



-2926/12

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

Regolamento
di
giurisdizione

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PAOLO VITTORIA	- Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 8631/2010
Dott. MICHELE DE LUCA	- Presidente Sezione - Cron. 2926
Dott. UMBERTO GOLDONI	- Consigliere - Rep. C1
Dott. SALVATORE DI PALMA	- Consigliere - Ud. 08/11/2011
Dott. SAVERIO TOFFOLI	- Consigliere - CC
Dott. VINCENZO DI CERBO	- Consigliere -
Dott. VITTORIO NOBILE	- Consigliere - C1
Dott. GIACOMO TRAVAGLINO	- Rel. Consigliere -
Dott. FRANCESCO TIRELLI	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 8631-2010 proposto da:

J , N ,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DONATELLO 75,
presso lo studio dell'avvocato BARENGHI ANDREA, che la
rappresenta e difende unitamente agli avvocati
MARIAFRANCESCA DE LEO, SILVIO RIOLO, LUCHI FRANCESCA,
STELLA PAOLO, per delega in atti;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco pro-tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO
3, presso lo studio dell'avvocato IZZO RAFFAELE,
rappresentato e difeso dagli avvocati SURANO MARIA
RITA, DITTRICH LOTARIO, LOMBARDI GIUSEPPE, GROSSO
CARLO FEDERICO, per delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

U S.P.A., U), in persona dei
rispettivi legali rappresentanti pro-tempore,
elettivamente domiciliate in ROMA, VIA F. CUBONI 12,
presso lo STUDIO LEGALE MACCHI DI CELLERE GANGEMI,
rappresentate e difese dagli avvocati VISCO CLAUDIO,
ORLANDO SALVATORE, LAZZERETTI SILVIA, per deleghe in
atti;

- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro

D , in persona del legale rappresentante
pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA IV
FONTANE 161, presso lo studio dell'avvocato TANTALO
PIETRO MARIA, che la rappresenta e difende unitamente
agli avvocati SESSA GIAN CARLO, DENOZZA FRANCESCO,
TOFFOLETTO ALBERTO, POTOTSCHNIG PAOLO, per delega in
atti;



- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

D in persona del legale
rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 284, presso lo
studio dell'avvocato DANUSSO G. MASSIMILIANO, che la
rappresenta e difende unitamente agli avvocati
IANNACCONE GIUSEPPE, GRECO MASSIMO, per delega in
atti;

- controrisorrente e ricorrente incidentale -

contro

J , P G , C
A B E , M M ;

- intimati -

per regolamento di giurisdizione in relazione al
giudizio pendente n. 5677/2009 del TRIBUNALE di
MILANO;

uditi gli avvocati Andrea BARENGHI, Claudio VISCO,
Salvatore ORLANDO, LOTARIO DITTRICH, Giancarlo SESSA,
Massimo GRECO;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 08/11/2011 dal Consigliere Dott. GIACOMO
TRAVAGLINO;

lette le conclusioni scritte dell'Avvocato Generale

9

dott. Pasquale CICCOLO, il quale chiede che le Sezioni unite della Corte dichiarino sussistere la giurisdizione dei giudici italiani sulle domande attrici aventi ad oggetto l'accertamento della responsabilità pre o extracontrattuale dei contenuti e della responsabilità contrattuale derivante dai contratti di consulenza e "arranging".

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is stylized and appears to be a single letter 'A' or a similar mark.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con atto di citazione del 23 gennaio 2009, il Comune di Milano convenne in giudizio, dinanzi all'omonimo Tribunale, sei istituti di credito - la J , la J (entrambe di nazionalità statunitense), la D : (di nazionalità irlandese), la U (di nazionalità inglese), la U s.p.a. (di nazionalità italiana) ed infine la D (di nazionalità tedesca) - chiedendo che il giudice adito, alla stregua delle domande precisate nella nota conclusiva presentata ex art. 10 d. lgs. n. 5 del 2003, pronunciasse:

- **la condanna**, solidale o parziaria, delle convenute al risarcimento del danno *da responsabilità aquiliana*, ai sensi degli art. 2043, 1440 e 21 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per avere esse tenuto condotte illecite causalmente connesse al grave pregiudizio subito dall'ente nella fase anteriore alla stipulazione dello strumento derivato del giugno 2005 - ossia nell'avere le convenute, in particolare: a) predisposto un calcolo di convenienza economica volutamente fuorviante; b) suggerito la stipulazione di un derivato IRS Collar a condizioni squilibrate; c) suggerito ed attuato ristrutturazioni inadeguate del prodotto derivato; d) suggerito ulteriori operazioni altamente rischiose e prive di utilità per il Comune; e) incamerato commissioni implicite all'insaputa del Comune;
- **la condanna**, solidale o parziaria, delle convenute al risarcimento del danno *da responsabilità contrattuale* per l'inadempimento delle obbligazioni di consulenza ed *arranging*, assunte con le Condizioni Generali di contratto sottoscritte in sede di gara nel maggio 2005.

*

2. In sede di esposizione dei fatti di causa, l'ente territoriale precisò ancora che, avendo intenzione di estinguere in via anticipata alcuni mutui gravanti sul bilancio del comune e contratti dopo il 1997 con la C s.p.a. e con diversi istituti di credito privati, aveva selezionato, a seguito di trattativa privata preceduta da una gara ufficiosa, quattro banche di primario livello internazionale - J , D ; U e D - cui era stato demandato il compito di indicare all'ente i termini di una articolata

operazione di ristrutturazione del debito, previa esecuzione di tutti i necessari calcoli di convenienza economico-finanziaria.

