



# GIURISPRUDENZA

BANCA E FINANZA - DERIVATI

13/05/2020

## Le Sezioni Unite sui derivati degli enti pubblici: sentenza n. 8770 del 12 maggio 2020

Cassazione Civile, Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770 - Pres. Bisogni, Rel. Genovese

segnalato da: *Avv. ti Luca Zamagni, Matteo Acciari e Giovanni Cedrini (Axiiis Network Legale) e dal Prof. Avv. Daniele Maffeis*

Gli swap sono negozi a causa variabile perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile).

Nei derivati OTC il conflitto di interessi fra intermediario e cliente è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente.

Anche per il periodo di vigenza dell'art. 41 della L.n. 448/2001 e, quindi, sino al 2008 (anno in cui il legislatore ha inserito limiti più stringenti alla capacità degli enti territoriali di concludere derivati) agli enti locali era vietato, ai sensi dei commi 4 e 6 dell'art. 119 Cost., concludere derivati speculativi. Pur potendo gli enti locali procedere alla stipula di derivati di copertura con qualificati intermediari finanziari, ciò nondimeno essi potevano utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei c.d. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevoli gli enti di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio.

L'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D.lgs. n. 267/2000; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale.