RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE
n. 2/2023

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo	Barba
Monica	Bergo
Chiara	Bergonzini
Gianluigi	Bizioli
Camilla	Buzzacchi
Guido	Calabresi
Ignacio	Calatyud Prats
Francesco	Capalbo
Elisa	Cavasino
Aldo	Carosi
Ines	Ciolli
Carlo	Colapietro
Giovanna	Colombini
Barbara	Cortese
Giacomo	D'Angelo
Marcello	Degni
Francesco	Fimmanò
Sergio	Foà
Loredana	Giani
Massimo	Luciani
Nicola	Lupo
Vanessa	Manzetti
Simone	Mezzacapo
Vittorio	Occorsio
Simone	Pajno
Giuseppe	Palmisano
Barbara	Pezzini
Eugenio	Picozza
Giovanna	Pistorio
Guido	Rivosecchi
Antonio	Saitta
Maria Alessandra	Sandulli
Gino	Scaccia
Vincenzo	Sforza
Riccardo	Ursi
Giuseppe	Verde

Direttore Responsabile
Laura d'Ambrosio

Vice Direttori
Francesco Sucameli
Giovanni Guida

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it
Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018
CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale a cura di Mario Pischedda ……p. 5

TEMI DI DISCUSSIONE

Può il diritto disciplinare l'Intelligenza Artificiale? Una conversazione preliminare
di Massimo Luciani……p.10
Post-fazione a cura di Francesco Sucameli……p.17

DOTTRINA

Il rapporto fra funzioni e risorse nell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione
di Giuseppe Verde.……p.22

Autonomia negoziale degli enti territoriali e vincoli di finanza pubblica
di Patrizio Ivo D'Andrea……p.37

La magmaticità degli "scudi" della responsabilità dei funzionari pubblici: la fragilità dell'abuso d'ufficio e la chimera della temporaneità dello "scudo erariale"
di Emanuela Andreis……p.64

Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione
di Antonio Iannuzzi……p.91

ATTUALITÀ

Contro la gogna mediatica: una salutare lezione della Corte dei Diritti dell'Uomo
di Giacinto Della Cananea …..……p.109

Le SS.RR. In sede giurisdizionale in speciale composizione della Corte dei conti disapplicano, per incompatibilità con il diritto UE, la norma limitativa della giurisdizione contabile in materia di inserimento nell'elenco ISTAT (nota a Corte dei conti, SS.RR. In sede giurisdizionale in speciale composizione n. 17/2023/RIS).
di Marco Calaresu……..……p.115

Sulla riqualificazione del titolo d'imputazione del danno erariale da parte del giudice d'appello (Breve nota a C. conti, sez. app. III, 19 settembre 2023, n. 348)
di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo……p.131

Le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative alla luce della giurisprudenza europea e nazionale. Obbligo di evidenza pubblica e profili di danno erariale
di Roberto Viscomi……..……p.138

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI
Rubrica a cura di Giovanna Pistorio…..……p.151
*Commento alla sentenza Corte di Giustiza 563 del 13 luglio 2023 Ferrovie Nord v. ISTAT Cause riunite*C-363/21 e C-364/21

Sentenza n. 2 bvg 1/22 della Corte costituzionale tedesca sulla legittimità degli sfondamenti di bilancio Per il giudizio del secondo senato del 15 novembre 2023 - 2 bvf 1/22 –

Secondo bilancio suppletivo2021 (Traduzione a cura di Clemente Forte)
……...……p.153

Il divieto di indebitamento e il principio di annualità secondo il Tribunale Costituzionale tedesco
di Clemente Forte ……p.184

STORIA DELLA DOTTRINA

Diritto pratico e diritto teorico
Di Vittorio Scialoja
Già pubblicato in Rivista di diritto commerciale, 1911, I, p.63
Trascrizione a cura di Cristina Menale
……p.191

DOTTRINA

AUTONOMIA NEGOZIALE DEGLI ENTI TERRITORIALI E VINCOLI DI FINANZA PUBBLICA[1]

di Patrizio Ivo D'Andrea
Avvocato – dott. di ricerca in Diritto Costituzionale

SOMMARIO

1. Un tema classico e la sua più recente codificazione legislativa.
   1.1. Dal codice civile del 1865 al codice dei contratti pubblici del 2023.
   1.2. Autonomia privata e vincolo funzionale.
   1.3. Le indicazioni della giurisprudenza.
   1.4. Una proposta applicativa.
2. I vizi dello strumento privatistico della pubblica Amministrazione.
   2.1. L'incapacità della p.A.
   2.2. I vizi derivanti dagli atti amministrativi propedeutici.
3. Autonomia privata degli enti locali e vincoli di finanza pubblica.
   3.1. La nullità testuale per violazione della disciplina sul ricorso all'indebitamento.
   3.2 La definizione delle nozioni di investimento e indebitamento.
4. Conclusioni.

ABSTRACT

Prendendo le mosse dalla disciplina dell'autonomia contrattuale degli enti pubblici contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici, il contributo esamina il tema dell'autonomia negoziale degli enti pubblici e degli enti territoriali in particolare, esaminandone alcuni snodi teorici e pratici quali il regime dell'invalidità degli strumenti negoziali, il collegamento con le finalità istituzionali, il principio di legalità e i vincoli costituzionali di finanza pubblica.

Starting from the more recent act governing public bodies procurement in Italy (Legislative Decree no. 36 of 31 March 2003), the paper examines the principle of public bodies freedom of contract, with a focus on specific issues such as the circumstances that can deem a contract voidable; the link between a contract and the institutional tasks of the p.b.; the rule of law; the local authorities' financial constraints set by the Italian Constitution.

1. Un tema classico e la sua più recente codificazione legislativa

Il tema dell'autonomia privata della pubblica Amministrazione e, in particolare, degli enti pubblici territoriali è un *topos* classico degli studi tanto giuspubblicistici quanto giusprivatistici. Nel corso del tempo è rimasto ed è tuttora di attualità in ragione di plurimi interventi normativi (non solo legislativi ma anche di rango costituzionale) e di particolari casi giudiziari che hanno posto nuovi interrogativi e sollecitato nuove ricostruzioni della materia.