2.1. Ne era così scaturita una complessa attività finanziaria consistita, da un canto, nell'emissione, da parte del Comune, di un prestito obbligazionario trentennale per oltre 1,6 miliardi di Euro con scadenza il 29 giugno 2035; dall'altro, in un'operazione in strumenti cd. derivati, realizzata dalle stesse banche e collegata alla prima, mediante la conclusione di quattro contratti gemelli, ciascuno comprensivo di uno *swap* di ammortamento e di un *interest rate swap collar*.

2.2. Scopo dei contratti di *swap* di ammortamento – previsto, come noto, per gli enti locali dall'art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 - era quello di versare alle banche rate annuali di importo crescente, per un ammontare complessivo pari all'emissione del prestito obbligazionario, a fronte dell'obbligo delle stesse di pagare, nel giugno 2035, l'intero ammontare del capitale che, in tale data, il Comune avrebbe dovuto rimborsare agli obbligazionisti. Con la previsione dell'*interest rate swap collar*, dal suo canto, il Comune avrebbe negoziato con le banche il tasso fisso previsto nel prestito obbligazionario con un tasso variabile.

3. Il contratto derivato di ammortamento e di tasso era regolato, con ciascuna banca, dalle condizioni generali I e da disposizioni specifiche, previste nelle *Schedule* allegate alle condizioni generali e nelle *Confirmations*, documenti tutti sottoscritti il 27 giugno 2005.

3.1. In un lasso temporale non superiore ai due anni, l'operazione in strumenti derivati sarebbe poi stata rinegoziata fra il Comune e le banche per ben cinque volte.

4. Nel corso dell'anno 2008, una commissione di esperti, appositamente nominata dall'ente territoriale, avrebbe riscontrato la natura dolosamente squilibrata dell'intera operazione suggerita ed attuata dalle banche, dovuta, in particolare, all'esistenza di ingenti costi impliciti incorporati negli *swaps*.

*

5. Nel costituirsi in giudizio, alcune delle società convenute (.J

, U e IU , ID ; ID)



chiesero, *in limine*, che fosse dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano – oltre che, nel merito, l'infondatezza delle domande.

5.1 La *J* . non solleverà, di converso, alcuna questione di giurisdizione.

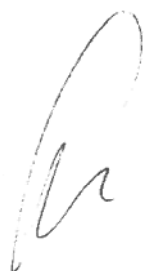
5.1. Dinanzi all'adito tribunale sono state inoltre presentate istanze di chiamata in causa di persone fisiche che, nel costituirsi, hanno a loro volta chiesto il rigetto delle domande proposte nei loro confronti.

5.2. *U* ha chiesto, altresì, la compensazione con i danni patiti ad opera del Comune di Milano a seguito della violazione delle clausole di *non reliance*.

6. Dopo lo scambio delle memorie di cui all'art. 6 e 7 del d. lgs. n. 5 del 2003, nel maggio 2010 l'attore ha notificato l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale di cui all'art. 8 d. lgs. n. 5 del 2003; peraltro, è seguito lo scambio di ulteriori memorie di replica, con conseguente istanza di inefficacia della prima istanza di fissazione.

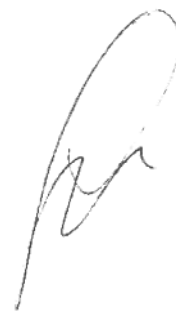
7. La J ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione, deducendone il difetto da parte del giudice italiano per l'insussistenza, a tal fine, dei titoli di cui al Regolamento CE n. 44/2001, e precisamente:

- a) ai sensi dell'art. 2 del regolamento, in quanto essa ha sede negli U.S.A.;
- b) ai sensi dell'art. 5, par. 3, attesa la natura contrattuale dell'azione relativa alle condotte tenute prima della stipula del contratto su strumenti derivati, per essere la conclusione del contratto idonea ad assorbire i rimedi precontrattuali;
- c) ai sensi dell'art. 23 del Regolamento CE n. 44/2001 in tema di proroga della giurisdizione, sotto concorrenti due profili, uno negativo ed uno positivo: da un canto, per inapplicabilità alla ricorrente dell'art. 13 del contratto di consulenza od *arranging*, il quale sancisce la giurisdizione del giudice italiano (*"L'incarico sarà regolato dalla legge italiana. Qualunque controversia che dovesse insorgere fra le parti sarà sottoposta al Foro di Milano"*), in quanto essa non era stata parte di tale contratto (sottoscritto dalla sola *J* .); dall'altro, dovendosi ritenere di converso applicabile l'art. 13, lett. b), dell'I



del 27 giugno 2005, ovvero le condizioni generali del contratto in derivati concluso con il Comune, contenente una esplicita previsione della giurisdizione del giudice inglese (*Jurisdiction. With respect to any suit, action or proceedings relating to this Agreement - "Procedings"-, each party irrevocably submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law*: nella traduzione italiana, Giurisdizione. Con riferimento ad ogni causa, azione o procedimento relativi a questo contratto - i "procedimenti" - ciascuna parte irrevocabilmente si impegna a sottoporsi alla giurisdizione delle corti inglesi, qualora il presente contratto sia regolato dalla legge inglese), e la sezione 4, lett. h) della *Schedule* ad esso allegata (secondo cui *The parties hereby submit to the exclusive jurisdiction of the English courts*: nella traduzione italiana, Le parti si impegnano a sottoporsi alla giurisdizione esclusiva del giudice inglese), estesa a qualsiasi controversia relativa allo *swap*, a prescindere dalla sua natura, contrattuale od extracontrattuale. Il Comune di Milano, a tal proposito, non poteva essere ritenuto "un consumatore" - avrebbe ancora specificato la difesa dell'istituto di credito statunitense - perché lo *swap* non mirava a soddisfare un bisogno proprio, risultando di converso l'ente territoriale "un operatore qualificato".

7.1. La *M* aggiunge ancora, ad ulteriore sostegno della propria istanza, che l'art. 13 dell' *I* non avrebbe potuto essere diversamente interpretato, sia alla stregua della *lex fori* (la legge in base a cui il giudice deve valutare la propria giurisdizione, potendo l'accordo di proroga integrare un presupposto processuale negativo, anche secondo l'art. 12 della l. n. 218 del 1995), sia alla luce della *lex causae* (nella specie, la legge inglese, come stabilito ^{is} dalla sezione 4 della *Schedule*): sotto il primo profilo, perché l'art. 1362 cod. civ. induceva all'interpretazione estensiva della complessa vicenda negoziale per la quale è processo, attesa la formula omnicomprensiva della clausola - che non usa l'espressione *arising* ("derivanti" o "scaturenti"), bensì quella di *relating to* ("relativi a"), idonea ad includere tutte le controversie strutturalmente e funzionalmente connesse al contratto; sotto il secondo



profilo, perché, qualora si volesse interpretare la clausola alla luce del diritto inglese, attesa la sua natura contrattuale e la sottoposizione del contratto a tale legge sostanziale, parimenti l'art. 13 citato dovrebbe ritenersi comprensivo della responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale (come sostenuto nel suo parere da un *barrister* inglese).

7.2. Né potrebbe sostenersi – prosegue la ricorrente – che la clausola di proroga della giurisdizione di cui all'art. 13 cit. si riveli inefficace in materia extracontrattuale, atteso che nessuna norma o principio escludono la devoluzione di tali controversie al giudice straniero, come indirettamente confermato dall'art. 808-*bis* cod. proc. civ. in materia arbitrale.

7.3. Quando, poi, la responsabilità precontrattuale od extracontrattuale viene invocata in relazione a domande volte all'annullamento del contratto o ai danni relativi a quel contratto, tutte queste domande ricadono nell'art. 5, par. 1, e non nell'art. 5, par. 3 del Regol. CE n. 44/2001.

7.4. Infine, quanto alla competenza per connessione, di cui all'art. 6 del Regolamento CE n. 44 del 2001, il carattere esclusivo del foro prorogato impedirebbe che la controversia oggetto della proroga possa essere attratta per connessione davanti ad altro giudice, perché la competenza ex art. 23 prevale su quelle di cui agli art. 2, 5 e 6 del Regolamento CE n. 44 del 2001; mentre, quanto all'art. 29 del medesimo regolamento, la norma disciplina la litispendenza tra giurisdizioni esclusive, onde la sua inapplicabilità al caso di specie, di mera connessione.

*

8. **Il Comune di Milano** ha proposto, avverso detto ricorso per regolamento di giurisdizione, controricorso e ricorso incidentale, chiedendo che le sezioni unite della Corte di legittimità si pronunciassero nel senso della esistenza della giurisdizione italiana con riguardo sia al contratto di consulenza e di *arranging*, sia alle azioni di responsabilità aquiliana.

8.1. Il Comune ha peraltro precisato di voler proseguire *in sede penale*, mediante la costituzione di parte civile ai sensi dell'art. 75, 1° comma, cod. proc. pen., le azioni risarcitorie di responsabilità extracontrattuale per violazione dell'art. 1440 cod. civ., onde il giudizio civile era destinato a proseguire con riguardo alle residue domande di *responsabilità extracontrattuale* per violazione dell'art. 21 t.u.f., nonché alle azioni di *responsabilità contrattuale* e alle domande risarcitorie aquiliane connesse



ad illeciti relativi *al quinto intervento di ristrutturazione del derivato I*

(per i quali il P.M. non aveva formulato alcun capo di imputazione).

Il giudice penale avrebbe pertanto conosciuto delle domande civili ivi proposte, ai sensi dell'art. 5, n. 4, Reg. 44/2001 (la costituzione di parte civile risulta ammessa, come richiesto, dal Tribunale con ordinanza del 9 giugno 2010).

9. Sul tema della competenza giurisdizionale, la difesa dell'ente territoriale ha evidenziato una serie di argomentazioni a sostegno di quella italiana, con riguardo sia alle azioni di responsabilità contrattuale, sia a quelle per responsabilità aquiliana, così articolate:

9.1. Le azioni **per responsabilità contrattuale**, derivante dall'inadempimento degli obblighi scaturenti dal contratto di *arranging* e *advisory*, sarebbero devolute alla cognizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 13 delle Condizioni generali di contratto, a mente del quale "*L'incarico sarà regolato dalla legge italiana. Qualunque controversia che dovesse insorgere fra le parti sarà sottoposta al Foro di Milano*". Inoltre, derivando la giurisdizione italiana, per una delle convenute (la UBS Italia Sim s.p.a., con sede in Italia), dall'art. 2 del Regolamento 44/2001, anche le altre banche potevano essere convenute nel nostro Paese per connessione oggettiva, ai sensi dell'art. 6, n. 1, del medesimo Regolamento. Infine, la predicabilità della giurisdizione domestica trarrebbe ulteriore fondamento dall'art. 5, 1° comma, lett. b) del Regolamento, essendo italiano il giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio doveva essere eseguita - ossia dove i servizi (la consulenza) erano o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto.

9.1.1. In particolare, poi, la ricorrente J aveva dato esecuzione al contratto di consulenza ed *arranging* dopo la comunicazione, da parte del Comune, dell'avvenuta aggiudicazione in suo favore, non adoperandosi per superare l'ambiguità della relativa imputazione ad essa o alla società del gruppo JJ onde la presunzione di formazione del consenso sulla clausola scritta di proroga, ai sensi dell'art. 23 del Reg. 44/2001.

9.1.2. Il contratto di consulenza ed *arranging* era poi inequivoco nello stabilire i compiti dei consulenti anche con riferimento alla strutturazione ed alla conclusione dei contratti derivati da affiancare all'emettendo

prestito obbligazionario, in quanto l'adozione del derivato, ed in particolare dello *swap* di ammortamento, era senz'altro possibile ai sensi dell'art. 41, 2° comma, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 - per il quale l'emissione del prestito con rimborso unico alla scadenza è consentita all'ente soltanto con la contestuale costituzione di un fondo di ammortamento del debito oppure con la conclusione di uno *swap* di ammortamento - e dell'art. 2 D.M. 1° dicembre 2003, n. 389 - secondo cui tale derivato può essere concluso soltanto con intermediari contraddistinti da adeguato merito di credito, come la stessa Giunta comunale aveva avuto cura di precisare nella delibera del 3 maggio 2005 -: che lo *swap* di ammortamento rientrasse nei compiti affidati agli *arrangers* era, d'altronde, riconosciuto nella lettera del legale delle banche in data 14 giugno 2005.

9.1.3. Quanto agli istituti di credito (U e U s.p.a., era in concreto accaduto che alcuni servizi, in seguito all'aggiudicazione della gara in favore della seconda, fossero stati forniti dalla prima, parimenti vincolata a tutti i termini dell'offerta presentata.

9.1.4. Con riguardo alla D, la giurisdizione italiana derivava, a sua volta, da plurimi elementi, quali la sottoscrizione della clausola relativa, l'accettazione della giurisdizione in virtù dell'omessa tempestiva eccezione, il disposto dell'art. 5, par. 1, lett. a) del Reg. 44/2001, la connessione prevista dall'art. 6, n. 1 del Regolamento.

9.1.5. La clausola sulla giurisdizione era stata, infine, sottoscritta anche dalla D.

9.2 In ordine alle azioni **di responsabilità extracontrattuale**, esponeva ancora il comune di Milano che - trasferita in sede penale quella di cui all'art. 1440 cod. civ., per la quale comunque sarebbe rimasta inapplicabile la proroga della giurisdizione in favore del giudice inglese ex art. 13 dell'I, essendo la comune volontà delle parti inequivoca nel limitarne l'efficacia al contratto di *swap*, escluse le azioni per dolo foriere di responsabilità aquiliana - le clausole di proroga in parola sono predisposte dall'I.

.), cui partecipano essenzialmente banche, onde l'adesione del Comune, sebbene non qualificabile come consumatore, era da ritenersi sostanzialmente coatta.

9.2.1. Quanto alle altre domande extracontrattuali - per violazione dell'art. 21 t.u.f. - la giurisdizione italiana doveva dirsi predicabile ai sensi dell'art. 29 del più volte citato Regolamento 44/2001, perché connesse, ex art. 28 del Regolamento stesso, con quelle contrattuali, per le quali la giurisdizione italiana non appariva seriamente discutibile, operando l'art. 29, a più forte ragione, in caso di cumulo originario delle cause connesse per ciascuna delle quali risultino sussistere criteri di competenza esclusiva tra loro inconciliabili.

*

10. Con controricorso e controricorso incidentale, IU **s.p.a. e**
U hanno aderito al ricorso principale, chiedendo a loro volta la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice italiano con riguardo a tutte le domande - o, in subordine, a quelle ritenute devolute al giudice inglese o, in via di ulteriore subordine, nei confronti delle società concludenti - previa eventuale sottoposizione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ex art. 267 del Trattato, delle questioni di interpretazione degli art. 2, 5, 6, 23 e 29 del Regolamento CE n. 44 del 2001.

10.1. I due istituti di credito evidenziano, in particolare, come tutti i documenti intervenuti *inter partes* (il *subscription agreement*, l'*ISDA master agreement*, la *schedule*, la *confirmation letter*, tutti del 27 giugno 2005, come pure i contratti modificativi o integrativi successivi) contenessero la clausola di proroga della giurisdizione in favore del giudice inglese.

10.2. Essi hanno, inoltre, precisato che il Comune, ancor prima di sottoscrivere l'operazione in derivati del 27 giugno 2005, con la propria lettera del 24 giugno 2005 aveva assoggettato il rapporto alle disposizioni dell'art. 29, in particolare quanto alla scelta della legge e della giurisdizione esclusiva inglese. La clausola prevista nel contratto di consulenza non poteva, pertanto, spiegare influenza perché i danni lamentati dal Comune non potevano ritenersi conseguenza dell'emissione obbligazionaria, cui la consulenza, per converso, atteneva.

10.3. Infine, l'art. 29 Reg. CE n. 44 del 2001 poteva dirsi applicabile alle sole ipotesi di litispendenza delle cause davanti a giudici entrambi competenti in via esclusiva e non alle ipotesi di connessione.

*

11. La D : ha chiesto, a sua volta, dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano su tutte o su alcune delle domande proposte innanzi al Tribunale di Milano.

11.1. Ha precisato di avere sottoscritto sia il contratto di *arranging*, sia il contratto in derivati, così come la D ; mentre le due società del gruppo UBS e le due società del gruppo J avevano rivestito ruoli distinti: invero, il contratto di *arranging* era stato sottoscritto da J ed U s.p.a., mentre l'operazione in derivati da J e da U , tutti soggetti giuridici diversi.

11.2. Ha sostenuto l'irrilevanza del contratto di *arranging* al fine dell'identificazione della giurisdizione, atteso che, di fatto, dinanzi al Tribunale di Milano, il Comune aveva chiesto unicamente il riequilibrio dei contratti in derivati, mentre l'art. 2-(i) dell'I escludeva espressamente l'affidamento di ciascuna parte su qualsiasi consulenza dell'altra parte.

11.3. Ha dedotto, quindi: a) la preminenza dell'art. 13 dell' in favore del giudice inglese; b) l'inapplicabilità dell'art. 6 Regolamento CE n. 44 del 2001 e dell'art. 29 Reg. CE n. 44 del 2001, quest'ultimo operante solo in caso di avvenuta instaurazione di più giudizi innanzi a giudici di diversi Stati che abbiano giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 22 del Regolamento, non sussistendo comunque la connessione ex art. 28 fra le domande proposte dal Comune di Milano; c) la necessità di applicare l'art. 5, par. 3 del citato regolamento, dovendo a tal fine considerarsi rilevante il luogo in cui aveva avuto origine la falsa rappresentazione della realtà cagione di danno, e dunque i rispettivi paesi di nazionalità delle banche interessate.

11.4. Ha fatto riserva, infine, di formulare, in sede di udienza di discussione, l'istanza di rimessione in via pregiudiziale della interpretazione degli art. 2, 5, 6, 23, 29 del Reg. CE n. 44 del 2001 alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

*

12. La D ha chiesto, infine, dichiararsi anch'essa il difetto di giurisdizione del giudice italiano su tutte o su alcune delle domande proposte innanzi al Tribunale di Milano.

12.1. Ha precisato di aver svolto attività di consulenza soltanto con riferimento al *Bond*, e non anche ai contratti derivati, mentre le domande proposte innanzi al Tribunale dal Comune di Milano non attenevano, in realtà, all'attività svolta per l'emissione del prestito obbligazionario, ma unicamente – anche tenuto conto della ampia nozione di materia contrattuale in sede comunitaria, comprendente tutti i casi in cui sussista un'obbligazione volontariamente assunta – al contratto in derivati regolato dall'art. 13 che prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice inglese, e ciò, interpretando tale clausola sia alla stregua del diritto inglese, sia secondo la *lex fori* (per gli effetti processuali della clausola).

12.2. Ha negato l'applicabilità dell'art. 29 del Reg. CE, da ritenersi limitato ai casi di litispendenza di cause innanzi a giudici diversi, ciascuno dei quali competenti in via esclusiva, contestando l'esistenza di un qualsivoglia rapporto di connessione, ex art. 6 e 28, fra le domande proposte dal Comune di Milano, e sostenendo, in ogni caso, la prevalenza della clausola di proroga in favore del giudice inglese.

12.3. Ha affermato, altresì, che la proroga della giurisdizione comporterebbe l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 5, 4° comma, Reg. CE – il quale attrae al giudice penale la giurisdizione sulle azioni civili di danno – che viene meno per effetto dell'accordo di proroga.

12.4. Ha chiesto, infine, a sua volta la sottoposizione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea delle questioni di interpretazione degli art. 2, 5, 6, 23 e 29 del Regolamento CE n. 44 del 2001.

*

13. Al ciascun ricorso incidentale hanno rispettivamente resistito con controricorso la ID le due società U e il Comune di Milano.

13.1. **La ID** ha sostenuto che la clausola di proroga ex art. 23 Reg. Ce n. 44 del 2001 precluderebbe l'applicazione dell'art. 5, 4° comma del medesimo regolamento, e che, in ogni caso, il fatto generativo di tale criterio di collegamento – ossia l'ordinanza del giudice penale che aveva ammesso la costituzione di parte civile del Comune di Milano – era soggetto a riforma, sia in primo e sia in secondo grado, anche "per essere la responsabilità di cui all'art. 185 c.p. degli enti responsabili ex d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231 non ancora pacifica fra gli interpreti".

13.2. La U s.p.a. e la IU hanno ribadito le proprie difese e richieste.

13.3. Il Comune di Milano ha evidenziato l'inammissibilità dell'ipotesi che la Corte Suprema assuma una decisione di merito della causa per responsabilità contrattuale, ciò che avverrebbe ove la Corte affermasse, come preteso dalle banche, che il contratto di consulenza sarebbe inidoneo a fondare il *petitum* risarcitorio; ha poi ribadito l'estensione dell'oggetto del primo contratto anche alla consulenza relativa alla successiva fase di conclusione del contratto di *swap*, strutturalmente connesso all'emissione del *bond*, e l'attrazione al foro dell'art. 23 del Regolamento di quelle sole azioni *ex delicto* ragionevolmente prevedibili dalle parti al momento della stipula del contratto, esclusi proprio i casi di frode ed il raggiro; ha sostenuto la necessità di interpretare la clausola di proroga contenuta nel contratto I, ai sensi dell'art. 12 della legge 31 maggio 1995, n. 218, alla stregua dei criteri del diritto comunitario e quindi del diritto italiano; si è infine opposto alla rimessione della questione interpretativa alla Corte di giustizia, avendo quest'ultima da tempo chiarito che *l'interpretazione della clausola attributiva della competenza spetta al giudice nazionale, venendo perciò meno ogni obbligo di rinvio ex art.267 del Trattato UE*.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. In *limine*, questa Corte osserva che il regolamento deve ritenersi ammissibile, con riguardo alle questioni sulla sussistenza o meno della giurisdizione italiana, non ostandovi la circostanza che l'art. 37 c.p.c. – così come modificato dall'art. 73 della legge n. 218 del 1995 – menzioni il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei soli confronti della p.a. o dei giudici speciali, giacchè il rinvio recettizio operato dall'art. 41 c.p.c. all'art. 37 dello stesso codice per la corretta determinazione dell'ambito di applicazione del regolamento di giurisdizione deve intendersi ora riferito anche all'art. 11 della stessa legge n. 218 del 1995, che disciplina, appunto, la rilevabilità del difetto di giurisdizione del giudice italiano (in termini, Cass. ss.uu. 2224/10; 14201/2008; 6585/2006).

1.1. Va, altresì, preliminarmente rammentato che – alla luce di un consolidato principio giurisprudenziale (*ex plurimis*, Cass. ss.uu. n. 17461 del 2006; n. 8095 e n. 16296 del 2007; n. 8034 del 2011) – la giurisdizione si determina sulla base della domanda, individuata con

riferimento al c.d. *petitum* sostanziale, identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della *causa petendi*, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione.

1.2. L'applicazione del suddetto criterio implica che debba prescindersi, entro tali limiti e *in parte qua*, dalle difese e dalle eccezioni delle convenute (che, per costante giurisprudenza di questa corte e pressoché unanime convincimento della dottrina, sono inidonee ad ampliare l'oggetto del contendere o la qualificazione della domanda), difese ed eccezioni rilevanti, di converso, per la decisione del merito.

1.3. Deve altresì escludersi che la decisione possa essere determinata *secundum eventum litis* (Cass. ss.uu. 2007 n. 8095, nonché Corte di giustizia CE 8/5/2003 n. 111), e specularmente (Cass. ss.uu. 2007 n. 4634; Corte di giustizia CE 3/7/1997) che l'interpretazione dei criteri attributivi della competenza giurisdizionale spetta al giudice della *lex fori*.

2. Passando all'esame delle specifiche domande avanzate dal Comune di Milano nei riguardi delle banche convenute, va osservato come esse abbiano ad oggetto, *in primis*, la responsabilità extra-contrattuale di queste ultime scaturente da comportamenti tenuti nella fase precedente la stipula degli strumenti derivati e le successive rinegoziazioni.

2.1. La configurabilità della responsabilità extra-contrattuale in tema di intermediazione finanziaria per violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni è stata da tempo affermata nella giurisprudenza di questa Corte, tanto a sezioni semplici (Cass. sez. I, n. 14056 del 2010; n. 20260 del 2006), che a sezioni unite (Cass. nn. 26724 e 26725 del 2007; n. 8034 del 2011).

In queste ultime decisioni, si opera un significativo discrimine fra le fattispecie di responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove le violazioni si consumino nella fase antecedente al (o coincidente col) contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti (c.d. "contratto quadro"), e quelle di responsabilità contrattuale, ove le violazioni riguardino le operazioni finanziarie compiute in esecuzione del predetto contratto quadro.



2.2. Particolarmente significativo risulta, in proposito, il *dictum* delle decisioni 26724 e 26725 del 2007, nelle quali si legge che, *richiamata la distinzione tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo di risarcire i danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina, e puntualmente riprese dalla sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005 – alla quale su questo punto si intende dare continuità – la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero quando sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto*

2.3. Principi altrettanto significativi si rinvencono nella ricordata pronuncia 8034/2011, ove si afferma che la responsabilità da prospetto è conseguenza di un illecito aquiliano autonomo, che nasce all'atto della propalazione di notizie, informazioni, indicazioni false e/o fuorvianti, e si consuma nel luogo in cui l'azione illecita produce la sua carica offensiva, e cioè il *locus commissi delicti* che l'art. 5 comma 3 Reg. CE 44/01 ritiene rilevante al fine di attribuire la competenza giurisdizionale, come confermato ancora da Cass. ss.uu. n. 26479 del 2007, predicativa del principio di diritto secondo il quale *il criterio di collegamento posto dall'art. 5 n. 3 del reg. n. 44/2001/CE trova applicazione anche per l'azione con cui si faccia valere la responsabilità precontrattuale del convenuto, dovendosi intendere per luogo in cui l'evento è avvenuto sia quello in cui è stato posto in essere il comportamento del danneggiato sia quello, eventualmente diverso, in cui l'attore ha subito il danno* (analogo principio si trova affermato nella decisione n. 10896 del 2003, che evoca a sua volta il *dictum* del 17 settembre 2002, in causa 334-2000, della Corte di giustizia CE, cui la questione pregiudiziale di interpretazione era stata sottoposta proprio da questa Corte di legittimità).



3. In presenza di una vicenda risarcitoria complessa, in cui sussistono le condizioni per presentare distinte domande, è del tutto legittimo, pertanto, il richiamo all'art. 5 n. 3 in punto di autonoma esperibilità dell'*actio aquiliana*, dovendosi piuttosto valutare la sussistenza delle condizioni per radicare, presso lo stesso foro, un'ulteriore domanda, per ragioni di connessione, fondata su di un preteso inadempimento contrattuale.

3.1. Nella specie, il Comune di Milano, in via concorrente rispetto alle precedenti domande, ha chiesto la condanna delle banche convenute al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale per avere le stesse, agendo di concerto ed in modo coordinato fra di loro, violato gli obblighi nascenti dagli accordi sottoscritti in occasione della gara del maggio 2005, avente ad oggetto il contratto di consulenza e *arranging* (invero, l'ente territoriale, come risulta dalla lettura degli atti cui questa corte ha, nella specie, diretto accesso, aveva indetto una gara per la selezione di alcuni istituti di credito nel ruolo di *arranger* per una emissione obbligazionaria ai fini della ristrutturazione del proprio debito: come si evince chiaramente dalle condizioni di contratto predisposte dal Comune stesso, le attività dettagliatamente richieste rientravano inequivocabilmente in quelle richieste all'*arranger* - termine con il quale si definisce una figura professionale del mondo della finanza che opera come coordinatore degli aspetti organizzativi di una operazione di *project finance* - ed all'*advisory* - figura professionale diffusa nel settore bancario, che svolge sostanzialmente attività di consulenza).

3.2. Risulta accertato altresì che le condizioni generali di contratto, allegate alla determinazione dirigenziale che aveva bandito la gara, prevedessero espressamente, all'art. 13, che l'incarico sarebbe stato "regolato dalla legge italiana. Qualunque controversia che dovesse insorgere fra le parti sarà sottoposta al Foro di Milano".

Trattasi, all'evidenza, di una clausola di cd. proroga della giurisdizione (Cass. ss.uu. n. 2224 del 2010).

4. *Ulteriori indici* di configurabilità della giurisdizione italiana devono essere ancora individuati nelle seguenti circostanze:

4.1. Una delle società convenute (la U s.p.a.) ha sede in Milano, con la conseguenza che, nei suoi confronti, la giurisdizione italiana è legittimamente predicabile ai sensi dall'art. 2 del Regolamento, a mente

del quale le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro - regola di giurisdizione, questa, che l'art. 60 estende alle società, individuandone il criterio rilevante nella sede statutaria, nell'amministrazione centrale ovvero nel centro d'attività principale, con l'ulteriore effetto che, ai sensi del successivo art. 6 n. 1, la così riconosciuta giurisdizione italiana nei confronti di uno dei convenuti consente la possibilità di citare anche gli altri convenuti avanti al medesimo giudice nel caso (quale, all'evidenza, quello di cui è oggi chiamata ad occuparsi la Corte) di connessione oggettiva (all'uopo, il regolamento richiede espressamente che debba esistere fra le domande un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili: condizione sicuramente soddisfatta, nella specie). Secondo la prospettazione attorea, gli istituti di credito hanno concretamente eseguito l'attività di consulenza allo stesso modo, di concerto e congiuntamente, il che giustifica la trattazione unitaria della controversia (risultando verificati i presupposti del vincolo di connessione delle domande e dell'interesse ad una istruttoria ed a una pronuncia nel merito sostanzialmente unica: in termini, nella sostanza, Cass. ss. uu. n. 25875 del 2008 e n. 5090 del medesimo anno, quest'ultima di particolare significato rispetto al caso che occupa queste ss. uu., in quanto relativa a fattispecie in cui erano stati convenuti in giudizio, oltre ad una banca italiana, società e banche estere).

4.2. Ulteriore elemento di collegamento con la giurisdizione italiana va poi individuato nel criterio di cui all'art. 5 c. 1 lett. b) del Regolamento CE, che prevede, come foro speciale, quello del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o doveva essere eseguita - dovendosi intendere come tale, nel caso delle prestazioni di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto, (e, quindi, nel caso di specie, a Milano).

In proposito, queste stesse sezioni unite (Cass. n. 2224 del 2010) hanno chiarito, con ampia e articolata motivazione, che, nell'ordinamento comunitario, il concetto di "prestazioni di servizi" comprende anche l'attività di consulenza.

5. Così individuati i criteri di collegamento con la giurisdizione italiana, tutte le ulteriori doglianze mosse dagli enti convenuti con specifico riferimento al ruolo rispettivamente assunto nei menzionati contratti non assumono rilievo, attenendo esse, *tout court*, al merito della decisione.

6. L'ultimo aspetto delle complesse vicende sul quale le banche convenute fondano l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano ha ad oggetto l'eccezione secondo la quale i medesimi istituti operanti come *advisor* e *arranger* avevano stipulato con il Comune di Milano una serie di contratti derivati, più volte rinegoziati e modificati e disciplinati in base all'I che contiene una clausola di proroga in favore della giurisdizione inglese.

6.1. La tesi delle convenute (segnatamente della M) è quella secondo la quale ~~che~~ la clausola di deroga a favore della giurisdizione inglese sarebbe di tale ampiezza da precludere alla cognizione del giudice italiano non solo la decisione delle controversie contrattuali, nascenti dagli specifici accordi, ma anche quelle extra o precontrattuali, connesse con quella.

6.2. Tale tesi non appare condivisibile.

6.3. Va in premessa ricordato che, alla luce della costante giurisprudenza tanto della Corte di giustizia delle Comunità Europee quanto di queste stesse sezioni unite, le clausole di proroga della competenza giurisdizionale vanno interpretate in senso rigorosamente restrittivo, e vanno distinte dall'accordo che è alla base del rapporto cui la clausola accede. L'interpretazione della clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo ambito di applicazione, spetta poi al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata (Corte di giustizia, sentenza CE 3 luglio 1997 in causa C-269/95; sentenza 9 novembre 2000 in causa C-387/98; Cass. ss.uu. n. 4634 del 2007; n. 2224 del 2010).

