREVE SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, regolarmente notificato, BANCA A conveniva in giudizio, avanti il Tribunale di Reggio Emilia, il Comune di ***, per sentire accogliere le seguenti conclusioni:

«Voglia l'Ecc.mo tribunale adito, ritenuta la propria competenza, ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa o assorbita,

*- ACCERTARE e, conseguentemente, dichiarare la validità e la permanente efficacia e vincolatività delle lettere di patronage rilasciate dal Comune di *** alla BANCA A in data 5/10/2009, in data 15/12/2009 e in data 18/1/2011, a garanzia degli obblighi della società X srl derivanti da due mutui chirografari sottoscritti con la stessa banca in data 8/10/2009 e in data 27/1/2010, e quindi la validità e la permanente efficacia e vincolatività degli obblighi derivanti in capo al Comune di *** in forza delle stesse*

lettere di patronage, e conseguentemente;

*- CONDANNARE il Comune di ***, in persona del Commissario Straordinario per la provvisoria gestione dello stesso Comune o del Sindaco pro tempore, a corrispondere alla BANCA A la somma complessiva di Euro 10.718.128,34, oltre agli interessi moratori maturati e maturandi a decorrere dal giorno 1/10/2013 come previsti dai due suddetti contratti di mutuo, a titolo di adempimento dell'obbligo di rimborso, o comunque di garanzia, assunto nelle suddette lettere di patronage o, alternativamente, a titolo di risarcimento per inadempimento degli obblighi assunti verso BANCA A, ovvero ancora, in via subordinata, a titolo di indennizzo ex art. 1381 c.c., ovvero come meglio ritenuto e qualificato, con ogni conseguente e più opportuna declaratoria in merito;*

*- CONDANNARE il convenuto Comune di *** a rifondere alla società attrice tutte le spese e i compensi per l'attività di assistenza e rappresentanza nel presente giudizio».*

Parte attrice deduceva che nel gennaio 2007, il Comune convenuto aveva costituito la società denominata X S.r.l., avente quale scopo sociale l'innovazione tecnologica e la realizzazione di impianti, servizi e sistemi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Secondo la prospettazione attorea, fino al giugno 2013, il Comune di *** aveva avuto il controllo totalitario di X. srl ed, in qualità di socio unico, ne ha diretto l'attività, approvandone i bilanci d'esercizio e prestando idonee garanzie alle banche al fine di consentire alla società controllata di reperire i finanziamenti necessari per svolgere la propria attività.

In particolare parte attrice ha evidenziato di avere concesso ad X srl due mutui chirografari :il primo, in data 8 ottobre 2009, per la

complessiva somma di Euro 7.500.000,00 (con erogazioni parziali in data 9-10-2009 e 23-10-2009); il secondo, in data 27 gennaio 2010, per la complessiva somma di Euro 4.000.000,00, (con erogazioni parziali in data 28-1-2010 e 17-1-2011).

Parte attrice ha esposto che la concessione di tali finanziamenti è avvenuta «*a fronte del rilascio, da parte del Comune di ***, di corrispondenti lettere di patronage*» (a firma del Direttore Generale del Comune, Dott., previa deliberazione della Giunta comunale), rispettivamente in data 5 ottobre 2009 ed in data 15 dicembre 2009.

Secondo la prospettazione attorea, il Comune, a seguito della deliberazione del Consiglio comunale n. 143 del 26 novembre 2010, relativa all'aggiornamento delle "*linee guida per il perseguimento degli scopi sociali*" di X srl ., ha provveduto, in data 18 gennaio 2011, «*a rilasciare nuovamente - o, se si vuole, a confermare - a Banca due lettere di patronage, a garanzia dei due mutui concessi, aventi identico contenuto testuale rispetto a quelle già precedentemente rilasciate e approvate dalla Giunta Comunale, sempre a firma del Direttore generale del Comune, ...*».

La Banca ha poi ricostruito le vicende che hanno portato alla pubblicazione, da parte del Comune di ***, di un bando di gara dove si precisava che le garanzie rappresentate dalle lettere di patronage rilasciate dal suddetto Comune erano: "*estinte per impossibilità sopravvenuta in conseguenza dell'obbligo di cessione delle quote imposto dall'articolo 14 comma 32 decreto legislativo 78/2010*" e alla vendita del capitale sociale della società X srl ad Y spa successivamente fallita.

Parte attrice chiedeva, pertanto, la condanna del Comune di ***, in ragione delle lettere di *patronages* rilasciate, a corrispondere alla BANCA A la somma complessiva di euro 10.718.128,34

oltre gli interessi moratori maturati e maturandi a decorrere dal giorno 1-10-2013 così come previsti nei suddetti contratti di mutuo.

Con comparsa di costituzione e risposta, depositata in data 30 maggio 2014, si costituiva in giudizio il Comune di ***, contestando i fatti allegati dalla Banca a supporto delle proprie domande, sollevando eccezioni pregiudiziali e preliminari (anche di natura processuale) e di nullità e/o invalidità e/o inefficacia delle lettere di *patronages* oggetto di lite, nonché argomentando in punto all'infondatezza nel merito delle domande e/o pretese attoree.

Il Comune Convenuto rassegnava, infine, le seguenti conclusioni:

«Voglia il Tribunale di Reggio Emilia, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, previo ogni più opportuno provvedimento,

- in via pregiudiziale, o se non altro preliminare: dichiarare l'improponibilità, o quanto meno l'irricevibilità, o gradatamente l'inammissibilità dell'azione e delle domande promosse da BANCA A per le motivazioni tutte evidenziate in atto ed, in particolare, nel paragrafo III.(a). e, per l'effetto, rigettare le domande avversarie, salvo il ristoro di ogni danno subito e subendo;

*- nel merito: rilevata e/o accertata la nullità e/o l'invalidità e/o l'inefficacia delle lettere di patronage per cui è causa, per tutte le ragioni esposte in atto nella parte narrativa del presente atto e, in particolare, nei paragrafi III.(a), III.(d)., III.(e)., III.(f)., III.(g)., e/o la legittimità del recesso operato dal Comune di *** in ragione di quanto esposto nel paragrafo III.(g)., rigettare le domande avversarie;*

- nel merito in via subordinata: rigettare, con ogni conseguente declaratoria di legge, tutte le domande promosse da BANCA A nei confronti del Comune di *** perché infondate sia in fatto che in diritto per tutti i motivi indicati precisati nella parte narrativa del presente atto, e in particolare nel paragrafo III.(h).;

- nel merito in via ulteriormente subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, anche parziale, delle domande svolte da BANCA A, determinare l'ammontare del risarcimento del danno e/o dell'indennizzo in applicazione dell'art. 1227 c.c. (anche secondo comma in relazione all'evitabilità del danno) e, pertanto, escludere o diminuire il risarcimento del danno e/o l'indennizzo richiesto.

Con vittoria di spese e competenze professionali, oltre rimborso forfettario nella misura del 15% ex L.P., C.P.A. ed I.V.A. come per legge».

All'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c., il Giudice Istruttore concedeva, su richiesta delle parti, i termini di cui all'art. 183, sesto comma c.p.c. per il deposito delle relative memorie, precisando che le parti avrebbero potuto «trattare la questione preliminare di difetto di giurisdizione nella prima memoria».

La causa veniva, pertanto, rinviata all'udienza del 12 febbraio 2015.

La Banca attrice formulava nella prima memoria ex art.183 comma VI c.p.c. la seguente domanda «NEL MERITO, IN VIA SUBORDINATA, SALVO GRAVAME: nel solo e denegato caso in cui venissero accolte, in tutto o in parte, le eccezioni del Comune di *** in ordine alla pretesa invalidità e/o inefficacia delle lettere di patronage rilasciate dalla Banca attrice,

- ACCERTARE la responsabilità del convenuto Comune di ***, ai sensi dell'art. 2043 e seguenti c.c., per il danno ingiusto arrecato dalla Banca attrice per lesione del credito, lesione alla sfera dell'integrità patrimoniale o come meglio e diversamente ritenuto, per tutti i motivi esposti nel corso del giudizio e, conseguentemente, CONDANNARE lo stesso Comune di ***, in persona del Sindaco e/o comunque del suo legale rappresentante, al pagamento, a favore della Banca attrice, a titolo di risarcimento del danno, della somma complessiva di Euro 10.718,128,34, ovvero della diversa somma che verrà ritenuta dovuta, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali sino al giorno del pagamento» .

Nella propria prima memoria, il Comune ha ulteriormente articolato le eccezioni pregiudiziali e preliminari di natura processuale/pubblicistica/amministrativa già sollevate nella propria comparsa di risposta, anche in relazione all'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario in favore di quello amministrativo. Banca ed il COMUNE depositavano, poi, nei termini, la seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c.

Nella propria seconda memoria, il Comune eccepiva l'inammissibilità della domanda formulata, in via subordinata, dalla convenuta nella propria prima memoria (dichiarando di non accettare alcun contraddittorio sulla stessa), nonché - consequenzialmente - l'inutilizzabilità e/o l'inammissibilità (a fini probatori e/o decisorii) della documentazione prodotta dalla BANCA a supporto della stessa.

Banca ed il COMUNE depositavano, infine, la terza memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c..

All'udienza del 12 febbraio 2015, Banca chiedeva la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, affinché il Giudice potesse «...pronunciarsi su dette domande principali, con riserva

*di rimettere la causa in istruttoria nel denegato caso di una loro reiezione, allo scopo di istruire la domanda subordinata della Banca». Il COMUNE, contestando le deduzioni avversarie, depositava il foglio di «Deduzioni di udienza per il Comune di *** da considerarsi parte integrante del verbale di udienza del 12 febbraio 2015» e si opponeva, in ogni caso, «a che, in fase decisoria, la causa sia rimessa in istruttoria con precipuo riferimento alla domanda (nuova e, pertanto, inammissibile) svolta in via subordinata dalla Banca...».*

All'esito dell'udienza, il giudice si riservava.

A scioglimento della riserva assunta a tale udienza, l'Istruttore, ritenuta la causa matura per la decisione, fissava l'udienza 5 febbraio 2016 per la precisazione delle conclusioni.

A tale ultima udienza, parte attrice precisava le conclusioni come segue:

«La difesa della banca attrice, rifiutato preliminarmente il contraddittorio su qualsiasi domanda nuova e/o modificata ex adverso, precisa le proprie conclusioni come formulate nell'atto di citazione in data 15 gennaio 2014 e come integrate con le prima memoria autorizzata ex art. 183 c.p.c. depositata in data 1 dicembre 2014 e, in via istruttoria, come formulate nella seconda memoria ex autorizzata ex art. 183 c.p.c. depositata in data 30 dicembre 2014».

Il Comune convenuto precisava le seguenti conclusioni:

*«Il Comune di ***, come in epigrafe rappresentato, assistito e difeso*

premessi:

(i) di richiamare integralmente ogni difesa svolta ed insistere in

ogni eccezione sollevata nella comparsa di costituzione e risposta, nelle memorie ex art. 183, sesto comma, c.p.c., nonché nel foglio di deduzioni allegato al verbale d'udienza del 12 febbraio 2015;

*(ii) di insistere nell'eccezione d'inammissibilità della domanda nuova formulata, in via subordinata, da Banca nella propria prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (relativa al risarcimento del presunto danno derivante da un'asserita e contestata responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. del Comune di ***), nonché nell'eccezione d'inutilizzabilità e/o inammissibilità (a fini probatori e/o decisori) della documentazione prodotta da Banca a supporto di una tale nuova domanda, per tutte le ragioni indicate dal Comune di *** nella seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (cfr. paragrafi "I." e "II."), nella terza memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (cfr. paragrafo "II.") e nel foglio di deduzioni allegato al verbale d'udienza del 12 febbraio 2015;*

(iii) di opporsi a (e, dunque, di ribadire di non accettare il contraddittorio su) qualsiasi domanda e/o eccezione nuova e/o modificata di Banca

(iv) di opporsi a che la causa venga rimessa in istruttoria con riferimento alla (inammissibile) domanda nuova formulata, in via subordinata, da Banca nella propria prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (cfr. foglio di deduzioni allegato al verbale d'udienza del 12 febbraio 2015);

precisa le proprie conclusioni - anche in considerazione di quanto disposto dagli artt. 187, 189 e 281 quater c.p.c. - come segue:

«Voglia l'Ill.mo Tribunale di Reggio Emilia, respinta ogni contraria domanda, richiesta, eccezione e deduzione, e previa

*qualunque più opportuna declaratoria di diritto e di legge, compresa la declaratoria d'inammissibilità della domanda nuova formulata, in via subordinata, da Banca nella propria prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (relativa al risarcimento del presunto danno derivante da un'asserita e contestata responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. del Comune di ***), nonché quella d'inutilizzabilità e/o inammissibilità (a fini probatori e/o decisorii) della documentazione prodotta da Banca a supporto di una tale nuova domanda:*

In via pregiudiziale, o se non altro preliminare:

- dichiarare l'improponibilità, o quanto meno l'irricevibilità, o gradatamente l'inammissibilità dell'azione e delle domande promosse da BANCA A, previamente, in via pregiudiziale, per difetto di giurisdizione dell'A.G.O., nonché per le motivazioni tutte evidenziate in atti (e, segnatamente, nel paragrafo "III.(a)." della comparsa di costituzione e risposta; nel paragrafo "I." della prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c.; nel paragrafo "III." della seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c.), e, per l'effetto, rigettare le domande avversarie, salvo il ristoro di ogni danno subito e subendo;

Nel merito:

*- rilevata e/o accertata la nullità e/o l'invalidità e/o l'inefficacia delle lettere di patronage per cui è causa, per tutte le ragioni esposte in comparsa di costituzione e risposta (e, segnatamente, nei paragrafi "III.(a).", "III.(d).", "III.(e).", "III.(f).", "III.(g).") e/o la legittimità del recesso operato dal Comune di *** in ragione di quanto esposto nella stessa (e, segnatamente, nel paragrafo "III.(g)."), oltreché per i complementari rilievi elevati negli ulteriori atti di causa, rigettare tutte le domande proposte, anche in via subordinata, da BANCA A nei confronti del Comune*

di ***;

Nel merito, in via subordinata:

*- rigettare, con ogni conseguente declaratoria di legge, tutte le domande promosse, anche in via subordinata, da BANCA A nei confronti del Comune di ***, perché infondate sia in fatto che in diritto per tutti i motivi indicati nella comparsa di costituzione e risposta, oltretutto negli ulteriori atti di causa;*

Nel merito, in via ulteriormente subordinata:

*- nella denegata ipotesi di accoglimento, anche solo parziale, delle domande svolte, pure in via subordinata, da BANCA A nei confronti del Comune di ***, determinare l'ammontare dell'eventuale risarcimento del danno e/o dell'indennizzo in applicazione dell'art. 1227 c.c. (anche secondo comma in relazione all'evitabilità del danno) e, pertanto, escludere o diminuire il risarcimento del danno e/o l'indennizzo, negando, in ogni caso, la rivalutazione monetaria.*

*In via istruttoria: nell'ipotesi in cui BANCA A dovesse insistere nelle proprie richieste istruttorie (prova per testi, ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.) formulate nella propria seconda memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (esclusivamente inerenti alla inammissibile domanda nuova formulata in via subordinata nella prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c.), rigettare le medesime per tutte le ragioni indicate dal Comune di *** nella propria terza memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (cfr. paragrafo "III.") e ribadite nel foglio di deduzioni allegato al verbale d'udienza del 12 febbraio 2015. Salva qualsiasi ulteriore riserva ed eccezione.*

Con vittoria di spese e compensi professionali, oltre rimborso forfettario nella misura del 15% ex L.P., C.P.A. ed I.V.A. come

per legge».

All'udienza del 5-2-2016 la causa veniva trattenuta in decisione, assegnando alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

COINCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1.Sull'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo

Il Comune convenuto ha eccepito il difetto di giurisdizione del g.o. sotto due diversi profili.

In primo luogo ha dedotto che il rilascio delle lettere di patronage di cui si discute sono state precedute da atti amministrativi, espressione della potestà autoritativa pubblicistica dell'ente territoriale, con conseguente giurisdizione del g.a..

Sotto diverso profilo ha ritenuto che la mancata impugnazione della cessione delle quote sociali e degli atti procedimentali (bando di gara) precluderebbe la possibilità di censurare innanzi al g.o. l'operata risoluzione (*rectius* estinzione) delle garanzie concesse dal Comune.

Secondo la difesa dell'ente territoriale si tratterebbe comunque di scelta compiuta dalla Pa per imposizione di norme di legge (art.14 comma 32 del D.L. 31-5-2010 n.78 come convertito con modificazioni nella legge 30/7/2010 n.122) e per finalità di pubblico interesse per cui il risarcimento del danno da attività amministrativa rientrerebbe, comunque, nella giurisdizione esclusiva del g.a.

L'eccezione di difetto di giurisdizione del g.o. deve essere

rigettata.

Ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo occorre aver riguardo al *petitum* sostanziale, identificato non solo o non tanto in funzione della concreta statuizione richiesta al giudice, ma anche e soprattutto in relazione alla causa *petendi*, ossia alla effettiva natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo alla sostanziale protezione ad essa accordata, in astratto, dal diritto positivo (v., *ex plurimis*, Cass, Sez. Unite 8623/2015; Cass. Sez. Unite 28 giugno 2006, n. 14846; Cass. Sez. Unite 31 marzo 2005 n. 6743).

Nel caso in esame il Comune nel perseguimento dell'interesse pubblico ha liberamente scelto di utilizzare strumenti di natura prettamente civilistica: le lettere di *patronages* rientrano, infatti, pacificamente, nell'ambito degli istituti del diritto comune (Cass. 9 febbraio 2016 n.2539; Cass. 27 settembre 1995 n.10235) fruibili anche dagli Enti Pubblici.

Conseguentemente non assume alcun rilievo che la decisione di avvalersi di tale negozio privatistico sia stata assunta a conclusione di un procedimento amministrativo dal momento che esso costituisce a tutti gli effetti modalità normale di formazione della volontà dell'ente.

Ciò non influisce in nessun modo sulla natura di atto paritetico del negozio di diritto privato, scelto per realizzare gli interessi pubblici, a fronte del quale ci troviamo in presenza di un vero e proprio diritto soggettivo e non di un interesse legittimo (Consiglio di Stato Sezione V 1 agosto 2015 n.3780).

La controversia in esame riguarda quindi rapporti fra parti paritetiche dovendosi escludere che in tale fase il Comune possa esercitare poteri di supremazia o di imperio, tipici dell'esercizio

dell'attività amministrativa, nemmeno in sede di autotutela, ledendo altrimenti i diritti soggettivi dell'altro contraente, che non possono affievolirsi o essere condizionati da attività del contraente pubblico dirette a sottrarsi agli impegni negoziali assunti (cfr. la già citata Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12901).

Sussiste, pertanto, la giurisdizione del g.o.

2. Sulle lettere di patronage rilasciate dal Comune di ***

Parte attrice ha agito nel presente giudizio deducendo l'inadempimento del Comune di *** agli obblighi contrattuali assunti con le lettere di patronage rilasciate in data 5-10-2009 (v. doc.5) in data 15-12-2009 (doc.10) in data 15-12-2009 (doc.11) e in data 18-11-2011 (docc.13 e 14) in relazione a finanziamenti (mutuo in data 8-10-2009 per la complessiva somma di euro 7.500.000 v.docc.2 e 3 parte attrice; mutuo concesso in data 27-1-2010 per la somma complessiva di euro 4.000.000,00 v.doc.7 e 8 parte attrice) concessi alla società X srl interamente partecipata dal Comune di *** al momento del rilascio delle garanzie.

E' noto che le lettere di patronage si sono diffuse nella prassi commerciale, quale strumento alternativo alle garanzie personali tipiche.

Non esiste un'unica tipologia di lettera di patronage e la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità ha preferito indirizzarsi verso un'analitica interpretazione della volontà delle parti piuttosto che ad un rigido inquadramento dei negozi o delle dichiarazioni atipiche in una fattispecie contrattuale tipizzata

La giurisprudenza di legittimità (Cass. 27 settembre 1995 n.10235,) ha ormai chiarito che: "*la specifica funzione che assolvono siffatte dichiarazioni - normalmente emesse a favore di istituti bancari in connessione con l'erogazione di finanziamenti a*

soggetti sui quali il dichiarante è in condizione di esercitare la propria influenza - non è tanto quella di "garantire" l'adempimento altrui, nel senso in cui tale termine viene assunto nella disciplina della fideiussione e delle altre garanzie personali specificamente previste dal legislatore (nelle quali il "garante" assume l'obbligo di eseguire la (stessa) prestazione dovuta dal debitore), quanto quella di rafforzare nel (futuro) creditore, cui la dichiarazione è indirizzata, il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni.

La rilevanza giuridica delle lettere di patronage non è tuttavia sempre la stessa, ma varia a seconda del loro contenuto, pur dovendosi escludere, per quanto si è detto, che esse diano vita a vere e proprie obbligazioni di tipo fideiussorio."

Quando tali dichiarazioni hanno un contenuto meramente "informativo" (ad es. circa l'esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato), una eventuale responsabilità del patrocinate può essere affermata alla stregua dei principi sanciti dagli artt. 1337 e 1338 c.c.

Il patrocinate viene, infatti, ad inserirsi nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione; la sua posizione è quindi ben diversa da quella di un terzo che "accidentalmente" venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede, dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da comportamenti altrui scorretti (art. 1337 c.c.) o anche negligenti (art. 1338).

Se, invece, il patrocinate non si limita ad esternare la propria

posizione di influenza, ma assume degli "impegni" (ad es. di previa comunicazione della intenzione di cedere la propria partecipazione o di futuro mantenimento della medesima, ovvero anche di salvaguardia della solvibilità della controllata) si rientra nello schema delineato dall'art. 1333 c.c. tanto che la responsabilità che ad esse consegue è di natura contrattuale (Corte Appello Milano 9-2-2011).

In questa tipologia di lettere il contenuto degli obblighi assunti consiste in un *facere* (con finalità di garanzia) proprio del patrocinante, attinente alle modalità di gestione del rapporto con il patrocinato.

La dottrina e la giurisprudenza ha escluso in generale che le lettere di patronage diano luogo al sorgere di obbligazioni fideiussorie, benchè specie le lettere di conforto "forti" contenenti dichiarazioni di assunzione del rischio perdite denotino un contenuto obbligatorio molto affine ai negozi di garanzia e perseguano anche dal punto di vista del creditore un risultato economico quasi sovrapponibile alla assunzione di obbligazione fideiussoria.

Si tratta però di un istituto giuridico differente.

In primo luogo diversa è la causa di tali impegni perché la funzione economico-sociale della lettera di patronage impegnativa è quella di creare il convincimento che il patrocinato adempirà ai suoi obblighi non quella di assumere senz'altro l'obbligo del patrocinato.

Inoltre, poiché la manifestazione di volontà di assumere l'obbligo fideiussorio ex art. 1937 c.c. dovrebbe essere espressa, deve escludersi, l'assunzione tacita di tale obbligazione di garanzia per il tramite di manifestazioni di volontà a contenuto divergente.

Il Comune convenuto ha eccepito la nullità o quantomeno l'annullabilità conseguente ad accertata invalidità o, comunque, la inefficacia delle lettere di patronage concesse nel 2009 poiché in tale periodo il Regolamento di contabilità comunale non prevedeva la possibilità di rilasciare lettere di patronage.

Al riguardo il Comune di *** ha affermato che solo con la deliberazione del Consiglio Comunale n.142 del 26-11-2010 (v. doc.15) è stato introdotto nel Regolamento di contabilità pubblica l'art.35 ter la possibilità di rilasciare lettere di patronage (previa approvazione da parte del Consiglio Comunale della deliberazione relativa agli indirizzi da osservare da parte della società partecipata).

Tale tesi difensiva non può essere condivisa.

Da tempo giurisprudenza e dottrina riconoscono una generale capacità di diritto privato alla PA con conseguente assoggettamento della stessa alle norme del diritto comune salve le esplicite deroghe poste dalla legge e tale riconoscimento è stato confermato in via legislativa.

L'art.1 comma 1 bis l.241 del 1990 come modificato dalla l. n.15 del 2005 prevede che: "*la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*".

E', quindi, superato l'orientamento tradizionale secondo cui l'amministrazione può porre in essere i soli atti di diritto privato alla cui adozione è espressamente facoltizzata.

La giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato sezione VI 12 marzo 1990 n.374) ha evidenziato che: "*poiché la capacità dell'ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico,*

cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento, da ciò non può che derivare una pienezza di capacità, con la conseguente possibilità da parte dell'ente di far ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi. Ne deriva, pertanto, un capovolgimento dell'impostazione teorica sopra detta, con la conseguente negazione, in via generale, di limitazioni alla capacità delle persone giuridiche pubbliche e la necessità che tali limiti, lungi dal derivare da argomentazioni presuntive, traggano esclusivo fondamento nel diritto positivo. Sul piano teleologico tali conclusioni vanno ribadite poi, a maggior ragione, nel caso di un ente pubblico territoriale, là dove, atteso che si tratta di ente che può prefiggersi tutti gli scopi idonei a soddisfare gli interessi della collettività, non può certamente porsi un problema di "incapacità speciale", cioè di una inidoneità in astratto al compimento di determinati atti, ma, semmai, di una concreta inettitudine dell'attività a soddisfare in maniera diretta le esigenze della collettività (Cons. Stato, sez. VI, n° 1291 del 1988 e n° 721 del 1989)".

La giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato sez. VI 16-7-2015) ha evidenziato la mancanza in astratto di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione anche con riferimento ai contratti atipici : *"Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art.97 Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti - anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi - non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche*

disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benché con un minore possibile discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di housing sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione" (cfr., per il principio, Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 1; V, 1 luglio 2014, n. 4358; VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378).

Ne consegue che non si ravvisa alcuna nullità o inefficacia delle lettere di patronage rilasciate in data 5 ottobre e 15 dicembre 2009 non essendo necessaria per la loro validità la previsione espressa nel Regolamento di Contabilità introdotta solo in data 26-11-2010.

Né può comportare nullità delle lettere di patronage la previsione nelle "Linee Guida per il perseguimento degli scopi sociali" di X srl del 2007 della possibilità di rilasciare solo lettere di patronage deboli (v. doc.5 parte convenuta).

Tale deduzione (se intesa quale eccezione di annullabilità ex art.1441 c.c..) è stata tardivamente proposta nella seconda memoria ex art.183 c.p.c. dovendo l'eccezione di annullabilità (incompetenza relativa) ex art.1441 c.c.. essere tempestivamente dedotta ed eccepita.

Si evidenzia, peraltro, che il suddetto atto di indirizzo concerne le autorizzazioni al Sindaco di *** in ordine alle decisioni della società controllata (e, quindi, all'attività di quest'ultima) e nessun limite relativo alle lettere di patronage era previsto dal regolamento comunale di contabilità.

La nullità può, peraltro, sussistere solo nei casi previsti dalla legge o quando l'atto è contrario a norme imperative quale non è

l'atto di indirizzo in oggetto.

Né si ravvisa alcuna norma di legge o norma imperativa che vieti il rilascio di lettere di patronage.

Occorre evidenziare che l'art. 119, comma 6, Costituzione, nel testo sostituito dall'art. 5 della Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (entrato in vigore l'8 novembre 2001), prevede che: "*I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni (...) possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento*".

L'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria 2003) dispone che "*qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento in violazione dell'art. 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli*".

Il legislatore è intervenuto con la L. 24 dicembre 2003, n. 350 e successive modificazioni, e dopo aver reiterato all'art.3 - al comma 16 - il divieto di indebitamento, ai commi 17 - 21 ter ha dettato delle norme attuative del precetto costituzionale, individuando in concreto le varie forme d'indebitamento e d'investimento.

Al comma 17 (vigente all'epoca) si prevedeva: "*Per gli enti di cui al comma 16 costituiscono indebitamento, agli effetti dell'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, l'assunzione di mutui, l'emissione di prestiti obbligazionari, le cartolarizzazioni di flussi futuri di entrata e le cartolarizzazioni con corrispettivo iniziale inferiore all'85 per cento del prezzo di mercato dell'attività oggetto di cartolarizzazione valutato da un'unità indipendente e specializzata. Costituiscono, inoltre, indebitamento le operazioni di cartolarizzazione accompagnate da garanzie fornite da amministrazioni pubbliche e le cartolarizzazioni e le cessioni di*

crediti vantati verso altre amministrazioni pubbliche nonché, sulla base dei criteri definiti in sede europea dall'Ufficio statistico delle Comunità europee (EUROSTAT), l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate. Non costituiscono indebitamento, agli effetti del citato articolo 119, le operazioni che non comportano risorse aggiuntive, ma consentono di superare, entro il limite massimo stabilito dalla normativa statale vigente, una momentanea carenza di liquidità e di effettuare spese per le quali è già prevista idonea copertura di bilancio".

Il legislatore ha, quindi, individuato in modo specifico le operazioni finanziarie (con il d.l. 31 maggio 2005 n.88 è stato inserito in tale novero anche l'apertura di credito) che costituiscono indebitamento tra cui non è ricompreso il rilascio di lettere di patronage.

La Corte Cost. con la sentenza 16-29 dicembre 2004 n.425 ha chiarito che trattandosi di un vincolo, di carattere generale che deve valere in modo uniforme per tutti gli enti, solo lo Stato può legittimamente individuare quali operazioni finanziarie costituiscano "indebitamento".

Le tipologie sono, quindi, ipotesi legislativamente determinate e tassative.

Occorre a questo punto esaminare il contenuto delle suddette lettere di *patronage*.

La lettera rilasciata in data 5-ottobre 2009 (doc.5) dal Direttore Generale del Comune dott. ... previa deliberazione della Giunta Comunale del 29-9-2009 (v. doc.6) integra un patronage forte.

Nessuna mera rassicurazione per indurre la Banca a concedere il finanziamento ma veri e propri impegni.

Se infatti nel secondo capoverso la lettera contiene esclusivamente dichiarazioni informative le successive tre parti (secondo, terzo e ultimo capoverso) contengono impegni espressi del patrocinante riconducibili a tipologie di lettere forti e comportanti obblighi via via più preganti.

Il Comune di ***, infatti, dopo avere confermato di detenere il 100% del capitale sociale di X srl si impegnava a detenere il 100% del capitale sociale della suddetta società (*"mentre con la presente esprimiamo il nostro gradimento in ordine all'operazione stessa, vi confermiamo che il Comune di *** detiene il 100% del capitale sociale della suddetta società e ci impegniamo a detenere il 100% del capitale sociale della predetta società"*).

Nel terzo capoverso il Comune si impegnava, altresì, ad assicurare la corretta e sana gestione di X srl per garantirne la solvibilità nei confronti dei creditori (*"ci impegniamo a fare sì che la predetta società sia gestita in modo tale da essere sempre in grado di fare fronte ai propri impegni nei confronti dei propri creditori). Il Comune ha assunto, altresì, l'obbligo di somministrare direttamente ad X srl i capitali per assicurare la solvibilità (fornendole all'uopo i capitali necessari)"*).

Sono tutte obbligazioni di facere tese ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione del patrocinato.

Nell'ultima parte invece (ultimo capoverso) il Comune, quale controllante, si obbliga *expressis verbis* a un *facere* costituito dal *"mettere a vs disposizione garanzie da Voi ritenute idonee a copertura del capitale e degli interessi e accessori derivanti dal finanziamento di cui sopra, ovvero alternativamente, a farvi ottenere il rimborso di quanto da (rectius a) Voi dovuto dalla società predetta in dipendenza del finanziamento stesso nel caso in cui la predetta società non sia stata in grado di fare fronte agli*

impegni assunti nei vostri confronti"

La obbligazione in questione è, peraltro, costruita come obbligazione alternativa a scelta del creditore (ex art. 1286 c.c.).

L'attenta disamina della dichiarazione negoziale porta ad escludere che anche l'ultima obbligazione assunta (quella più stringente) configuri una fideiussione.

Per un verso non vi è alcuna assunzione dell'obbligo della società controllata ma la controllante si obbliga ad un *facere* e dunque a un fatto proprio (nell'ipotesi di farvi ottenere il rimborso").

Il *patronnant* promette il fatto proprio, si impegna, cioè, a porre in essere un insieme di prestazioni di fare funzionali ad assicurare l'adempimento del patrocinato senza assumere, tuttavia, l'obbligo di rendere la medesima prestazione del finanziato sì che, in caso di inadempimento, lo stesso risulterà tenuto ad una obbligazione di natura risarcitoria che solo sul piano economico potrà coincidere con il quantum dovuto dal patrocinato.

Sorge, quindi, un obbligo autonomo non solidale con quello del patrocinato.

Si evidenzia, infine, che ex art.1937 c.c. la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa, chiara e univoca e nel caso in esame si è scelto volontariamente di non adottare lo schema fideiussorio.

Nella deliberazione della Giunta Comunale del 29 settembre 2009 si precisava, come fosse tra i suoi principali obiettivi di mandato lo sviluppo sul territorio di energia prodotta con sistemi puliti e alternativi agli idrocarburi e che a tale fine era stata costituita in data 10-1-2007 la società interamente controllata dal Comune di *** X srl.

La delibera precisava che proprio al fine di reperire e supportare tali investimenti era stato richiesto un mutuo e fido di cassa alla Banca la quale per la concessione del mutuo aveva richiesto la lettera di Patronage (v. doc.6 di parte attrice) poiché l'esigenza di facilitare la concessione di un credito costituisce proprio la funzione economico-sociale della lettera di patronage e dunque la causa concreta del contratto.

La premessa espressa nella deliberazione è estremamente importante poiché da un lato comprova la compatibilità della garanzia atipica rilasciata con l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione mentre dall'altro evidenzia la meritevolezza degli interessi perseguiti ex art.1322 secondo comma c.c. (rafforzare la protezione dei diritti del creditore).

Eguali considerazioni valgono per la lettera di patronage rilasciata in data 15-12-2009 prot.0013463 (doc.10 di parte attrice) di identico tenore letterale che garantisce la concessione di mutuo di euro 4000.000,00 nonché fido di conto corrente di euro 300.000.000,00.

La suddetta lettera veniva preceduta da delibera della giunta comunale n.130 del 15 dicembre 2009 dove si precisava che: "*al fine di reperire e supportare economicamente gli interventi e le opere nel campo delle fonti rinnovabili di energia previsti nel piano investimenti di X srl è stato richiesto un mutuo e fido di Cassa alla Banca la quale per la concessione dello stesso ha richiesto il patronage da parte del Comune di *** socio unico della società*" dando mandato al dott. Direttore Generale del Comune di *** per la sottoscrizione del patronage soprariportato (il cui tenore letterale veniva interamente trascritto nella delibera).

Parte convenuta nei propri atti difensivi richiama diverse pronunce delle Sezioni Regionali di controllo della Corte che ineriscono però al controllo sulla complessiva gestione finanziaria

degli enti territoriali e non alla validità sotto il profilo civilistico degli atti posti in essere.

Tale tipo di controllo è finalizzato a stimolare nell'ente o nell'amministrazione processi di autocorrezione tesi ad una corretta gestione della finanza locale.

L'art.7 comma 7 della l.5 giugno 2003 n.131 costituisce il fondamento normativo della funzione consultiva intestata alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti - attribuisce alle Regioni e, tramite il Consiglio delle Autonomie locali, se istituito, anche ai Comuni, Province e Città metropolitane la facoltà di richiedere alla Corte dei Conti pareri in materia di contabilità pubblica: *"ai fini del coordinamento della finanza pubblica, verifica il rispetto degli equilibri di bilancio da parte dei Comuni province, città metropolitane e regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea"*.

Proseguendo nella disamina delle eccezioni di parte convenuta occorre esaminare l'eccezione di nullità delle suddette lettere di patronage ex art.1418 secondo comma c.c. per mancanza nell'oggetto dei requisiti di determinatezza e/o determinabilità.

Secondo le censure del Comune di *** le lettere non contengono alcun elemento idoneo a consentire la determinatezza e/o determinabilità del credito garantito e sono state emesse in un periodo antecedente la conclusione dei contratti di finanziamento cui fanno riferimento.

Tali doglianze non sono condivisibili.

La lettera di patronage datata 5 ottobre 2009 prot.0010666 (doc.5 parte attrice) fa preciso riferimento sia al mutuo chirografario di euro 7.500.000,00 sia al fido di conto corrente di euro 500.000.00

sia pure con riferimento ad una scrittura privata ancora da registrare.

Ne consegue che è precisamente delimitato l'importo massimo del finanziamento che, con quell'impegno, il Comune di ***, intendeva facilitare l'emissione.

La delibera della giunta comunale n.101 del 29-9-2009 fa preciso riferimento all'importo del mutuo chirografario e del fido che verranno rilasciati indicandone in modo preciso l'importo.

Si evidenzia, peraltro, che il Comune di ***, al momento del rilascio delle lettere di patronage era socio unico di X srl e che lo Statuto della società (art.10 doc.2 prodotto da parte convenuta) prevedeva espressamente che erano riservate al socio unico le decisioni in ordine all'assunzione di mutui per cui l'operazione di finanziamento era stata decisa dal Comune di *** che ne era perfettamente a conoscenza.

Nello stesso contratto di mutuo sottoscritto dal dott. Luciano Pellegrini (che rivestiva la duplice veste di Direttore Generale del Comune di *** e amministratore unico di X srl) si dava atto che l'operazione di finanziamento era stata garantita dal rilascio della lettera di patronage (v.doc.2).

La precisa indicazione dell'ammontare dei finanziamenti nelle lettere di patronage in oggetto esclude, altresì, la violazione dell'art.1938 c.c.. applicabile anche a tali garanzie atipiche (Cass. 26-1-2010 n.1520).

Il Comune convenuto ha, infine, sostenuto che sarebbero venuti meno gli obblighi assunti con le lettere di patronage in quanto le suddette garanzie sarebbero state rilasciate sul presupposto di avere, e di potere continuare ad avere anche nel futuro il controllo totalitario e, dunque la gestione della società patrocinata.

Tale presupposto fattuale-giuridico sarebbe stato alterato dall'entrata in vigore dell'art.14 comma 32 del d.l. 78/2010 che imponeva al Comune di "disfarsi" di X srl lasciando all'ente territoriale la scelta tra la soluzione della cessione della partecipazione e quella della liquidazione della società.

Tale sopravvenuto provvedimento legislativo facendo venire meno la possibilità dell'ente territoriale a continuare a avere il controllo totalitario della società controllata assumerebbe rilievo per l'esistenza e l'efficacia del negozio per cui dovrebbe attribuirsi valore di recesso alla deliberazione n.41 del 6 maggio 2013 (doc.30) nella quale la Giunta Comunale decretava di: *"confermare per i motivi tutti di cui in premessa, l'intervenuta estinzione, per impossibilità sopravvenuta, degli impegni a suo tempo assunti dal Comune di *** mediante la sottoscrizione delle lettere di patronage elencate in premessa"*.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che l'istituto della presupposizione assolve al compito di conservare l'equilibrio sinallagmatico del contratto, nel caso in cui siano intervenuti eventi imprevedibili che abbiano alterato il rapporto tra le reciproche prestazioni, così come stabilito dalle parti mentre nel caso di lettere di patronage si ha un negozio giuridico unilaterale o comunque un contratto con prestazioni a carico di una sola parte.

Si evidenzia, peraltro, che la presupposizione si identifica con una situazione di fatto che entrambe le parti, pur non menzionandola esplicitamente, hanno considerato come presupposto fondamentale del contratto, di modo che la sua esistenza o il suo venir meno toglierebbero al contratto stesso la sua base.

La presupposizione è una figura di creazione giurisprudenziale che completa il sistema, affiancandosi ai rimedi solutori di gestione delle sopravvenienze codificati e, cioè, l'impossibilità

sopravvenuta, art. 1463 c.c., e la risoluzione per eccessiva onerosità, art. 1467 c.c..

Viene costantemente definita come obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione - pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali - dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde - integrandolo - all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro (Cass., Sez. 3, sentenza n. 12235 del 25/05/2007 (Rv. 599210)).

Nel caso in esame il mantenimento del controllo totalitario era una delle prestazioni promesse, e ciò esclude già di per sé che costituisca condizione presupposta: si può, infatti, avere presupposizione solo se la situazione presupposta sia assunta come certa nella rappresentazione delle parti (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 15025 del 14/06/2013 (Rv. 627006) mentre in questo caso il mantenimento del controllo totalitario costituiva proprio l'oggetto dell' obbligazione assunta e, quindi, non era affatto certa.

Si sottolinea, peraltro, come la norma citata non obbligava il Comune a cedere la partecipazione sociale ben potendo il Comune, nella sua veste di socio unico, disporre la liquidazione della società o comunque adottare soluzioni che costituissero comunque adempimento delle obbligazioni assunte .

La norma indicata prevedeva, infatti, che i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti che controllano società che abbiano avuto almeno un bilancio con registrazione di perdite negli ultimi tre esercizi, debbano mettere in liquidazione tali società ovvero cederne le relative partecipazioni, entro il termine

(da ultimo normativamente stabilito) del 30 settembre 2013.

Occorre, inoltre, considerare che il fatto che scompagina l'equilibrio contrattuale deve essere successivo alla conclusione del contratto, ma anteriore all'esecuzione del contratto.

L'istituto ha, infatti, quale finalità quella di fare fronte ad ipotesi in cui la prestazione sia ancora possibile (mancando qualche requisito di cui all'art. 1467 c.c. per domandare la risoluzione per eccessiva onerosità) ma che ciò nonostante pretendere la prestazione sia contrario a buona fede e che, quindi, sia giusto liberare il contraente.

Nel caso in esame la Banca aveva già concesso ed erogato i finanziamenti per cui non si ravvisa alcuna tutela in buona fede dell'affidamento del Comune da tutelare.

Né il Comune di ***, che ha agito come comune parte contrattuale, poteva sciogliersi da un vincolo negoziale assunto attraverso un atto destinato a terzi (bando di gara) decretando l'estinzione di tutte le obbligazioni assunte in ragione delle quali la Banca aveva erogato le ingenti somme richieste.

3. L'inadempimento agli obblighi assunti con le lettere di patronage da parte del Comune di ***

Dalla documentazione prodotta da parte attrice emerge che il Comune di *** ha violato gli obblighi assunti con le lettere di patronage in esame.

Occorre premettere che la violazione di ciascun obbligo è già di per sé sufficiente a determinare la responsabilità risarcitoria per inadempimento.

In primo luogo, il Comune ha violato palesemente l'obbligo di mantenere (e, quindi, non alienare) la sua partecipazione

totalitaria nella controllata X srl.

L'avvenuta cessione di tale partecipazione ad un soggetto terzo (in data 18 giugno 2013) è circostanza pacifica e ampiamente documentata (cfr. doc. 33,34,35 e 36).

Nel precedente paragrafo ci si è soffermati sulle ragioni per cui non si può ritenere che la menzionata disposizione dell'art. 14, comma 32, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 abbia fatto venire meno tale obbligo di *facere* non essendo pertinente il richiamo all'istituto della presupposizione operato dall'ente territoriale convenuto.

Cedendo la propria partecipazione totalitaria il Comune perdeva il controllo sulla società controllata rinunciando così ad operare un effettivo e concreto controllo sulla gestione della società controllata (e così violando, altresì, l'obbligo di "*fare sì che la predetta società sia gestita in modo tale da essere sempre in grado di fare fronte ai propri impegni*").

Il Comune ha violato, inoltre, l'obbligo di gestire adeguatamente X srl srl in modo da garantirne la permanente condizione di solvibilità nei confronti dei relativi fornitori.

Al riguardo si è già, in precedenza evidenziato, come venga in considerazione una lettera di patrocinio forte che si configura come obbligazione di garanzia atipica con promessa di risultato.

Ne consegue che ai fini della liberazione del *patronnant* dal risarcimento dei danni da inadempimento, ai sensi dello art. 1218 c.c., lo stesso deve fornire la prova che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (Cass. 25 settembre 2012 n.16259).

Questa prova non è stata offerta dal Comune di ***.

L'Ente territoriale convenuto si è limitato a dedurre che, solo successivamente alla cessione delle partecipazioni, la società X srl ha cessato di pagare le rate di ammortamento e, che il Comune ha comunque patrimonializzato la società controllata.

Si evidenzia al riguardo come non sia condivisibile l'assunto del convenuto secondo cui la vincolatività ed efficacia delle garanzie prestate era limitata al periodo in cui il Comune deteneva il capitale sociale di X srl e, quindi, diviene irrilevante che l'insolvenza di X srl si sia palesata (con il mancato rispetto delle rate di ammortamento) solo successivamente alla cessione delle quote ad Y spa.

Il tenore letterale delle lettere di patronage esclude la volontà delle parti di delimitare temporalmente le garanzie prestate.

Al contrario l'impegno a detenere il 100% del capitale sociale della controllata (non circoscritto ad un determinato lasso temporale) era proprio finalizzato ad assicurare nel futuro il controllo e la direzione da parte del Comune.

Dalla documentazione in atti (v. verbale n.4 del 31 gennaio 2013 del Collegio dei Revisori prodotto sub. doc.18) emerge, peraltro, che già in tale data (precedente alla cessione delle partecipazioni) la "*gestione caratteristica della Società X srl ha mostrato gravi disavanzi economici e che il Collegio dei revisori ha ricevuto dal Comune dati parziali, incompleti e non adeguatamente rappresentativi della realtà aziendale*".

In data 6-2-2013 (sempre precedente alla cessione) gli advisors evidenziavano al Comune plurime operazioni anomale (v.doc.16 p.11,12 e 13).

Dalla lettura della suddetta relazione, si evince che la società controllata:

- ha: *"stipulato un contratto derivato, a copertura dal rischio di oscillazione del tasso di interesse sul mutuo BNL 6085817 il cui fair value al 30 novembre risultava negativo per euro 786.812. Di tale contratto non si è mai dato evidenza nel bilancio e non si è rinvenuto neppure il testo contrattuale, che dovrà essere oggetto di approfondimento"*.

- ha costituito T, scelta del partner privato, vendita di un ramo d'azienda di X srl e stipula con il partner privato di un contratto di fornitura e di manutenzione full service degli impianti: i revisori hanno evidenziato come *"per effetto di questa operazione X srl abbia iscritto nel bilancio 2011 una significativa plusvalenza (£ 1,3 milioni) impegnandosi a sostenere maggiori costi negli anni successivi per effetto del contratto di fornitura stipulato con il partner privato. Sotto il profilo finanziario questa operazione non ha portato alcun beneficio in quanto, a fronte dell'incasso del prezzo per la cessione del ramo d'azienda, X srl ha pagato al partner privato aggiudicatario della gara un anticipo sul contratto di fornitura di pari importo. A fronte di tale importo doveva essere rilasciata una fideiussione a favore di X srl della durata di 18 mesi mentre risulta rilasciata solamente per 12 mesi che scadranno il prossimo 7 febbraio 2013"*;

- ha stipulato contratto di fornitura di olio vegetale puro tracciato di origine comunitaria stipulato con S srl: la relazione (doc.16 p.12) : la relazione evidenzia come *"la maggiore criticità di questo contratto, che risulta scaduto da oltre un anno e non eseguito, riguarda il fatto che a fronte dell'erogazione di acconti per oltre euro 700.000, la società non abbia richiesto alcuna garanzia e, almeno sulla base della documentazione rinvenuta, non si sia ancora attivata per la risoluzione del contratto e il recupero del credito"*;

- operazione in Senegal: la relazione sottolinea come: *"Gli*

investimenti effettuati in Africa, in parte direttamente dalla società X srl ed in parte tramite la società controllata I seppur comprensibili sotto il profilo industriale, sono caratterizzati dalla mancanza di adeguati supporti documentali e contrattuali. Infatti, pur trattandosi di un investimento consistente pari a circa euro 1,2 milioni, non ci è stato possibile ricostruire, su base documentale, la natura degli acquisti di beni e servizi effettuati con la maggior parte di queste somme. L'assenza del bilancio al 31-12-2011 della società partecipata I, alla quale sono stati erogati finanziamenti per circa 0,7 milioni, rappresenta una grave mancanza gestionale.

Infine il contratto di affitto d'azienda stipulato da X srl in data 17-9-2012 a favore della società U conferma la scarsa trasparenza che regna su queste attività stante il fatto che la società I- proprietaria almeno in parte degli investimenti eseguiti e partecipata anche da altri soggetti- non sia stata minimamente menzionata nell'atto in questione".

Gli advisors del Comune (doc.16) evidenziavano che i bilanci della società controllata palesavano una situazione di deficit cronico dal punto di vista economico.

Dal suddetto documento si evince (p.16) che: "*la società ha svolto la propria attività in un segmento particolarmente rischioso caratterizzato da un elevato fabbisogno di capitali senza avere una adeguata dotazione di mezzi propri, infatti il patrimonio netto della società è sempre stato estremamente contenuto in valore assoluto ed il leverage (D/E) troppo elevato.*

Tutti gli investimenti sono stati realizzati mediante ricorso al credito bancario, compresi gli investimenti immobiliari, compromettendo inevitabilmente la redditività aziendale..."

Il Comune di *** non ha provato di essere intervenuta nella

gestione della controllata X srl srl (in forza dei penetranti poteri di direzione e controllo di cui era dotata) in modo che la stessa fosse in grado di gestire i propri impegni economici in modo adeguato non offrendo elementi concreti idonei a comprovare di essersi attivata per una sana gestione contabile ed economica né elementi sufficienti a superare le censure e perplessità sollevate dei revisori contabili.

Le delibere prodotte dal Comune (sub.doc.8-13 e doc. 17-24) dimostrano che il Comune ha disposto alcuni trasferimenti immobiliari a favore di X srl srl ma non provano che il Comune sia intervenuto (quale socio unico) per assicurare alla società controllata una gestione delle attività che le consentisse di pagare puntualmente i debitori.

Il bilancio di esercizio di X srl veniva chiuso al 31 dicembre 2012 (doc.49) ed evidenziava che X srl srl aveva chiuso l'esercizio sociale 2012 con una perdita di euro 3.871.613,00 e con debiti complessivi per oltre 34 milioni di euro.

In data 24 gennaio 2014 X srl veniva dichiarata fallita (doc.52 di parte attrice) e Banca San Felice veniva ammessa al passivo per euro 11.520.852,27 (v. doc.53).

L'Ente territoriale non ha neppure provato di avere adempiuto agli obblighi assunti nel terzo capoverso delle lettere di patrocinio cioè di avere fornito alla società controllata i capitali necessari per soddisfare le ragioni creditorie dei creditori (obbligo sussistente anche nel caso in cui le critiche condizioni economiche di X srl non fossero ascrivibili a responsabilità nella gestione imprenditoriale).

La situazione patrimoniale ed economica dei bilanci di X srl srl prodotti in atti dimostrano che gli obblighi di risultato assunti non sono stati raggiunti (ad eguali conclusioni si dovrebbe comunque

pervenire anche qualora si costruissero tali obbligazioni come obbligazioni di mezzi e non di risultato poiché in questo caso il debitore dovrebbe provare l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività v. Cass. N.4874 del 28-2-2014).

L'Ente territoriale convenuto non ha offerto tale prova.

Il Comune non ha, infine, provato di avere adempiuto ad uno dei due obblighi alternativamente previsti (ex art.1285 c.c.) nella lettera di patronage rilasciata: di fare ottenere alla Banca garanzie ritenute da quest'ultima idonee alla copertura del capitale e degli interessi e accessori derivanti dai finanziamenti o fare ottenere alla Banca il rimborso di quanto a questa dovuto dalla società controllata.

Le lettere di patronage prevedevano, infatti, l'impegno del patronnant di *"mettere a vostra disposizione garanzie da Voi ritenute idonee a copertura del capitale e degli interessi e accessori derivanti dal finanziamento di cui sopra, ovvero, alternativamente, a farvi ottenere il rimborso di quanto da Voi (rectius a voi dovuto) dalla società predetta in dipendenza del finanziamento stesso, nel caso in cui la predetta società non sia in grado di fare fronte agli impegni assunti nei vostri confronti"*.

Attesa la violazione degli obblighi assunti la convenuta deve rispondere per inadempimento contrattuale per un importo pari agli affidamenti concessi dalla Banca. alla X srl srl (e da questa non restituiti) a titolo di risarcimento contrattuale del danno.

Il danno di parte attrice è pari, infatti, ai finanziamenti concessi alla X srl e non restituiti.

La somma dovuta a titolo di risarcimento danni ammonta ad euro 10.718.128,34. Tale somma non risulta contestata come

ammontare del finanziamento concesso e non restituito da parte di X srl (i contratti di mutuo sono prodotti sub. docc. 2 e 7 e le erogazioni risultano comunque comprovate dai docc.3 e 8 di parte attrice non contestati).

Trattandosi di risarcimento danni per inadempimento contrattuale non sono dovuti gli interessi moratori chiesti da parte attrice (che presuppongono un debito di valuta ex art.1224 c.c.) trattandosi di debito di valore.

Trattandosi di obbligazione di valore, su tale importo è dovuta la rivalutazione monetaria ISTAT dalla data dell'inadempimento (che può ragionevolmente e equitativamente -tenuto conto che la violazione degli obblighi si è protratta nel tempo- individuarsi nella data del 14-1-2014 cioè nella data del fallimento di X srl che acclara la definitiva insolvenza della società partecipata) sino ad oggi.

Sugli importi annualmente rivalutati dalla stessa data sino al saldo sono poi dovuti interessi al saggio legale.

Come è stato condivisibilmente affermato infatti, "Per i debiti di valore - fra i quali è compreso anche quello di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale di obbligazioni non pecuniarie - va riconosciuto il cumulo della rivalutazione monetaria e degli interessi legali, l'una e gli altri assolvendo a funzioni diverse, giacché la prima mira a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato ponendolo nella condizione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non si fosse verificato, mentre i secondi hanno natura compensativa; ne consegue che le due misure sono giuridicamente compatibili e che, pertanto, sulla somma risultante dalla rivalutazione debbono essere corrisposti gli interessi, il cui calcolo va effettuato con riferimento ai singoli momenti in relazione ai quali la somma s'incrementa nominalmente, in base agli indici prescelti di

rivalutazione monetaria ovvero ad un indice medio". (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9517 del 01/07/2002; massime precedenti Conformi: n. 5845 del 1997; N. 11937 del 1997).

La somma all'attualità ammonta ad euro 10.816.551,28.

Non sussistono i presupposti per applicare l'art.1227 c.c..

Secondo la più autorevole dottrina il primo comma dell'art. 1227 c.c. concerne il concorso colposo del danneggiato nella produzione dell'evento che configura l'inadempimento, quindi la sua cooperazione attiva, mentre nel secondo comma il danno è eziologicamente imputabile al danneggiante, ma le conseguenze dannose dello stesso avrebbero potuto essere impedito o attenuate da un comportamento diligente del danneggiato.

Quindi l'art. 1227 c.c. disciplina due ipotesi distinte: il primo comma concerne il rapporto tra causa ed evento, regolando il concorso di colpa del danneggiato nella produzione dell'evento, al fine di una riduzione proporzionale del risarcimento; il secondo comma concerne il rapporto tra evento e danno, ossia il contenuto dell'obbligazione di risarcimento, che può essere negato se il creditore avrebbe potuto evitare il danno usando l'ordinaria diligenza, ossia quando il processo produttivo dell'evento dannoso si sia esaurito e subentri un'autonoma condotta colposa (generalmente omissiva) del danneggiato, che, pur potendo elidere o ridurre i danni, non l'abbia fatto (Cass. 20.2.1984, n. 1203; Cass. 13.3.1987, n. 2655).

Si evidenzia al riguardo come il Comune convenuto abbia dedotto tempestivamente, nella propria comparsa di costituzione, quale comportamento della banca che avrebbe concorso a cagionare il danno, solo il fatto di avere concesso il finanziamento nonostante la strutturale e cronica situazione incapacità di X srl di generare ricavi sufficienti a coprire i costi di gestione e restituire i prestiti

ricevuti.

Il Comune fa riferimento ad elementi che sono emersi solo successivamente alla concessione dei finanziamenti nel corso della gestione di X srl quando era ormai prossima al fallimento.

Non sono stati evidenziati elementi oggettivi che al momento della concessione del finanziamento potessero fare presagire l'esito fallimentare della gestione della nuova società.

Il comportamento della banca (concessione dei finanziamenti) è, comunque, anteriore alla violazione degli obblighi da parte del Comune e all'attività gestionale che ha portato all'insolvenza di X srl e, quindi, non può ritenersi legato causalmente agli inadempimenti del Comune e alle relative conseguenze né può ritenersi che rilevi ex art.1227 comma 2 c.c. dando rilievo tale norma solo al comportamento del danneggiato successivo all'evento.

Per tutte le ragioni precedentemente indicate il Comune di *** deve, pertanto, essere condannato a corrispondere a parte attrice la somma di euro 10.816.551,28 a titolo di risarcimento danni da responsabilità contrattuale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulle domande proposte da Banca nei confronti del Comune di *** ogni diversa istanza, eccezione e deduzione respinte e/o assorbite:

a) rigetta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune di *** per avere giurisdizione il g.o.;

b) condanna il Comune di ***, a corrispondere a parte attrice la somma, già liquidata all'attualità, di euro 10.816.551,28 a titolo di risarcimento danni da responsabilità contrattuale;

c) condanna il Comune di ***, a rifondere a parte attrice le spese di lite che vengono liquidate in complessivi euro 80.000,00 per compenso professionale oltre al rimborso delle spese generali (15%), oltre a C.P.A. e I.V.A.

Così deciso in Reggio Emilia il giorno 14 giugno 2016

Il Giudice

dott.ssa Simona Boiardi