[1] L'articolo è stato sottoposto alla procedura di referaggio a doppio cieco descritta sul sito www.dirittoeconti.it

1.1. Dal codice civile del 1865 al codice dei contratti pubblici del 2023.

Come è stato ricordato di recente[2], negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento era diffusa la tesi di una limitazione della capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici territoriali, fondata anzitutto sulla natura dell'ente pubblico e sulla diversità della persona giuridica dello Stato, in ragione della sua natura sovrana, e delle sue articolazioni territoriali, ma anche sulla necessità di ricondurre al dominio del principio di legalità ogni manifestazione giuridica dell'Amministrazione, non solamente nell'esercizio delle tipiche potestà autoritative. Giuseppe Mantellini apriva lo studio *Lo Stato e il Codice civile*[3] del 1890 con una massima dallo *Jus Naturae* di Christian Wolff: "*Rex quoad actus regios tamquam rex, quoad actus vero privatos, tamquam persona privata spectandus; consequenter quoad actus privatos non fruitur nisi iure privato*"[4]. Subito ne affiancava una (che solo a primo acchito poteva sembrare di opposto orientamento) del Grozio: "*Nullum enim hic ius quaesitum est adversus legis auctorem*"[5]. Tratteggiava, poi, la contemperazione delle ragioni del giure pubblico e privato nella temperie culturale del diritto naturale, nel quale trovava spazio un "diritto speciale" dello Stato: "Quando pertanto si vogliono alle Nazioni applicare i doveri che la legge naturale prescrive a ogni uomo in particolare, e i diritti che gli attribuisce affinché possa compiere i suoi doveri, questi diritti e questi doveri, *non potendo essere se non quali la natura dei soggetti comporta, debbono necessariamente subire nell'applicazione un cambiamento conveniente alla natura dei nuovi soggetti ai quai essi si applicano*"[6].

Adeguava, poi, quell'approdo alla diversa temperie giuridico-filosofica del suo tempo, sottolineando che:

i) l'art. 2 del codice civile del 1865 considerava come persone giuridiche "*I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti*" e li ammetteva al godimento dei diritti civili "*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*";

ii) il catalogo delle persone giuridiche pubbliche dell'art. 2 non a caso non contemplava lo Stato, atteso che "lo Stato, origine d'ogni diritto, non ha mai pensato, né potuto pensare a costituirsi come persona giuridica"[7];

iii) per converso, i beni possono appartenere anche allo Stato (artt. 425 sgg.) e la proprietà pubblica ha uno statuto in parte diverso da quella privata (come per il caso dei beni demaniali);

iv) dalla proprietà e dai diritti reali alla successione *mortis causa*, dalle obbligazioni naturali a quelle ordinarie, dai contratti ai privilegi, dalle prove alla rappresentanza, gli istituti del diritto privato si applicano con adeguate modificazioni alle persone giuridiche di diritto

[2] G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, in *Dir. Amm.*, 2021, 533 sgg.
[3] G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1890, 2.
[4] C. WOLFF, *Jus Naturae*, T. 8, § 285 (Francoforte e Lipsia, Officina Libraria Rengeriana, 1740, 207).
[5] H. DE GROOT, *De iure belli ac pacis*, Cap. XIV, *De eorum qui summum imperium habent promissis et contractibus et iuramentis*, ed. a cura di B.J.A. De Kanter-Van Hettinga Tromp, Aalen, Scientia Verlag, 1993, 388 (I^ ed. Parigi, Nicholas Buon, 1625). Del resto a p. 380 si legge "*At privati actus regis considerandi sunt, non ut actus communitatis, sed ut actus partis, ac proinde facti eo animo ut communem legum regulam sequantur*".
[6] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 3, enfasi nell'originale.
[7] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 4.

pubblico, specie in ragione della disciplina posta dalla legge di contabilità, primo elemento che viene a costituire un "uno speciale diritto civile"[8].

Nonostante la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo rimetta davanti al Giudice ordinario la pubblica Amministrazione per "*tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*", con ciò presupponendo che i soggetti di diritto pubblico possano essere parte nei rapporti civili, il diritto civile "è visto per lo Stato come un diritto, per così dire, «residuale» rispetto al diritto pubblico, da cui esso tende ad affrancarsi e le cui regole gli si impongono entro i limiti dei rapporti che la Pubblica Amministrazione pone in essere dismettendo la sua veste di autorità amministrativa"[9].

Il codice civile del 1942 ha recuperato, all'art. 11, la formulazione dell'art. 2 del codice del 1865, di nuovo incorniciando il problema dell'autonomia privata delle persone giuridiche di diritto pubblico (si badi: di nuovo omettendo il riferimento allo Stato) con il problematico riconoscimento alle province, ai comuni e agli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche del godimento dei diritti, di bel nuovo "*secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*".

I commentatori del nuovo codice rilevavano che tale disposizione anzitutto include gli enti pubblici tra le persone giuridiche, e per ciò solo, consente di poter invocare per essi l'applicazione del diritto comune e di riconoscere loro l'ordinaria capacità giuridica di diritto privato[10]. Per altro verso, l'art. 11 cod. civ. presuppone il riconoscimento della persona giuridica solo ove la legge abbia almeno in parte sottratto l'ente all'ordinamento comune delle leggi civili per costruire un regime speciale in cui esso era tenuto ad operare[11]. Muovendo da queste prime considerazioni è stata successivamente riconosciuta alla pubblica Amministrazione "una capacità di diritto privato dapprima speciale e, successivamente generale"[12], superando il c.d. "principio positivo", in base al quale la p.A. potrebbe perfezionare i soli atti di diritto privato che la legge espressamente consente ai soggetti pubblici.

Questa prospettiva ricostruttiva ha trovato terreno fertile nell'evoluzione dei moduli della moderna amministrazione, in cui la cura degli interessi della collettività (specie tramite la prestazione diretta o indiretta di servizi) ha comportato un ricorso sempre maggiore all'attività amministrativa di diritto privato[13].

---

[8] G. MANTELLINI, *op. cit.*, 5.

[9] Cfr. S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino , 1987, (agg. 2011 a cura di F. Pavoni), ed. inf.

[10] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano , 1970, I, 490 sgg.; A. FALZEA, *Capacità*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 14. F. CALISAI, *Riflessioni in materia di contratti derivati "pubblici"*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2012, 554.

[11] In questo senso v. G. IORIO (agg. T. BONAMINI), *Art. 11 c.c. Persone giuridiche pubbliche*, in AA.VV., *Codice Civile ipertestuale commentato* a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, 2012; in questo senso già F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Digesto civ.*, XIII, 4ª ed., Torino, 1995; ID., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 sgg., nonché di G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, I, 17 sgg., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 408 sgg.

[12] R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Molfetta, 2019, 1343.

[13] V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, Relazione al *IV Coloquio entre el Consejo de Estado de Italia y el Tribunal Supremo de Espana sobre: "Contratos, adjudicationes y concesiones de la Administraciòn Pùblica"*, Madrid, 1-4 giugno 2002, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2002, rammenta la distinzione classica tra "attività privata della p.a.", che "è solo quella che l'organizzazione amministrativa pone in essere per la cura in via immediata di interessi suoi propri e non già per

Espressione di questo orientamento che prende atto della rilevanza dell'"amministrare per contratto" è la menzionata novella dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, che fissa il principio che "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*"[14]. Il principio codificato nel 1865 e ripreso nel 1942 è qui ribaltato: non un rinvio alle leggi e agli usi del diritto pubblico, ma la generale applicazione del comune diritto civile, salvo deroghe espresse[15].

Questa previsione, unita alla disciplina degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento introdotta nella legge sul procedimento amministrativo nel 2005, ha condotto alcuni a sostenere che la legittimazione negoziale delle pubbliche Amministrazioni "non solo è la stessa che si pone per tutte le persone giuridiche" ma "è addirittura più forte", in quanto la p.A., in linea di massima, può scegliere di impiegare i moduli privatistici o quelli pubblicistici e si pone generalmente come soggetto "forte della negoziazione"[16].

L'approdo di questo percorso è racchiuso nei tre codici dei contratti pubblici che si sono succeduti dal 2006 al 2023.

L'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 prevedeva, tra i princìpi del testo normativo, che "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1* [e cioè delle diverse tipologie di stazioni appaltanti] *si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile*".

In maniera non differente (ma con una certa *deminutio* di collocazione topografica: non più tra i "princìpi generali" ma tra i "princìpi comuni" delle modalità d'affidamento), l'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva che, "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi,* […] *alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*".

---

quelli della collettività", e "attività amministrativa di diritto privato" che "è attività amministrativa in senso proprio, afferendo alla cura di interessi della collettività, con l'unica caratteristica di svolgersi mediante atti di diritto privato". Su questa distinzione v. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 445 sgg. Sulla nozione generale di attività amministrativa v. E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, ed. inf., il quale nota che "Sembra che non vi sia nessuna ragione per circoscriverla [il riferimento è all'attività amministrativa] all'attività caratteristica dell'amministrazione pubblica, ossia a quella autoritativa manifestantesi in atti (provvedimenti) amministrativi". Sulla necessaria "contrapposizione" tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato v. S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato*, cit. La distinzione tra attività meramente privatistica e attività amministrativa di diritto privato, peraltro, è stata criticata di recente da R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 555, 556; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, pt. gen., T. I, Milano, 2000, 629 sgg.

[14] Cfr. E. GIANNANGELI, *L'autonomia contrattuale dell'amministrazione pubblica ed il limite della funzione fra diritto interno e comunitario in materia di appalti, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 2012, 1 sgg.; R. MININNO, *I contratti derivati degli enti locali tra neoformalismo negoziale e rigore formale di matrice giuscontabile*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 50.

[15] T. GALLETTO, *Art. 1322. I contratti della pubblica Amministrazione*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa - V. Mariconda, Milano, 2012, 488 sgg., §1: "L'ordinamento riconosce allo Stato e agli enti pubblici una capacità giuridica generale di diritto privato, ferme restando alcune limitazioni legali o statutarie alla possibilità di porre in essere determinati negozi".

[16] G.P. CIRILLO, *Contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2018. La posizione "forte" della p.A. nel rapporto contrattuale è dato ben presente alla giurisprudenza sia amministrativa che costituzionale. La Corte costituzionale, nelle sentt. nn. 43 e 53 del 2011, ha affermato che la posizione di parità tra i paciscenti è solo "*tendenziale*". L'Adunanza plenaria, nelle sentt. nn. 6 e 14 del 2014, ha affermato che la formula impiegata dalla Consulta sintetizza, tra l'altro, "*l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica*".

Più ampia e generale la previsione dell'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici, a tenor del quale "*Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge*".

1.2. Autonomia privata e vincolo funzionale

Le novità della formulazione più recente sono evidenti per tre profili.

Il primo: al mero e residuale rinvio al codice civile per la stipulazione e l'esecuzione del contratto[17] si sostituisce il predicato della piena autonomia contrattuale[18]. Sul punto il testo di legge è univoco come si evince dalle successive precisazioni sulla possibilità di concludere "qualsiasi contratto, anche gratuito". Sul piano logico-formale sono due tautologie, che si spiegano solamente con l'intenzione del legislatore di non lasciare adito ad alcun dubbio interpretativo sull'ampiezza della statuizione legislativa[19].

Il secondo punto sta nella salvezza dei divieti espressamente previsti dalla legge. Questa previsione è significativa non perché ribadisce l'ovvio (la cogenza dei limiti imposti dalla legge), ma perché afferma anche per la pubblica Amministrazione il principio di generale liceità dell'attività giuridicamente rilevante: è lecito tutto ciò che non è vietato (espressamente!)[20].

L'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici vede, dunque, l'Amministrazione appropriarsi definitivamente dell'autonomia privata. Tanto, peraltro, in un momento in cui il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sull'autonomia privata presenta elementi ambivalenti. Da una parte la Corte costituzionale ne ha ancora di recente ribadito il fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost., che non tollera misure restrittive arbitrarie o palesemente incongrue rispetto

[17] La formula impiegata del 2006, "attività contrattuale", richiamava forse in maniera non particolarmente elegante la distinzione, già incontrata, tra "attività amministrativa di diritto pubblico" e attività amministrativa di diritto privato".

[18] Cfr. CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici". Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, *sub* art. 8: "Il comma 1 sancisce il principio di autonomia contrattuale, recependo una costante giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656), che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsi dalla legge. È ormai pacifico, infatti, che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.)".

[19] Il riferimento alla gratuità, poi, risolve un dibattito mai sopito sulla possibilità della p.A. di stipulare contratti a titolo gratuito. Sul punto s rinvia a G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg., in cui si differenzia tra i contratti a titolo gratuito e le donazioni in senso stretto, nonché alla giurisprudenza ivi citata. Sul punto, ancora di recente, C. conti, Sez. II giurisd. app., 6 ottobre 2023, n. 269/2023, ha ribadito la legittimità della stipula di un contratto di comodato gratuito di un immobile pubblico, ove tale soluzione risulti vantaggiosa rispetto a forme di gestione diretta, anche alla luce degli obiettivi dell'Amministrazione correlati all'impiego dell'areale su cui sorge l'immobile stesso.

[20] Cfr. ancora CONSIGLIO DI STATO, *Relazione*, *loc. cit.*: "Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge (come ad es. quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di «*costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" o in materia di contratti derivati stipulati da Regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 62 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come modificato dall'art. 1, comma 572, l. 27 dicembre 2013, n. 147)". Già A.M. Sandulli,

alla tutela dell'utilità sociale[21]. D'altra parte, nei rapporti civili emergono nuovi limiti, anche intrinseci, all'autonomia privata, connessi al principio di giustizia contrattuale e al "nuovo intreccio fra esercizio dell'autonomia contrattuale e principio di uguaglianza sostanziale"[22], che ha condotto a prendere "atto del radicale e definitivo superamento dell'idea secondo la quale la libertà di determinazione del contenuto del contratto incontri solo limiti eccezionali ed analiticamente predeterminati dall'intervento del legislatore"[23].

Proprio queste considerazioni introducono il terzo profilo di novità presente nell'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023: il vincolo funzionale dell'autonomia contrattuale con il perseguimento delle finalità istituzionali della pubblica Amministrazione.

Anche questa statuizione legislativa costituisce la codificazione degli approdi di un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

Ancora di recente, infatti, gli studi che si sono occupati del tema hanno richiamato le indagini di Antonio Amorth[24] e Cesare Cammeo[25] per sottolineare che la pubblica Amministrazione deve impiegare gli strumenti privatistici ai quali ha accesso in forza della sua autonomia privata solamente per il perseguimento dei suoi scopi istituzionali, il che consente di qualificare quella stessa autonomia come eminentemente "funzionale"[26].

In questa prospettiva è stato affermato che le pubbliche Amministrazioni (e in particolar modo gli enti locali) sono limitati da "vincoli di tipo finalistico, nel senso che possono perseguire soltanto i fini che sono loro assegnati" nonché da "vincoli di tipo modale, vale a dire che possono effettuare spese con le modalità e nei limiti determinati dalla legge" e che tali limiti sono necessari al fine di valorizzare il ruolo degli enti locali quali "agenti per conto delle rispettive comunità, che non consente l'assunzione di iniziative non immediatamente riconducibili agli interessi collettivi o suscettibili di dar luogo allo sperpero del pubblico denaro"[27].

---

[21] Cfr. Corte cost., sent. n. 218 del 2021, in cui si afferma che la garanzia posta nel primo comma dell'art. 41 Cost. si estende all'autonomia contrattuale, che "*in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica*" di talché "*ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione» (sentenza n. 30 del 1965)*". Cfr. anche la sent. Corte cost., n. 56 del 2015, con nota di R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giur. Cost.*, 2015, 506 sgg. In dottrina v. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. Giustizia*, 2016, 4.

[22] E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1285.

[23] F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e princìpi*, in AA.VV., *Giurisprudenza per princìpi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto - L. NIVARRA, Torino, 2016, 219.

[24] In particolare, le *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455 sgg., ora in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, Milano, 1999, I, 271 sgg.

[25] C. CAMMEO, *I contratti della pubblica Amministrazione*, Firenze, 1937.

[26] V. anche M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 135: "sono i diritti positivi a stabilire la misura della funzionalizzazione, e le sanzioni per l'agire in eccesso alla funzione. […] per taluni enti pubblici esso [carattere di funzionalizzazione] è stabilito in modo rigidissimo".

[27] G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg.; T. GALLETTO, *Art. 1322*, cit., 488 sgg., § 3: "Salvo espresse eccezioni di diritto positivo, le p.a. hanno […] piena capacità di diritto privato nei limiti delle loro finalità istituzionali, come risulta anche dall'art. 11 l. 7.8.1990 n. 241, che, ammettendo la possibilità di concludere accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo tali accordi al regime

In termini ancora più radicali è stato affermato che il vincolo funzionale costituisce nient'altro che l'applicazione del principio di legalità che deve applicarsi anche all'attività di diritto privato dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli enti pubblici, pur possedendo capacità giuridica e d'agire, non sarebbero titolari di "piena autonomia privata", in quanto "la loro capacità giuridica e la loro capacità di agire devono ritenersi limitate all'ambito della funzione pubblica loro propria[28]. L'attività di diritto privato della p.A. sarebbe dunque "ontologicamente astretta" a un "duplice vincolo di scopo e di mezzi"[29].

In maniera analoga è stato affermato che la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato intende dare attuazione anche al principio di buon andamento della p.A. e che l'impostazione "pan-privatistica" dell'azione amministrativa sarebbe fatalmente destinata ad andare in crisi, atteso che l'"incomprimibile esigenza di legalità, imparzialità, efficienza/efficacia (e controllabilità/giustiziabilità) dell'azione amministrativa" comporta non solo l'"agire funzionalizzato", ma anche una "connotazione di specialità irriducibile al diritto privato"[30].

Più articolata e critica, invece, la posizione di altri commentatori. Alcuni hanno interpretato il vincolo funzionale in ragione delle finalità di cura dell'interesse pubblico attribuite dalla legge ai singoli plessi amministrativi, con ciò rilevandone la problematica applicazione. Di conseguenza, esso: *i)* avrebbe poco o punto rilievo per gli organi o enti che perseguono fini generali, "per i quali non è prevista preclusione di sorta alla legittimazione"; *ii)* sarebbe astrattamente cogente per gli enti che "presentano limiti legali o statutari […] per i quali vige il principio *nec ultra vires*"; *iii)* infine sarebbe altamente problematico per quegli enti a cui lo statuto o la legge assegnano una sfera competenziale non adeguatamente circoscritta[31].

Un principio chiaro in termini astratti, dunque, ma di difficile applicazione pratica, tanto che il suo precipitato potrebbe addirittura compendiarsi nel senso che "tutto ciò che non è vietato è consentito" e che sono leciti "tutti quei contratti che si presentino strumentali o complementari allo scopo dell'ente, sia pure genericamente inteso"[32]. In questo senso, dunque, il rilievo pratico del vincolo funzionale scolora e diventa sostanzialmente ripetitivo della previsione che fa salvi i divieti espressamente previsti dalla legge.

In termini non dissimili, pur prestando formale omaggio alla tesi della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, altri commentatori hanno sottolineato ulteriori elementi problematici. È stato sottolineato che l'attività amministrativa, anche in ragione della normativa sulla valutazione della *performance*[33], deve essere esaminata non riferendosi a singoli atti e singoli momenti dell'agire amministrativo, bensì considerando il conseguimento degli obiettivi

---

dei contratti, ha configurato una tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa di diritto pubblico e quella di diritto privato".

[28] Cfr. G. GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *Giust. Amm.*, 2011, 18.

[29] A. BERTI, *I contratti "derivati" degli enti pubblici tra autonomia negoziale e principio di legalità (considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 12 maggio 2020, n. 8770)*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 11 luglio 2020, 1 sgg.

[30] P. CARPENTIERI, L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità. Alcuni spunti di riflessione a margine della riforma della legge n. 241 del 1990, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2005.

[31] V. POLI, *Princìpi generali e regime giuridico*, cit.

[32] V. POLI, *Princìpi generali e regime giuridico*, cit.

[33] Cfr. il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, cfr. E. D'ALTERIO, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 570 sgg.

programmati in ragione delle risorse disponibili, sulla base di risultati controllabili e confrontabili. In questa prospettiva (usando il grandangolo e non il microscopio, se si consente la metafora), il perseguimento dell'interesse pubblico può consentire e talvolta addirittura esigere "la non immediata funzionalizzazione del singolo atto dell'amministrazione"[34].

1.3. Le indicazioni della giurisprudenza.

Con cautela vanno recepite anche le indicazioni della giurisprudenza.

Imprescindibile è il riferimento alla sentenza n. 10 del 2011 dell'Adunanza Plenaria. Nel negare all'Università di Venezia la possibilità di costituire "*una società avente ad oggetto l'erogazione di servizi contendibili sul mercato (nella specie, di «engineering»)*", l'organo di nomofilachia rafforzata della Giustizia amministrativa ha affermato che, per le Università, la "*riconosciuta e indiscussa autonomia organizzativa e finanziaria incontra il limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali*".

Va però osservato[35] che a questa petizione di principio la sentenza giustappone più ampie argomentazioni correlate all'esigenza di garantire l'equa concorrenza tra operatori pubblici e privati nel mercato, di talché la limitazione all'autonomia privata dell'ente pubblico sembra derivare più dalla necessità di presidiare il funzionamento del mercato che non dal vincolo funzionale che dovrebbe legare l'attività della p.A. agli interessi pubblici ad essa affidati.

Più di recente, invece, l'Adunanza Plenaria si è espressa in termini più netti, affermando che "*l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche*"[36].

Va però osservato che, diversamente dal caso della società costituita dall'Università di Venezia, quelle considerazioni non erano preordinate a verificare la legittimità di un contratto o di un atto negoziale o dispositivo, bensì a predicare la "*più generale immanenza dell'interesse pubblico*" nell'attività amministrativa, con la conseguenza che, "*laddove la finalità di pubblico interesse non risulta (o non risulta più) essere perseguita (o perseguibile) per il tramite del contratto, non può escludersi, in generale, che l'amministrazione possa intervenire sul rapporto insorto (ovvero sulle conseguenze di fatto di un rapporto comunque cessato) per il tramite dell'esercizio di poteri pubblicistici*". L'Adunanza Plenaria, dunque, ha seguito un percorso inverso da quello canonico: non dal provvedimento al contratto, ma dal contratto al recupero dell'esercizio dell'attività autoritativa e provvedimentale. Le affermazioni di principio

[34] A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1213; in termini analoghi F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 556: "Sicura funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ancorché svolta mediante l'esercizio di poteri privati, che non implica, tuttavia, funzionalizzazione del singolo episodio di attività amministrativa"; v. anche V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2002, Milano, 2003, 5 sgg.

[35] Proprio questo percorso argomentativo è stato criticato dai commentatori aderenti a una nozione "forte" di vincolo funzionale: cfr. G. GRÜNER, *Note minime*, cit., 17 sgg.

[36] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5 del 2020.

della sentenza sono nette, dunque, ma meno chiaro rimane il loro precipitato pratico ai fini che qui interessano.

Non mancano, poi, casi affatto particolari. Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha avuto modo di affermare che le agenzie regionali non hanno una capacità giuridica di agire che si estende per tutto il territorio nazionale, "*ciò in coerenza con la primaria funzione istituzionale che le viene riconosciuta quale ente pubblico non economico*"[37]. Anche in quel caso, però, il Giudice amministrativo richiamava l'esigenza di "*tutelare la corretta contendibilità degli ambiti di mercato, evitando situazioni di vantaggio riconducibili alla disciplina degli aiuti di Stato o ad interventi del settore pubblico che garantiscano posizioni di vantaggio a determinati operatori*".

Alla cautela induce anche la giurisprudenza costituzionale.

Nella sent. n. 326 del 2008 la Consulta ha scrutinato i ricorsi proposti da alcune Regioni avverso le disposizioni dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, intese a limitare il ricorso da parte degli enti territoriali alle società di diritto privato, nel senso che esse devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, senza svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati. La sentenza ha osservato che in virtù di tali previsioni "*Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza*". Tanto, al fine di "*evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*" e, in ultima analisi, di "*evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali*".

Questo orientamento è stato ribadito più volte dalla Corte costituzionale al fine di regolare il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni[38] ed è confortato anche dal diritto europeo (puntualmente richiamato anche dalla cit. sent. Ad. Plen., n. 10 del 2011) e, in particolare, dal divieto in capo agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, ai sensi dell'art. 106 TFUE[39].

[37] Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2994.

[38] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 251 del 2016, 227 del 2020 e 86 del 2022.

[39] Cfr. M. KELLERBAUER - T. MAXIAN RUSCHE, *Article 106 TFEU*, in M. Kellerbauer - M. Klamert - J. Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford Academic, New York, 2019, 1096: There will already be a breach of Articles 106(1) and 102 TFEU where a measure imputable to a MS gives rise to a risk of an abuse of a dominant position. This is the case where those state measures in question may affect the structure of the market by creating unequal conditions of competition between companies, namely by allowing the public undertaking or the undertaking that was granted special or exclusive rights to maintain (e.g. by hindering new entrants to the market), strengthen, or extend its dominant position over another market, thereby restricting competition, without it being necessary to prove the existence of actual abuse".

1.4. Una proposta applicativa

Il vincolo funzionale è dunque strumento di non facile impiego e alcuni argomenti ne consiglierebbero addirittura l'abbandono[40]. È una strada, però, oggi non più praticabile, atteso che esso è stato codificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023. È dunque necessario tentare di proporne un'interpretazione che abbia un rilievo pratico e che non si appiattisca sul rinvio ai divieti espressi fissati dal legislatore, specie per quanto concerne l'attività degli enti locali, ai quali è affidata la tutela degli interessi generali della comunità territoriale.

Due sembrano le possibilità aperte all'interprete.

La prima sta nell'affidarsi a un controllo di ragionevolezza delle motivazioni spese dall'Amministrazione negli atti prodromici all'assunzione del vincolo negoziale. In questo senso il nesso funzionale avrebbe anzitutto bisogno di un adeguato (rafforzato) apparato motivazionale, dal quale si evinca il nesso di consequenzialità (in termini di coerenza, non contraddittorietà, efficienza ed economicità) tra gli interessi pubblici affidati alla tutela dell'Amministrazione, l'opzione per lo strumento privatistico e, nel ventaglio di quelli disponibili, per uno specifico atto negoziale.

In maniera più rigorosa (e liberandosi dal *refugium peccatorum* del vaglio estrinseco di congruità della motivazione), sarebbe possibile verificare la legittimità dell'impiego dello strumento privatistico valutando come esso si inserisce nell'ambito dello svolgimento delle funzioni pubbliche attribuite al singolo ente.

Per quanto concerne gli enti locali, il rispetto del nesso funzionale può essere analizzato anzitutto valorizzando l'attribuzione, da parte dell'art. 117, comma 6, Cost., della potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite: se una funzione o un servizio pubblico è organizzato, regolato e pianificato dall'ente, può presumersi il rispetto del vincolo funzionale.

In secondo luogo, è possibile riscontrare il collegamento con le finalità istituzionali dell'ente attraverso gli indici di valutazione della *performance* dell'Amministrazione stabiliti dal d.lgs. n. 150 del 2009. In questo caso è l'inserimento dello strumento privatistico nell'ambito di un flusso di attività a garantire il rispetto del nesso funzionale, nel senso che l'Amministrazione può arrivare a spendere la sua autonomia contrattuale solo dopo aver definito gli obiettivi da raggiungere, le risorse da impiegare, i risultati *medio tempore* attesi e le modalità di rendicontazione dei risultati. Al di là della mera "conformità alla legge", la trasparenza dei processi decisionali, la predeterminazione degli scopi e del risultato dell'attività amministrativa e la formazione graduale delle decisioni amministrative[41] consentono di rispettare la generale

[40] Cfr. S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 101: "Per la verità, non è chiaro che cosa debba intendersi con l'espressione funzionalizzazione ai principi di diritto pubblico".

[41] Su questi fattori quali strumenti attuativi del principio di buon andamento della p.A. e di elementi che possono essere impiegati nel giudizio di legittimità dell'Amministrazione insiste A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità ed amministrazione di risultati*, Atti del Convegno dal medesimo titolo (Palermo, febbraio 2003), a cura di A. POLICE e M. IMMORDINO, Torino, 2004, 101 sgg. (cfr. 121: l'evoluzione normativa "ha consentito di attribuire giuridica rilevanza, se non una vera e propria preferenza, al conseguimento del risultato ed ha concorso a spostare il baricentro dell'attenzione (anche del giudice amministrativo) sul conseguimento del risultato"; v. anche ID. *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1996, 697 sgg.

capacità negoziale della pubblica Amministrazione, al contempo scongiurando gli eccessi di sperimentalismo difficilmente riconducibili al pubblico interesse.

La riflessione sull'autonomia privata incrocia qui, per una pluralità di prospettive, quella relativa alla gestione del bilancio pubblico. In primo luogo, è condivisa, risalente e convincente la riflessione che il primo e fondamentale limite che incontra l'esercizio dell'autonomia privata da parte dell'Amministrazione è il rispetto della disciplina in materia di contabilità degli enti pubblici. Essa, infatti, fissa ineludibili *pattern* procedimentali e, in attuazione dell'art. 119 Cost., fissa un limite agli strumenti negoziali che per l'Amministrazione può stipulare a pena d'invalidità[42]. In secondo luogo, il bilancio costituisce un fondamentale strumento organizzativo della p.A.[43], di talché, se lo strumento negoziale trova un legittimo riferimento nei documenti di bilancio, si può presumere la sussistenza di un adeguato nesso funzionale. In questo senso converge la giurisprudenza costituzionale sul ciclo di bilancio come "bene pubblico" e cioè quale "*insieme di documenti capaci di informare con correttezza e trasparenza il cittadino sulle obbiettive possibilità di realizzazione dei programmi e sull'effettivo mantenimento degli impegni elettorali, «onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività*»" nonché "*funzionale «alla valorizzazione della democrazia rappresentativa»*"[44]. Se i documenti di bilancio devono poter mostrare alla cittadinanza i programmi di gestione della cosa pubblica, è anzitutto in tali atti che va trovato l'antecedente logico-giuridico dell'esercizio dell'autonomia privata. Di conseguenza, è anzitutto attraverso lo strumentario di controlli sulla gestione del bilancio che è possibile sorvegliare il corretto utilizzo dello strumento privatistico da parte della pubblica Amministrazione.

---

[42] G. DELLA CANANEA, La legittimazione contrattuale degli enti locali, cit., 533 sgg. Al tema dell'invalidità del contratto per incompatibilità con la disciplina di contabilità sono dedicati diversi passaggi dei paragrafi che seguono, spec. 2.1, 3 e 4.

[43] V. S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario alla costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, *La Formazione delle Leggi*, Bologna-Roma, Il Foro Italiano, 1979, 219: la legge di bilancio rappresenta "annualmente un vero e proprio atto di organizzazione dell'attività finanziaria dello Stato, le cui singole previsioni non [stanno] ciascuna per proprio conto, quasi che il loro rilievo funzionale si esaurisse nel solo rapporto con i relativi adempimenti (successivi) collegati alle procedure dell'entrata e della spesa". In termini analoghi v. S. BUSCEMA, *Bilancio dello Stato*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 451 ss.

[44] Le citazioni sono tratte, rispettivamente, da Corte cost., sentt. n. 165 e 190 del 2023; v. anche Corte cost., sentt. nn. 168 del 2022, 51 e 18 del 2019, 247 e n. 80 del 2017, 184 del 2016; sul bilancio come "bene pubblico" v. M. DEGNI - P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico*, in *Menabò di etica ed economia*, 2017; nonché, più diffusamente, nel volume monografico *Il bilancio è un bene pubblico: potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017, spec. 39 sgg.; L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 2018; G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 12; ID., *Il bilancio come strumento di governo delle politiche pubbliche tra stato e regioni*, in *Riv. Corte conti*, 2018, 5-6, 312; ID., *Editoriale*, in *Riv. Corte conti*, 2023, 1, I, ("il sistema sinergico dei controlli sulla finanza pubblica affidati alla Corte dei conti assicura la tutela del bilancio come "bene pubblico" (Corte cost. n. 184/2016), in quanto consente di verificare come sono state utilizzate le risorse rispetto ai programmi e agli impegni assunti dagli amministratori pubblici di fronte al corpo elettorale, così concorrendo a garantire il principio della responsabilità di mandato)" C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio "condizionato" del mandato elettivo - Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa*, in *Costituzionalismo.it*, 107 sgg. Aderisce alle *rationes decidendi* della Corte costituzionale compendiate nella formula del bilancio come "bene pubblico" ma critica con argomenti convincenti la correttezza dogmatica della formula stessa L. MOLLICA POETA, *Recensione a E. Cavasino, Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Oss. AIC*, 2021, 456 sgg.

Più stringente, invece, è il vincolo di legge posto per la detenzione di quote societarie e per la costituzione di società partecipate, ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica - TUSP), che richiede che le società partecipate siano "*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*" (comma 1) e elenca tale finalità nel catalogo chiuso (comma 2), altresì prescrivendo che una o più voci di quell'elenco debbano essere richiamate dall'oggetto sociale e che le società stesse non possano, in linea di massima, operare come *holding*, a meno che non abbiano come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali (comma 5)[45]. Come è stato efficacemente osservato, nel caso delle società a partecipazione pubblica la legge richiede un doppio vincolo, di scopo e di attività[46]. Va però osservato che questa maggiore rigidità non è coessenziale all'impiego dello strumento privatistico da parte della p.A., bensì rappresenta un preciso orientamento di politica legislativa resosi necessario per il perseguimento di obiettivi di contenimento e governo della spesa pubblica da parte degli enti territoriali[47], oltre che per evitare indebite chiusure del mercato all'intervento concorrenziale dei soggetti privati[48]. Proprio la specialità (l'eccezionalità) della disciplina sulle società partecipate indica ch'essa non vale per gli altri casi d'impiego dello strumento privatistico.

2. I vizi dello strumento privatistico della pubblica Amministrazione.

La codificazione del nesso funzionale tra l'attività di diritto privato e le finalità istituzionali dell'Amministrazione induce a interrogarsi sui vizi dello strumento privatistico della p.A. In particolare, due sono i quesiti che emergono. Il primo è se sussistano dei vizi "propri" o "speciali" dell'atto negoziale dovuti alle caratteristiche dell'autonomia privata della p.A. Il secondo è in che modo i vizi di legittimità degli atti amministrativi propedeutici possono comportare vizi dell'atto negoziale.

---

[45] Per una disamina del tema con ampi riferimenti giurisprudenziali v. S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica al cospetto della giurisdizione contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 1 sgg.

[46] P. ALGIERI, *I presupposti dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nel Testo unico delle società partecipate*, in *Ist. del Fed.*, 2020, 926.

[47] Cfr. Corte cost., sent. n. 201 del 2022: "*L'art. 4, commi 1 e 2, TUSP* [è] *ritenuto da questa Corte non solo attinente alla materia «ordinamento civile», ma anche portatore di «profili di coordinamento finanziario e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione» (sentenza n. 86 del 2022), ha stabilito specifici vincoli ai quali le amministrazioni pubbliche devono attenersi*".

[48] V. ancora la sent. Corte cost., n. 201 del 2022: "*il fenomeno delle società a partecipazione pubblica – che ha consentito anche significative innovazioni dell'intervento pubblico – si era sviluppato in modo esponenziale, con amministrazioni che vi avevano fatto ricorso in modo indiscriminato, anche per lo svolgimento di attività non riconducibili ai loro fini istituzionali, con il pregiudizievole effetto di chiudere, senza ragione, alla concorrenza determinati mercati, e, comunque, molto spesso senza rispetto dei criteri di economicità ed efficienza, con conseguenti gravi disavanzi e oneri per la finanza pubblica*". Analogamente la Corte dei conti. Tra le tante deliberazioni si v. il "documento per l'audizione sulla «Proposta di legge n. 712 […]»" adottato con del. SRC 24 ottobre 2018, N. 17/SSRRCO/AUD/18.

2.1. L'incapacità della p.A.

Il primo profilo della questione si è posto in riferimento all'ampio contenzioso concernente la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati da parte degli enti locali.

