

Giurisprudenza

n. 5 - 2020

REDAZIONE - Approfondimento tematico 18 maggio 2020, n. 201

Enti locali - Strumenti finanziari - Stipulazione contratti di interest rate swap - Clausola upfront - Autorizzazione del Consiglio Comunale - Necessità.

Le Sezioni Unite civili, con sentenza n. 8770 del 12 maggio 2020, hanno deciso due questioni di massima di particolare importanza. Hanno, innanzitutto, affermato che sulla base vigente fino all'entrata in vigore della legge n. 147 del 2013, che esclude la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni di concludere contratti derivati, il riconoscimento della legittimazione e della distinzione tra strumenti di copertura e speculativi, basato sul grado di rischio, comportava la facoltà dell'Ente di procedere, solo nella prima eventualità menzionata, in presenza di una ponderata misurabilità e determinabilità dell'oggetto contrattuale. A tal uopo, secondo il dettato delle Sezioni Unite, non è sufficiente la mera indicazione del criterio mark to market dovendo essere compresi anche gli scenari probabilistici e i costi occulti in modo tale da rendere consapevole il munus pubblico dell'alea contrattuale, asimmetrica rispetto alla certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio, riducendola, in tal modo, al minimo.

In relazione all'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni, in particolare con clausola upfront, ma anche nelle ipotesi in cui la negoziazione va ad identificarsi con l'estinzione dei mutui sottostanti precedenti o con la prosecuzione dei relativi rapporti, sebbene con rilevanti modifiche, deve essere concessa, a pena di nullità, dal Consiglio comunale, come disposto dall'art. 42, comma 2, lett. i), d.lgs n. 267 del 2000, non trattandosi di un semplice atto di indebitamento idoneo a ridurre gli oneri finanziari inerenti ad esso.

.....

Codice ISSN:
1972-3431

Stipulazione di contratti derivati da parte delle Pubbliche amministrazioni e necessità dell'autorizzazione del Consiglio comunale (nota a Cass., Sez. Un. civ., n. 8770 del 12 maggio 2020)

a cura di Antonella Delle Donne

1. Premessa - 2. Il caso - 3. Il ricorso in Cassazione - 4. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite e la prospettazione dei quesiti - 5. Gli strumenti finanziari derivati - 6. I contratti di Interest Rate Swap e la clausola upfront - 7. La necessità dell'autorizzazione da parte Consiglio comunale - 8. La decisione delle Sezioni Unite - 9. Conclusioni

1. Premessa

La Suprema Corte, riunita nel suo massimo consesso, con la pronuncia in commento, affronta l'annosa questione della possibilità per gli enti locali di concludere contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e la necessità o meno dell'autorizzazione del Consiglio comunale.

Dagli anni '90, infatti, sempre più di frequente, Comuni, Province e Regioni, hanno fatto ricorso a tali congegni sia per gestire che per ristrutturare il proprio debito.

L'attenzione, in particolare, è focalizzata sulla stipula di negozi di interest rate swap, accordi di scambi di somme pecuniarie future con dazione reciproca di importi corredati di clausola upfront.

La Prima sezione civile, con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019, rimette la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, avendo ad oggetto una questione di massima di particolare importanza, ponendo due specifici quesiti: 1. se lo swap, soprattutto se caratterizzato da clausola upfront e non ricadente nell'alveo applicativo della legge n. 133 del 2008, genera un indebitamento per finalità diversa da quella di spese per investimento; 2. se è necessaria la delibera del Consiglio comunale implicando la stipula di tale contratto impegni per i bilanci degli esercizi successivi.

Il puntum pruriens consegue alla lettura combinata degli artt. 119, ultimo comma, Cost. e 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002 che vietano agli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento con nullità dei relativi atti; il secondo origina dalla previsione dell'art. 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L. che attribuisce competenza al Consiglio per le spese che impegnano il bilancio successivo.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 8770 del 12 maggio 2020, affermano che, in base alla disciplina in vigore fino al 2013, la Pubblica Amministrazione poteva stipulare solo contratti afferenti derivati di copertura in presenza dei requisiti di misurabilità/determinazione dell'oggetto dopo essere stata autorizzata dal Consiglio comunale a pena di nullità dell'atto.

2. Il caso

La fattispecie concreta da cui origina la vicenda vede come protagonisti il Comune di Cattolica e la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A (BNL).

Essi avevano concluso, in tre date diverse, precisamente il 15 maggio 2003, il 1° dicembre 2003 e il 22 ottobre 2004, alcuni contratti di interest rate swap formalmente contenuti in quattro scritture.

Il Comune di Cattolica chiede al Tribunale di Bologna la declaratoria di nullità, l'annullamento o l'accertamento dell'inefficacia sopravvenuta ai sensi del d.m. 1 dicembre 2003, n. 389, dei suddetti negozi e la condanna alla restituzione degli esborsi per effetto della ripetizione di cui all'art. 2033 c.c. e, in via subordinata, il risarcimento del danno tenuto conto dei "*differenziali negativi attesi*".

Il giudice di prime cure respinge le domande avanzate dal Comune di Cattolica che impugna la sentenza vedendo riconosciute le proprie ragioni dalla Corte di appello di Bologna.

In accoglimento del gravame e riformando la decisione di primo grado, essa dichiara la nullità e l'inefficacia dei contratti sottoposti alla sua attenzione disponendo la ripetizione degli importi corrisposti dalla BNL al Comune fino al 30 gennaio 2010 (€ 555.738, 76) e da questo alla prima (€ 1.031.939,17), oltre ad eventuali altri pagamenti in ragione del medesimo titolo, con interessi decorrenti dal giorno della domanda.

La Corte di appello ha motivato la propria pronuncia rilevando che il contratto di swap, in particolare con clausola upfront, costituisce per l'ente una forma, attuale o potenziale, di indebitamento; manca nei

contratti la determinazione del valore attuale al momento della stipula, elemento ritenuto essenziale dalla dottrina e giurisprudenza dominante; l'inserimento della clausola upfront evidenzia concretamente la passività insita in ogni contratto di swap. L'organo giudicante, inoltre, non attribuisce rilevanza all'entrata in vigore della norma che qualifica l'upfront come indebitamento in epoca successiva alla conclusione di uno o più contratti argomentando sulla possibilità di un'interpretazione in tal senso anche precedentemente. La Corte ha, inoltre, ritenuta necessaria la deliberazione del Consiglio comunale ai fini della validità dell'atto.

Con specifico riferimento alla natura dei contratti oggetto di contenzioso, la pronuncia di riforma afferma la violazione dell'art. 119, ultimo comma, Cost, l'art. 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002 e l'art. 202 T.U.E.L in assenza di una prova concreta della destinazione dell'indebitamento alle spese di investimento in uno alla mancanza di riferimento di mutui sottostanti in relazione a cui è stata posta in essere la stipula a discapito della causa in concreto e dei requisiti richiesti dall'art. 1346 c.c. per l'oggetto a pena di nullità.

3. Il ricorso in Cassazione

La BNL avverso la decisione della Corte di Appello di Bologna propone ricorso in Cassazione predisponendo cinque motivi. I mezzi di cassazione articolati nel gravame principale possono così essere sintetizzati.

Il primo motivo censura la sentenza impugnata nella parte in cui afferma che il contratto di swap, soprattutto se costituito con clausola di upfront iniziale, costituisce, data la sua aleatorietà, una forma, attuale o potenziale di indebitamento per la pubblica amministrazione.

Il secondo si concentra sull'asserzione, espletata dal giudice di seconde cure, della necessaria esistenza di una deliberazione del Consiglio comunale di autorizzazione alla stipula del contratto trattandosi di spesa che impegna i bilanci degli esercizi successivi.

In terzo luogo la BNL lamenta l'asserzione per cui l'upfront avrebbe dovuto essere destinato, sin dall'inizio, a spese per l'investimento essendo il principio enunciato privo di base normativa atteso che la funzione principale dello swap è quella di riequilibrare il debito sottostante.

Il quarto mezzo deduce la violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, c.p.c., dell'art. 41 della legge n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389 e degli artt. 1346, 1367, 1418, 1419, 2729, e 2697 c.c., in relazione alla necessità, professata dal Giudice di Appello, in indicare, in modo specifico e a pena di nullità, i mutui sottostanti ai contratti di swap.

L'ultimo motivo investe la parte della sentenza impugnata riguardante la previsione del mark to market, valore attuale dei derivati al momento della stipulazione del contratto, quale elemento essenziale la cui mancanza comporta la nullità dell'atto.

Il Comune di Cattolica resiste e spiega ricorso incidentale condizionato basato su un unico motivo relativo alla dichiarazione di non applicazione della disciplina dello ius poenitendi, tra l'altro, asserito assorbito dalla Corte di Appello.

4. L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite e la prospettazione dei quesiti

La prima sezione civile della Suprema Corte ha ritenuto connessi i primi tre mezzi prospettati dalla BNL, pertanto, ne ha disposto l'esame congiunto.

Essi, seguendo il ragionamento della Corte, sollevano due profili problematici, già ampiamente discussi dalla dottrina più attenta e dalla giurisprudenza maggiormente avveduta, concernenti la possibilità di qualificare il contratto avente ad oggetto lo swap come indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento e in capo a quale organo è individuabile il potere di deliberare tale operazione.

Le questioni sono state rimesse, con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019, al Primo Presidente per un'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite secondo il disposto dell'art. 374, comma 2 c.p.c.

La Prima Sezione Civile, argomentando le censure svolte, richiama, innanzitutto, il complesso normativo che disciplina la materia.

A tal uopo viene in rilievo l'art. 119, comma 6, Cost. che prevede per gli enti locali la possibilità di indebitarsi esclusivamente per finanziare spese di investimento; l'art. 202 T.U.E.L. per cui il ricorso all'indebitamento solo nelle forme di legge e per gli investimenti; l'art. 41, comma 1, legge n. 448 del 2001 che prevede l'approvazione con decreto del Ministero dell'economia e delle Finanze delle norme sull'ammortamento del debito e l'utilizzo dei derivati; il secondo comma della disposizione citata che facoltizza gli enti a emettere obbligazioni o contrarre mutui previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di uno swap; l'art. 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002 relativa alla nullità degli atti e contratti con cui si ricorre all'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento; ancora il d.m. n. 389 del 2003 che facoltizzava le pubbliche amministrazioni a concludere operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito se con scadenza non posteriore alla passività sottostante. Tale norma, tra l'altro non applicabile a due dei contratti oggetto di causa in quanto sottoscritti in data antecedente, è stata oggetto di modifiche e superata dalla legge n. 133 del 2008 che, per la prima volta, qualifica come indebitamento l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate ovvero la clausola di upfront, l'art. 42 T.U.E.L. che assegna il compito al Consiglio di deliberare in senso autorizzativo

La Corte, inoltre, sottolinea come l'art. 1, comma 572 legge n. 147 del 2013 ha eliminato la possibilità per gli enti locali di stipulare contratti relativi agli strumenti di cui all'art. 1, comma 3, del T.U.F.

Applicando la legislazione su riportata al caso in esame la Corte valuta se, all'epoca della stipulazione dei contratti oggetto di causa, 15 maggio 2003, il 1° dicembre 2003 e il 22 ottobre 2004, potessero oppure no essere considerate valide pattuizioni in tal senso tenuto conto anche e soprattutto dell'inserimento della clausola upfront.

L'interrogativo sorge in quanto tale patto è stato definito come "indebitamento" solo con l'art. 62, comma 9, d.l. n. 112 del 2008, di modifica dell'art. 3, comma 17, legge n. 350 del 2003 con conseguente legittimità dei versamenti precedenti.

Resta ferma la questione della necessità dell'autorizzazione del Consiglio per i contratti di swap, specie se dotati di upfront.

5. Gli strumenti finanziari derivati

Per comprendere appieno l'ordinanza di rimessione e la conseguente decisione delle Sezioni Unite appare necessario un approfondimento sui concetti chiave contenuti negli atti in esame e, in particolare, della nozione di strumenti finanziari derivati, degli swap e dell'upfront.

Nel nostro ordinamento è assente una nozione generale di contratto derivato, poiché essi sono nati nella prassi finanziaria e, solo successivamente, alcuni hanno ricevuto riconoscimento legislativo.

La caratteristica principale, dunque, è la loro atipicità che si riduce ad unità nell'unico elemento che caratterizza ogni varietà ovvero l'aggancio del valore a un indice o a altro strumento finanziario sottostante.

Come deducibile dalla stessa terminologia, il derivato è definito tale proprio per la stretta correlazione al altro elemento cui è collegato che può assumere la natura più varia: obbligazione, mutuo, *commodities*, azioni.

La poliedricità tipologica, sintomo dell'atipicità, rende necessaria un'indagine *case by case* circa la meritevolezza e la causa in concreto perseguita al fine di valutarne la liceità.

Il derivato, infatti, può essere diretto alla realizzazione degli scopi più vari: dalla copertura di un rischio finanziario, alla pratica dell'arbitraggio fino a raggiungere un intento speculativoⁱⁱ.

Al fine di un inquadramento sistematico di tali strumenti, l'art. 1, comma 2 bis, T.U.F. attribuisce una delega al MEF per identificare i nuovi contratti. Si aderisce, in tal modo, all'approccio eurounitario lasciando all'interprete l'arduo compito di classificazione.

6. I contratti di Interest Rate Swap

Lo swap, più precisamente, l'interest rate swap, rappresenta lo strumento finanziario derivato maggiormente diffuso.

Si tratta di un contratto a termine con cui i paciscenti concordano, per un tempo determinato, lo scambio reciproco di pagamenti futuri quantificati tenuto conto di un tasso di interesse, differente e predefinito, a fronte di un capitale.

In altri termini, si è al cospetto di un contratto di scambio con dovere di una parte di dare all'altra una somma corrispondente al capitale per il tasso di interesse con l'impegno correlato di versare diversa cifra computata sempre tenuto conto del capitale e del tasso di interesse differente.

L'interest rate swap, per tali caratteristiche, è classificato quale derivato *over the counter*, ossia acquistato e venduto fuori dai mercati regolamentati attraverso la contrattazione tra le parti, pertanto, il prezzo e ogni altro aspetto è demandato agli accordi tra i paciscenti non essendo presenti elementi standardizzati. Esso, pertanto, non è destinato alla circolazione e l'intermediario funge da controparte diretta del cliente avendo interesse ad ottenere un lucro maggiore.

La non negoziabilità, cui consegue l'inidoneità alla circolazione, priva lo swap di autonomia rispetto all'asset sottostante da cui genera.

Ulteriore caratteristica degli swap, aggiunta a quelle già menzionate, è il non par, inteso quale squilibrio iniziale delle prestazioni che può essere compensato dalla corresponsione, al momento della stipula, di una somma alla parte maggiormente vessata. Si tratta dell'upfront ossia il pagamento che il soggetto avvantaggiato dalla stipula dello swap presta all'altro. I contratti non par che non contengono tale clausola identificano il valore iniziale negativo con il costo dell'operazione pari al compenso dell'intermediario per il servizioⁱⁱⁱ.

Il rapporto di swap può anche essere originariamente equilibrato e subire variazioni successive con scompensi futuri. Tale circostanza comporta la necessità di nuove prognosi, basate sull'attualizzazione dei flussi di cassa, dirette a valutare la convenienza del mantenimento del contratto o lo scioglimento anticipato.

A tal uopo necessaria è la conoscenza del mark to market ovvero del costo di chiusura accelerata del negozio o del subingresso di un terzo nell'operazione. In sostanza il mark to market altro non è che il valore corrente di mercato dello swap calcolato attraverso una simulazione quotidiana di termine del negozio con la stima di debiti e crediti. Esso si contrappone alla valutazione con metodo storico o attualizzato in base a indici di aggiornamento monetario.

Questa complessità, l'assenza di norme specifiche in uno alla completa regolazione privata dei contratti swap hanno indotto la giurisprudenza di merito ad individuare gli elementi essenziali dei negozi in esame onde stabilire regole e confini per garantire la parte più debole del rapporto.

Essi sono stati indicati:

- a. nella data di stipulazione;
- b. nel nozionale, il capitale che serve da riferimento per il calcolo degli interessi;

- c. nella data da cui decorrono gli interessi;
- d. nella data di scadenza del contratto;
- e. nelle date dei pagamenti;
- f. nei tassi di interesse.

L'attenzione è stata incentrata sulla ricerca degli interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., e della causa in concreto perseguita.

L'ordinamento, infatti, facoltizza le parti alla conclusione di contratti diversi da quelli disciplinati dal codice purché diretti a realizzare un corretto equilibrio economico tra le posizioni dedotte.

La meritevolezza non va intesa in senso assiologico, ma in ottica prettamente economica come stabilito dalla più recente giurisprudenza europea. Un tale giudizio non può prescindere dalla identificazione dello scopo concreto perseguito ovvero dalla causa intesa come utilità individuale essendo da tempo abbandonato l'astratto concetto di funzione economico-sociale^{iv}.

Per gli swap è indagine di non poco conto data la diversità tipologica, di copertura o speculativa. È accaduto, infatti, che in un caso affrontato nel 2011 dal Tribunale di Milano, i contratti esaminati si autodenominavano come derivati di copertura e perseguivano anche questo scopo, ma per come effettivamente organizzati presentavano un chiaro intento speculativo con conseguente declaratoria di nullità per difetto della causa in concreto. Trattasi delle pratiche conseguenze dell'inserimento nella stratificazione codicistica di un concetto, quello di causa in concreto, non espressamente previsto. Appare più corretto affermare che il giudice ha il dovere di qualificare il negozio in base al contenuto, non di copertura, ma speculativo, nell'ipotesi in esame, con dichiarazione di nullità per contrasto con la norma imperativa che vieta l'operazione agli enti locali.

In diverse pronunce la giurisprudenza riconduce lo swap nell'alveo delle scommesse di cui agli artt. 1933-1935 c.c.

Le criticità di tale impostazioni appaiono evidenti data l'assenza di qualsiasi analogia tra i due istituti tenuto conto della complessità delle vicende che caratterizzano i contratti di swap e la professionalità dei soggetti coinvolti. Essi, infatti, si formano sul mercato finanziario, riguardano un rischio di tale natura non rimesso esclusivamente alle abilità dei partecipanti, i differenziali sono calcolati sui flussi di denaro e rispondono ad una logica probabilistica e non eventistica. Per tali motivi è necessaria l'indicazione di tutti gli scenari possibili e non solo del mark to market, attraverso un'accurata opera di informazione da parte dell'intermediario, mandatario dell'investitore^v.

Appare opportuno, pertanto, qualificare i contratti swap a causa variabile diretti ora a realizzare un intento speculativo ora assicurativo o di copertura dei costi sottostanti con conseguente necessità di individuare la funzione attraverso l'analisi del caso concreto.

Quanto detto si connette strettamente alla determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto possibile attraverso una concreta misurabilità dell'alea che lo investe basata non solo sul mark to market, ma su ogni costo e prezzo necessario.

7. La necessità dell'autorizzazione da parte Consiglio comunale

Il Consiglio comunale, dotato di autonomia funzionale e organizzativa, è organo di governo dell'ente locale, rappresentante diretto dei cittadini cui spetta l'indirizzo e il controllo politico- amministrativo.

L'art. 42, comma 2 T.U.E.L. annovera tra gli atti fondamentali alla lett. i) le *"spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo"*.

La formulazione generica di tale disposizione normativa ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sull'effettivo ambito applicativo.

In particolare, se la ristrutturazione dei debiti da parte dei Comuni e il loro finanziamento con la previsione di upfront costituiscono un'ipotesi di indebitamento, quindi, collocabile nelle materie di competenza del Consiglio comunale. Per indebitamento lo sfruttamento da parte dell'ente delle oscillazioni sul mercato dei tassi di interesse per modificare o rimodulare le posizioni già assunte con la finalità di ottenere nuova liquidità^{vi}.

L'impostazione prevalente, prospettata nell'ordinanza di remissione della Prima Sezione Civile, poi accolta dalle Sezioni Unite, fornisce risposta positiva.

Alla base la necessità di coinvolgere anche le opposizioni in un'operazione complessa e di lunga durata al fine di poter esercitare un effettivo controllo sulle scelte finanziarie effettuate dalla maggioranza. Vi è, infatti, la reale possibilità di concordare lunghe spese per l'amministrazione gravanti anche sui bilanci successivi rispetto a quello di sottoscrizione del contratto. Si tiene conto dell'intrinseca natura aleatoria del negozio connotato, pertanto, dall'incertezza degli esiti e bisognoso anche del vaglio delle minoranze^{vii}.

Il compito affidato al Consiglio è proprio quello di indagare la reale convenienza dell'affare in termini sia economici che politici anche in un'ottica futura in quanto la scelta potrebbe portare vincoli all'utilizzo di risorse per l'attuazione di altri progetti successivi.

L'attività negoziale dell'ente, infatti, deve essere ispirata alle regole della contabilità pubblica che impongono, quali capisaldi, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità.

Quanto detto si traduce in una complessa attività da parte dell'ente locale per la ristrutturazione del proprio debito dovendosi, preliminarmente, individuare le caratteristiche e le modalità attuative e, successivamente, selezionare la miglior offerta attraverso una vera e propria gara.

Non può essere tradito né il principio di trasparenza né quello di convenienza economica che informano tutto l'operare della pubblica amministrazione in base ai canoni dettati dall'art. 1 della legge 241 del 1990, di ispirazione anche della nuova normativa in tema di appalti pubblici.

A tali aspetti bisogna aggiungere la circostanza per cui gli enti locali potevano concludere swaps solo con fini di copertura dichiarati con conseguente necessario collegamento negoziale con il mutuo sottostante. Non poteva, pertanto, essere non richiesto l'intervento del Consiglio costituendo il mutuo un indebitamento, materia di competenza di tale organo.