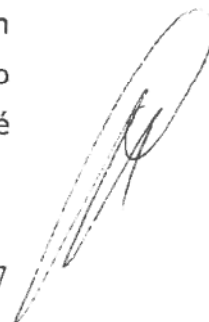
6.4. E' convincimento di questo collegio (che, come già ricordato in precedenza, è anche giudice del fatto, quando è chiamato a dirimere una questione di giurisdizione internazionale) che la formula *relating to this Agreement*, contenuta nell'I risultati tutt'altro che inequivoca, così come viceversa opinato dagli istituti di credito (segnatamente dalla C), in quanto la sua traduzione letterale,

"in relazione all'accordo", non sembra poter obiettivamente significarne un riferimento *a tutte le controversie*, sia contrattuali che extra-contrattuali, comunque collegate all'adozione contrattuale degli strumenti derivati, nel cui ambito è stata invocata la disciplina generale dell'I

6.5. In proposito, è sufficiente richiamare le regole interpretative proprie del diritto interno, ed in particolare quelle di cui all'art. 1362 c.c. ("nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto"), all'art. 1364 c.c. ("per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare"), all'art. 1370 ("le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti si interpretano, nel dubbio, a

favore dell'altro"), per concludere in senso diametralmente opposto a quello auspicato dalla ricorrente principale e da quelle incidentali adesive.

6.6. Quanto, poi, al preteso collegamento negoziale con i contratti di *arranger* e di consulenza, anche a volerlo ritenere sussistente – il collegamento funzionale presuppone, come noto, che i distinti negozi vengano concepiti e voluti come teologicamente unificati da un nesso di reciproca interdipendenza e funzionalmente volti ad un unico regolamento di interessi che assume una propria diversa rilevanza causale (Cass. n. 9447 del 2007; n. 7524 del 2007), il che, nella specie, appare quantomeno opinabile – lo stesso non spiegherebbe alcuna influenza sulla competenza giurisdizionale, in quanto, come più volte affermato da queste sezioni unite (Cass. n. 2224 del 2010; n. 13894 del 2007; n. 259 del 2006; n. 5371/2001), gli effetti del collegamento non investono, comunque, la competenza giurisdizionale. E' stato, infatti, escluso che, tramite la clausola di proroga della competenza in favore di uno degli Stati aderenti (prevista dall'art. 23 reg. n. 44/2001 e dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968) contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice italiano possa ritenersi estesa a controversie relative ad altri contratti, ancorché



collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola (Cass ss.uu. n. 13894 del 2007; n. 2224 del 2010, già più volte citata).

7. Tale conclusione trova ulteriore conferma, sia pur indiretta, nel più volte citato Regolamento comunitario n. 44/2001, atteso che, dal combinato disposto degli artt. 23, 6 e 7, pare doversi evincere che il giudice prorogato può conoscere delle questioni connesse alla domanda principale se sussistono, nell'ambito delle stesse parti dell'accordo di proroga e del suo oggetto, le condizioni di connessione richieste dagli artt 6 e 7 del regolamento (che non menzionano ipotesi di collegamento negoziale).

7.1. Va altresì rammentato come queste sezioni unite, con la sentenza del 20 febbraio 2007 n. 3841, abbiano esaminato *funditus* l'ambito di operatività delle clausole contenute nell'art. 13 dell'accordo quadro I

; affermando, sì, che, nella specie, la giurisdizione inglese si estendeva anche alla domanda di risarcimento dei danni per l'asserito, cattivo adempimento di un differente contratto di consulenza in strumenti finanziari, ma solo perché la domanda risarcitoria era stata proposta, nell'atto di citazione, in termini di espressa ed inequivoca subordinazione rispetto alla precedente domanda volta ad ottenere la declaratoria di nullità dei contratti collegati al predetto Master Agreement.

7.2. Si intende così dare continuità all'indirizzo di questa Corte secondo cui, qualora l'attore proponga nei confronti di un convenuto straniero una domanda principale ed una subordinata, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano va verificata con esclusivo riferimento alla domanda principale. Tale principio, operando *a contrario*, nel caso in esame - ove il Comune di Milano ha chiesto, in via principale, l'accertamento di una responsabilità extra-contrattuale delle banche convenute e, in via concorrente, l'accertamento della responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi nascenti dai contratti di consulenza ed "arranging" -, non può che comportare l'affermazione della giurisdizione del giudice italiano in relazione a tutte le domande svolte dall'ente territoriale.

7.3. Pertanto, quanto ancora alla posizione della M - che sostiene la propria estraneità al contratto di *arranging* poiché sottoscritto dalla sola J con conseguente l'impredicabilità della giurisdizione del giudice italiano nei suoi confronti alla luce della clausola di proroga di cui all'art. 13 lett- b) dell'I

va ulteriormente specificato e ribadito come tale clausola non possa ritenersi (come pure pretenderebbe la ricorrente) inerente "a qualsiasi controversia relativa allo *swap*, sia essa contrattuale o extracontrattuale", dovendo essa, viceversa, interpretarsi restrittivamente (*supra*, sub 6.3), mentre l'azione relativa alle condotte tenute prima della stipula del contratto su strumenti derivati, attenendo alla sfera precontrattuale del rapporto, non può ritenersi assorbita *ipso facto* nel rimedio contrattuale (non senza considerare, ancora, che la IM ebbe a dare esecuzione ai contratti di consulenza ed *arranging* dopo che il comune le aveva comunicato l'aggiudicazione in suo favore).

7.4. Qualsivoglia dubbio interpretativo in ordine alla reale portata della clausola di proroga della giurisdizione deve essere, in definitiva, oggetto di interpretazione rigorosamente restrittiva, interpretazione che consente, nel caso di specie, per quanto sinora esposto, l'operatività della connessione e la celebrazione di un *simultaneus processus* dinanzi al giudice italiano in relazione ad una vicenda di indiscussa complessità sotto il profilo tanto soggettivo quanto oggettivo.

Complessità oggettiva che giustifica, in questa sede, la integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando sul ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice italiano. Dichiara interamente compensate tra tutte le parti in lite le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, li 8.11.2011

IL PRESIDENTE

piero vitto

Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA

Deposito in Cancelleria
27 FEB 2012

Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA