





Cost., per quelli senza *up-front* i principi generali della contabilità pubblica e la trasparenza, ossia la clausola generale dell'equilibrio ed i suoi derivati. In caso contrario ci si troverebbe di fronte a prodotti meramente speculativi cioè orientati a generare un profitto, in modo del tutto sganciato da principi operativi e imperativi che fondano il sistema della contabilità pubblica e non possono non avere ripercussioni sugli atti di autonomia negoziale che coinvolgono la pubblica amministrazione.

In definitiva, l'IRS può considerarsi compatibile con l'ordinamento giuridico e meritevole di tutela solo se: a) ove costituisca esso stesso una forma di indebitamento, risulti rispettoso di una prescrizione a fattispecie completa come quella dell'art. 119 comma 6 Cost.; b) ove non attribuisca liquidità aggiuntiva suscettibile di restituzione, risulti comunque rispettoso e compatibile con la clausola generale dell'equilibrio di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.).

Venendo al vivo della sentenza, l'attore aveva agito sin dal primo grado di giudizio per ottenere la declaratoria di invalidità del contratto. Pur avendo agito per tutte e tre le forme di invalidità possibili (nullità, annullabilità, cessazione di efficacia) la vicenda giudiziaria si conclude con la dichiarazione della forma di invalidità più grave e le correlate ripetizioni dei flussi. Tale declaratoria si traduce in un notevole vantaggio per il comune che ottiene la dichiarazione di nullità, per il flusso di ripetizioni e restituzioni che ne consegue (2033 c.c.). I contratti derivati, infatti, o sono assimilabili ad indebitamento grazie e per effetto dell'*up-front*, oppure non possono non essere collegati ad un nozionale sottostante, che, a sua volta, deve essere rispettoso dell'art. 119 comma 6 Cost.

I titoli della dichiarata nullità sono, in sintesi, i seguenti:

- Nullità per violazione di norme imperativa (c.d. nullità virtuale ex art. 1418 comma 1 c.c.), deducendo, segnatamente, la violazione di norme fondamentali della contabilità pubblica, anche di rilevanza costituzionale. Queste norme sono essenzialmente due:
  1. Il divieto di indebitamento per spesa diversa da investimento (art. 119 comma 6 Cost. e l'art. 30, comma 15, della L. n. 289/2002). Gli IRS non erano collegati a mutui specifici e non avrebbero avuto altro scopo che fornire mezzi per spesa corrente, senza accrescere in nessun modo il patrimonio pubblico. Come si vedrà a breve, tale scopo pubblico incide direttamente sul giudizio di meritevolezza e sulla causa concreta del contratto (e secondo la dottrina sul giudizio di meritevolezza del contratto atipico);
  2. Il principio di tipicità delle forme di indebitamento. Ai sensi dell'art. 202 TUEL, infatti, per gli enti locali, il ricorso all'indebitamento, oltre che per lo scopo di investimento, è ammesso soltanto nelle forme previste dalle leggi vigenti in materia. L'IRS, per contro è notoriamente un contratto atipico;
  3. Il principio generale di certezza e prevedibilità delle spese ed entrate, alias, la clausola generale dell'equilibrio di bilancio;
- Nullità per violazione dell'art. 1418 comma 2 c.c. (nullità strutturale), a doppio titolo:
  1. L'art. 119 comma 6 Cost., imporrebbe che tutti i contratti fonte di indebitamento, avessero una causa concreta di investimento. Tutti e tre i contratti mancavano di un puntuale riferimento ai mutui sottostanti in relazione ai quali i negozi sarebbero stati stipulati, dunque sarebbe privi di una causa concreta meritevole secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.) necessariamente prevista dall'ordinamento. Secondo la Corte la attinenza ad un bilancio pubblico, ma in generale, la non assimilabilità al gioco e alla scommessa stabilita da un'espressa disposizione del TUF (art. 23, comma 5), richiede che tali contratti atipici si strutturino su un \_\_\_\_\_, prevedibile trasparente in termini di costi e rischi

massimi cui ci si espone. La Corte di cassazione fonde in uno controllo e sanzione di meritevolezza, assimilando la fattispecie dell'immeritevolezza con quella della causa illecita;

2. a causa della mancata definizione delle \_\_\_\_\_, in particolare il c.d. *mark to market* (ma anche le proiezioni/ stime di differenziali in base ai diversi scenari possibili) nonché la mancata trasparenza sui \_\_\_\_\_ inclusi nella taratura del rischio, rendono non razionale il rischio assunto. Il contratto derivato, in questo caso, non avrebbe così i requisiti dall'art. 1346 c.c.;

- Infine, nullità per violazione della competenza del Consiglio comunale ex art. 42 TUEL.