Tra l'altro, traducendosi, spesso, la conclusione degli interest rate swap in una conclusione del rapporto precedente di indebitamento era necessaria l'autorizzazione del Consiglio.

Tale atto risulta necessario in mancanza dell'estinzione del mutuo, ma al cospetto di una sua sostanziale modifica dato il mutamento delle condizioni di contrazione del debito.

È l'incidenza sull'entità globale dell'indebitamento comunale dell'interest rate swap che rende indispensabile l'autorizzazione del Consiglio a pena di nullità dell'atto per violazione di norma imperativa.

La giurisprudenza si è interrogata anche sulla possibilità da parte dell'ente di procedere alla declaratoria in autotutela di un atto amministrativo che facoltizza alla stipula di un contratto di swap. La questione è stata definita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 12110 del 2013 che approfondisce il dettato della pronuncia n. 8515 del maggio 2012^{viii}.

La Cassazione differenzia la dichiarazione di nullità in autotutela dall'annullamento in autotutela, perché quest'ultimo è facoltà discrezionale che presuppone una valutazione di merito basata sulla sussistenza dell'interesse pubblico alla soppressione dell'atto. Esso, inoltre, si realizza mediante pronuncia costitutiva ed elimina gli effetti già prodotti.

La declaratoria di nullità, al contrario, è mera ricognizione del fatto essendo l'atto totalmente improduttivo di effetti, non rappresenta, pertanto, un momento autoritativo. La sentenza ha valore esclusivamente dichiarativo a fronte di conseguenze mai verificatesi. In mancanza dell'esercizio del potere in autotutela, infatti, la controversia sarebbe affidata al G.O. con esercizio del potere disapplicativo di cui all'art. 5 Lac.

Quando la p.a. dell'atto amministrativo cui è conseguita la stipula di un contratto in realtà non fa altro che affermare la totale mancanza di volontà di concludere il negozio, quindi, dichiarazione ricognitiva meramente ix.

La discussione scivola su un piano esterno all'esercizio dei poteri autoritativi, quindi, con giurisdizione del G.O.

Né vale, per confutare la tesi menzionata, il richiamo al codice degli appalti che recepisce la giurisdizione del G.A. in sede esclusiva sugli atti dell'evidenza pubblica e sulla conseguente declaratoria di inefficacia del contratto posto che si è fuori dal suo ambito applicativo.

I contratti swap, infatti, non essendo negoziabili vengono stipulati a trattativa privata e non sono riconducibili né alle procedure di affidamento dei lavori né di servizi e forniture.

L'accertamento in autotutela della nullità dell'atto prodromico alla stipula del contratto equivale a sindacare la nullità del negozio stesso senza alcun esercizio di potere pubblico con giurisdizione del G. O.

8. La decisione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, in merito al primo quesito prospettato, tenuto conto di quanto sopra considerato, hanno affermato: *"Il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente sino al 2013 (quando la l. n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, comportava che solamente nel primo caso l'ente locale potesse dirsi legittimato a procedere allo loro stipula; nondimeno, tale stipula poteva utilmente ed efficacemente avvenire 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 cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente 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"*.

Il massimo consesso della Suprema Corte è pervenuto a tali conclusioni attraverso un articolato ragionamento logico- giuridico di cui la disamina normativa rappresenta il punto di partenza.

Innanzitutto è richiamato l'art. 35 della legge n. 724 del 1994 che attribuisce agli enti locali la possibilità di sottoscrivere prestiti obbligazionari destinati solo al finanziamento.

Ancora, l'art. 2 del Regolamento di attuazione n. 420 del 1996 laddove obbliga a non introdurre elementi di rischio nell'attivazione di un currency swap. L'art. 2, inoltre, che per coprire il rischio di cambio tutti i prestiti in valuta estera dovevano essere accompagnati da un'operazione di swap idonea a trasformare, per l'emittente, l'obbligazione in valuta in lire senza introdurre elementi di rischio. Successivamente, l'art. 41 della legge n. 448 del 2000 estende agli enti locali la possibilità di emettere titoli obbligazionari con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di swaps. Ciò per ridurre gli elementi di rischio e ridurre l'alea.

Qualche anno dopo il d.m. n. 389 del 2003 e la circolare MEF del 27 maggio 2004 hanno regolato l'accesso al mercato dei capitali da parte degli enti locali per le operazioni posteriori al 4 febbraio 2004.

La legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) rende obbligatorio allegare al bilancio gli oneri, gli impegni e le modalità contrattuali con attestazione degli enti di conoscere i rischi e le caratteristiche degli strumenti. Vengono rafforzati i poteri di verifica esterna e gli obblighi di trasparenza con l'art. 62, comma

10 del d.l. n. 112 del 2008, abrogato, poi, riformulato nell'art. 1, comma 572, della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014) che vieta alle Province autonome di Trento e di Bolzano e agli enti locali di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati, di procedere alla rinegoziazione di quelli in essere, di stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivati. Su tale norma è stata sollevata anche questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 70 e 77 della Costituzione, ritenuta, con sentenza n. 52 del 2010, non fondata. La Corte ha specificato che l'art. 62 aveva quale obiettivo il contenimento dell'esposizione degli enti locali e, nel caso esaminato, sussistevano le ragioni di straordinarietà e urgenza presupposte per l'emanazione dei decreti legge.

Sulla scorta di tale ragionamento, la legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014) ha precluso agli enti locali l'uso dei derivati tranne casi eccezionali con necessità, in tali ipotesi, a pena di nullità, di un'attestazione scritta dell'organo pubblico di avere specifica conoscenza delle caratteristiche e dei rischi del derivato.

La Corte, scrutando tale percorso normativo, afferma che, ai sensi dell'art. 41 della legge finanziaria per il 2002 e fino al 2008, gli enti locali potevano contrarre derivati, ma con dei limiti stringenti. L'operazione, infatti, doveva essere economicamente conveniente e non poteva avere funzione speculativa in base all'art. 119 Cost., commi 4 e 6.

L'aleatorietà dei contratti derivati li rende non adatti alle pubbliche amministrazioni, perché disarmonici con i principi generali di contabilità pubblica che impongono certezze e previsioni. Se questa è la regola, le norme menzionate non fanno altro che prevedere eccezioni indicando le ipotesi in cui è possibile il contrario. La natura eccezionale le rende oggetto di interpretazione restrittiva. Fino al 2013, pertanto, gli enti locali potevano concludere solo contratti derivato di copertura e mai speculativi. Anche in tal caso, però, ci sono dei limiti ai fini della liceità tra cui la determinatezza/determinabilità dell'oggetto esclusa se previsto solo il mark to market essendo necessario prospettare tutti gli scenari possibili al fine di rendere una chiara idea dell'alea. L'intermediario finanziario, inoltre, deve adeguatamente informare il cliente sebbene potrebbe sorgere un conflitto di interessi essendo derivati OTC.

Applicando le coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, la Corte osserva che in nessuno dei contratti esaminati era contenuto il mark to market, inoltre, la potenziale passività trovava concreto riscontro nella clausola upfront.

Per questi motivi le Sezioni Unite affermano che gli enti locali fino al 2013 possono concludere contratti derivati di copertura, ma con precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto.

Relativamente all'esame dei motivi 1 e 2, relativi all'indebitamento degli enti pubblici e della competenza a deliberare in ordine a esso.

Per la prima questione non può non indagarsi la natura della clausola upfront che costituisce indebitamento ai sensi della normativa di contabilità pubblica, dell'art. 119 Cost. e della normativa del 2008 che ha natura solo ricognitiva e non innovativa, quindi, applicabile anche retroattivamente. Se, dunque, l'upfront costituisce indebitamento, per gli interest rate swaps è necessaria una valutazione singola in quanto solo potenzialmente possono concretizzare tale effetto.

In relazione al secondo quesito, le Sezioni Unite affermano: *"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 del 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 in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2 dello stesso testo unico"*

A favore di tale scelta milita la necessità di assicurare un controllo della minoranza sulle scelte di indirizzo e di politica soprattutto perché i derivati impegnano le finanze per gli esercizi successivi precludendo altre possibilità di spesa.

La valutazione riguarda la convenienza dell'operazione e il rispetto dei principi generali in materia di contabilità pubblica attraverso un'indagine omnicomprensiva dell'affare tenuto conto delle caratteristiche del debito da ristrutturare, delle modalità attuative della stessa e dell'offerente da selezionare attraverso una gara e in base al principio della migliore offerta.

Essendo, inoltre, i derivati collegati a un mutuo, che costituisce indebitamento, non possono essere sottratti all'autorizzazione del Consiglio. Molti tra essi, peraltro, avevano la funzione di estinguere i rapporti di indebitamento sottostanti o di modificarli con conseguente necessità di deliberazione consiliare.

In base all'art. 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L., dunque, è necessaria, a pena di nullità, la deliberazione del Consiglio comunale.

9. Conclusioni

Quali le pratiche conseguenze della pronuncia delle Sezioni Unite?

La domanda si pone perché molti enti locali hanno in essere contratti derivati per un valore nominale pari a 9,5 miliardi di euro^x. Quelli meno recenti risultano essere stati chiusi, transatti o conclusi con sentenza.

La massima, però, vale anche per le imprese protagoniste in cause con le banche.

La pronuncia della Corte afferma, infatti, principi universalmente validi e costituisce cartina di tornasole per tutti i contenziosi in materia sopendo un annoso contrasto circa la validità dei contratti derivati e imponendo, a tal fine, un accordo sulla misura dell'alea non solo attraverso l'individuazione del mark to market, ma individuando ogni altro elemento utile.

ⁱ In tal senso, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 19013 del 31 luglio 2017: *"In tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici ex art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. "derivati", l'art. 21 TUF e l'art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato. (Nella specie, riguardante contratti derivati "interest rate swap" con natura di operazioni "di copertura", la S.C., in applicazione dell'esposto principio, ha cassato la sentenza di appello, richiamando altresì specificamente il rispetto delle condizioni di cui alla determinazione Consob 26 febbraio 1999, evidenziando la necessaria stretta correlazione tra l'operazione di "copertura" e il rischio da coprire)"*.

ⁱⁱ Così Cass., Sez. 1, Sentenza n. 3753 del 15 marzo 2001: *"L'art. 1 della legge 2 gennaio 1991, n. 1, dopo aver annoverato fra le attività di intermediazione mobiliare regolate dalla stessa quelle aventi ad oggetto veri e propri titoli di investimento (lett. a) ed altre per le quali la negoziabilità è meramente eventuale, pone un'esplicita regola di assimilabilità, ai "valori mobiliari", di altri specifici strumenti, fra i quali, non ponendo la norma in questione alcun requisito di standardizzazione e negoziabilità in mercato aperto, rientrano senz'altro tanto il cosiddetto contratto di "SWAP", quanto l'analogo negozio di "DOMESTIC INDEXED LIRA SWAP", la cui riconducibilità al primo non trova ostacolo nella sua complessità soggettiva - il rapporto intercorrente tra le parti*

coinvolge anche l'istituto finanziatore – ed oggettiva - al contratto di divisa estera si accompagna un rapporto di mandato a gestire il finanziamento -, atteso, da un canto, che l'istituto finanziatore non è, comunque, parte del contratto, e, dall'altro, che il mandato resta meramente accessorio e strumentale rispetto al principale contratto di SWAP".

iii; Cass., Sez. 3, Sentenza n. 18781 del 28 luglio 2017: *"Il contratto di "interest risk swap" con "up front" (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire) non è di per sé nullo per difetto o illiceità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti, sicché il detto contratto deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di "swap" e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale".*

iv; Raffaele Ceniccola, *Il contratto nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

v; Cass., SU, Sentenza n. 26724 del 19 dicembre 2007: *"In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso".*

vi; Vincenzo Cuzzola- Mario Petrulli, *Le fonti di finanziamento degli enti locali*, Matelica, 2014.

vii; In tal senso, Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596 che diversifica con attenzione le posizioni dei soggetti coinvolti in un contratto di swap.

viii; Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 12110 del 17 Maggio 2013, così massimata: *"Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la legittimità di deliberazioni comunali recanti la dichiarazione di nullità, resa in sede di autotutela, della precedente deliberazione di giunta e delle determinazioni dirigenziali poste a base di contratti per operazioni su strumenti finanziari stipulati in base a trattativa privata da un comune con una banca, in quanto tale declaratoria di nullità, con cui l'amministrazione unilateralmente afferma la radicale inidoneità dei medesimi atti a produrre effetti vincolanti, al contrario di quanto accade per l'annullamento in autotutela, non costituisce esercizio di poteri autoritativi, né di poteri discrezionali di apprezzamento del pubblico interesse, e deve perciò misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver al riguardo acquisito, trattandosi, nella specie, di accertare se sia o meno intrinsecamente nulla una manifestazione di volontà negoziale, ovvero se da essa sia o meno scaturito un rapporto contrattuale impegnativo per le parti".*

ix; Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

x; Morya Longo, Cassazione, svolta sui derivati. Impatto sui contenziosi aperti, in *Sole24Ore*, 14.5.2020.