Con riguardo a quest'ultimo "titolo" di nullità, occorre fare qualche considerazione specifica. Secondo i principi generali del diritto civile, al vizio di competenza dovrebbe corrispondere, al massimo, una annullabilità: il difetto di competenza, dal punto di vista della persona giuridica pubblica, genera infatti solo un vizio di legittimazione.

Del resto, per i derivati, il Consiglio di Stato con \_\_\_\_\_ aveva fatto un rinvio pieno alla disciplina privatistica, negando addirittura l'assenza di un qualsiasi prodromo pubblicistico sindacabile. Se la P.A. agisce utilizzando una mera capacità di diritto comune, la qualificazione della fattispecie avrebbe dovuto portare a ritenere l'incompetenza un vizio di capacità, *ergo*, a ritenere sussistente soltanto una fattispecie di annullabilità del contratto e non di nullità.

Cionondimeno, la Cassazione conclude per la nullità. Le ragioni di questa scelta rimangono implicite e obbligano dottrina e commentatori ad interrogarsi su varie questioni. Segnatamente, la Suprema Corte chiama in causa i principi generali della contabilità pubblica ed in particolare il principio di trasparenza, censurando tale violazione con la sanzione della nullità.

La scelta della sanzione implica infatti che la Suprema Corte abbia individuato in \_\_\_\_\_ nelle norme sulla competenza dell'organo rappresentativo una norma a tutela di interessi generali.

Ad avviso di chi scrive, vi è l'evidenza che presso la Cassazione è ormai penetrata la consapevolezza, ormai granitica nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui la trasparenza e l'*accountability* (con ciò intuendosi la capacità del bilancio di fungere quale strumento di controllo democratico, tramite il rispetto di regole procedurali, la resa del conto, l'autorizzazione di spesa e indebitamento con funzione allocativa) rendono il bilancio un bene pubblico (*ex plurimis*, C. cost. n. 184/ 1026, n. 228/ 2017 e n. 18/ 2019), vale a dire quale strumento fondamentale della democrazia e di controllo dell'esercizio del potere (art. 1 Cost.). Se è questa la ragione del decidere, come crede chi scrive, la sentenza potrebbe costituire la pietra angolare di un nuovo corso giurisprudenziale, in grado di elevare la clausola dell'equilibrio di bilancio all'interno del nostro ordine pubblico, anche internazionale, impedendo l'esecutività e atti e sentenze delle Corti britanniche, ove queste riconoscessero la validità ed efficacia di questi contratti.

Per tutto quanto sopra precede, è assai probabile che la decisione avrà un impatto fortissimo sui bilanci del sistema degli enti locali e delle regioni, paragonabile a quella che nel sistema britannico ebbe la famosa decisione della *House of Lord*, del 24 gennaio 1991, noto come caso \_\_\_\_\_.

In prospettiva e per una volta, l'impatto sui bilanci pubblici potrebbe manifestarsi in termini di \_\_\_\_\_.

miglioramento degli equilibri, in ragione del fatto che molti di questi contratti rischiano di andare incontro a declaratorie di invalidità, non solo in sede civile (dove pare consolidarsi la giurisdizione del giudice ordinario), ma anche in sede contabile (come accaduto in sede di azione di responsabilità ex art.30, comma 15, della L. n. 289/ 2002, in un pregevole precedente, segnatamente \_\_\_\_\_).

Declinata sul terreno delle altre competenze giurisdizionali e di controllo della Corte, questo comporterà, con tutta probabilità, un accertamento diffuso di nullità di contratti derivati, quali titoli di spesa (o, a seconda dell'andamento, di entrata) di poste di bilancio, in sede di giudizi di parificazione dei bilanci delle Regioni ovvero di controlli ex art. 148-bis TUEL per gli enti locali, dove si esercita una giurisdizione piena ed esclusiva ai fini della determinazione dei saldi di bilancio (sulla integrazione della fase di controllo con quella pienamente giurisdizionale, qualificando la prima in termini "cautelari", cfr. su questo sito il [post relativo ad una pronuncia di disapplicazione di regolamenti ministeriali](#)).

Come già anticipato dalla Sezione umbra nell'ambito della peculiare ipotesi di responsabilità prevista dall'art. 30, comma 15, della L. n. 289/ 2002, commentando la "nullità di diritto" prevista da tale disposizione sottolinea:

*« la dichiarazione di nullità contabile implica che l'Ente fermi i suoi poteri di emanare gli atti comportanti l'assunzione di spese e di emanare, altresì, gli eventuali atti di secondo grado ad essi connessi, compresi quelli in via di autotutela si trovi obbligato a non procedere all'esecuzione della spesa deliberata, almeno in quei termini di copertura finanziaria, e debba provvedere, per le spese già eseguite in forza di delibere nulle, a rideterminare virtualmente, ora per allora, la differenza di risultato dei documenti contabili, a ragione delle disposte nullità, assegnando ad economia le risorse provenienti da indebitamento utilizzate illegittimamente (così da poterle utilizzare per le consentite spese di investimento) ed a riportare a disavanzo (o minor avanzo), nel rendiconto, le uscite destinate a corrispettivo dei contratti con i quali siano state pagate spese correnti, la copertura delle quali deve essere assicurata mediante altre, consentite, entrate tra quelle indicate dall'articolo 149, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 18 agosto 2000, n. 267.*

*In tal modo, con la pronuncia di nullità emessa dalla Corte dei conti, è salvaguardato il principio dell'equilibrio di bilancio immanente alla disposizione dell'articolo 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002, come innanzi precisato».*

Ecco perché il precedente per gli operatori finanziari che hanno collocato negli anni titoli con rischio occulto, in generale non compatibili con il precetto costituzionale dell'equilibrio di bilancio potrebbe avere per l'ordinamento italiano lo stesso effetto che il caso Hammersmith ebbe nel Regno Unito.

1. Il termine derivati indica contratti i cui valore deriva dall'andamento del valore di altri beni, merci, valori finanziari che sono oggetto di altri scambi e negoziazioni. I prodotti strutturati sono invece costituiti dalla combinazione, in un unico prodotto, di uno o più prodotti finanziari con uno o più prodotti derivati.

2. « 8.2 Infatti, i contratti derivati, in quanto aleatori, sarebbero già di per sé non stipulabili dalla P.A., poiché l'aleatorietà costituisce una **forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa**. Perciò bisogna concludere che, le disposizioni normative sopra passate in rassegna, che tali possibilità prevedevano, consentivano solo ciò che, normalmente, sarebbe stato

vietato, con la conseguenza che dette previsioni erano anzitutto di natura eccezionale e di stretta interpretazione, avendo reso i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'ampissimo e medesimo genus).

9.8. pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva 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 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.**» (enfasi aggiunta).

3. L'attore si premurava di documentare che la spesa non aveva avuto alcuna destinazione ad investimenti e che anzi aveva avuto altra destinazione.

4. « 10.4.1. L'organo consiliare deve valutare la convenienza di operazioni che porranno vincoli all'utilizzo di risorse future, precisando che **l'attività negoziale dell'ente territoriale deve avvenire secondo le regole della contabilità pubblica che disciplinano lo svolgimento dei compiti propri dell'ente che utilizza risorse della collettività**

10.6. Deve perciò affermarsi che, ove l'IRS negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, l'operazione economica debba, **a pena di nullità della pattuizione conclusa, essere autorizzata dal Consiglio comunale**, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - **per il principio di trasparenza della contabilità pubblica** - anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap.

10.8. 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'articolo 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.**» (enfasi aggiunta).