Come è noto, la questione è stata al centro di un complesso itinerario legislativo[49], avviato con l'art. 41 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, che consentiva agli enti locali di emettere titoli obbligazionari e contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito, o previa conclusione di swap per l'ammortamento del debito. La medesima previsione consentiva gli enti locali la ristrutturazione dei mutui contratti successivamente al 1996 attraverso l'emissione di obbligazioni e l'accensione di un nuovo mutuo assistito dal derivato. Ancora, l'art. 41 delegava il Ministero dell'Economia e delle Finanze a adottare un regolamento per la disciplina dell'utilizzo dei derivati da parte degli enti locali. Il decreto del MEF imponeva la sottoscrizione di uno "*swap di tasso di cambio*" e individuava una pluralità di operazioni in derivati disponibili per gli enti locali[50]. Successivamente, l'art. 1, comma 572, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, vietava espressamente le operazioni con derivati agli enti locali.

In questo contesto le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la notissima sent. 12 maggio 2020, n. 8770, hanno dichiarato che, anche nel periodo di vigenza dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, "*il potere contrattuale degli enti locali incontrava sicuri limiti*", e cioè: *i)* "*il derivato per essere ammissibile, doveva essere economicamente conveniente essendo vietato concludere derivati speculativi*"; *ii)* alle pubbliche Amministrazioni è preclusa, in via generale, la stipulazione di contratti aleatori; *iii)* la legge del 2001 costituiva disposizione eccezionale, "*avendo reso i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'amplissimo e medesimo* genus*)*"; *iv)* l'ente locale poteva procedere solo alla stipula di derivati "*di copertura*"; *v)* la valida sottoscrizione del derivato richiedeva la misurabilità e determinazione dell'oggetto attraverso l'indicazione della "proiezione finanziaria", ovverosia del "metodo di stima del costo di sostituzione", c.d. "*mark to market*", nonché degli scenari probabilistici e dei costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e rendere evidente all'ente ogni aspetto di aleatorietà del rapporto; *vi)* la c.d. "clausola di *upfront*" qualifica l'operazione come ricorso

[49] Per una compiuta ricostruzione si v. A.M. GAROFALO, *La High Court e i derivati del Comune di Venezia (ovvero: il problema degli swap degli enti locali e la mentalità del giurista di common law)*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2023, 325 sgg. Parla di "*percorso normativo* […] *tormentato e non sempre lineare*" Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770. Correttamente, dunque, è stato osservato che il ricorso ai derivati non è stata l'alzata d'ingegno della dirigenza politica degli enti locali, bensì una vera e propria sollecitazione del Governo. In questo senso D. ROSSANO, *Gli swap e la gestione della finanza pubblica nella giurisprudenza civilistica e della corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 40 sgg.: "gli enti comunali hanno, di sovente, fatto ricorso a strumenti finanziari derivati con l'obiettivo di coprire i rischi derivanti dalla ristrutturazione del debito".

[50] Cfr. d.m. MEF 01/12/2003, n. 389, in G.U. 4 febbraio 2004, n. 28.

all'indebitamento[51] e richiede, di conseguenza, l'approvazione da parte dell'organo assembleare dell'ente locale[52].

Ci si è allora chiesti se queste statuizioni sono tali da ricostruire una fattispecie di vizio derivante da una limitazione strutturale dell'autonomia privata dell'Amministrazione pubblica. Ulteriori suggestioni in questo senso sono arrivate dalle pronunce rese dalla High Court of Justice di Londra sulla validità di strumenti finanziari derivati sottoscritti da enti locali italiani ma regolati dal diritto inglese, pronunce che hanno avuto una vasta eco in Italia[53]. La Corte di Londra, infatti, ha giudicato la questione sulla base della dottrina del *nec ultra vires*, che ritiene la capacità d'agire degli enti pubblici o privati perimetrata dalla legge e/o dai rispettivi statuti pubblici o privati[54]. In questa prospettiva, la High Court, nelle tre vicende, ha verificato se, alla luce dell'art. 119 della Costituzione, gli enti locali fossero legittimati a sottoscrivere strumenti

---

[51] Approdo, questo, già maturato nella giurisprudenza contabile: cfr. C. Conti, *Analisi sul fenomeno dell'indebitamento in un campione di enti locali*, documento per la Comm. Progr. Ec. Senato della Repubblica, novembre 2004, 24: la corresponsione di una somma a titolo di clausola di *upfont* costituisce "*una di quelle «forme di ricorso al mercato finanziario» previste dall'art. 199, lett. g), del TU 267/2000 a sostegno degli investimenti, la quale richiede il rispetto delle medesime condizioni e vincoli stabiliti per ogni forma di ricorso a indebitamento. Da escludere perciò la sua destinazione a spesa corrente*"; cfr. C. Conti, SCR Lombardia, 26 ottobre 2007, n. 596: "*la previsione dell'erogazione di tale importo* [upfront] *che, se non integralmente, per lo meno in parte dovrà essere restituito all'operatore finanziario in sede di regolazione dei rispettivi flussi configura un finanziamento all'ente che, 17 pertanto, sia nell'utilizzo che nella classificazione in bilancio deve tenere conto del disposto dell'art. 119 Cost. Si tratta di una forma di indebitamento* […]"; cfr. ancora C. Conti, SCR Lombardia, *Relazione sulla gestione della regione Lombardia per l'esercizio 2012*; *contra*, però, v. C. Conti, Sez. giurisd. Sicilia, sent. 7 agosto 2006, n. 2376, s.m. in *CED Cassazione*, 2006: "*Nella ipotesi in cui un ente locale proceda alla rideterminazione del residuo debito di precedenti mutui contratti a tasso fisso, mediante un'operazione finanziaria di «*interest rate swap *con* cap *e* upfront*», non sussistono i presupposti per la applicazione della sanzione prefigurata dall'art. 30 comma 15° legge n. 289/2002, poiché il contratto di swap è un accordo mediante il quale si sostituisce il tasso fisso degli interessi con un tasso variabile, e quindi non costituisce una forma di ulteriore indebitamento per il pagamento di spese diverse da quelle d'investimento*".

[52] Sui profili più strettamente civilistici e attinenti alla ricostruzione dei contratti derivati della sent. Sez. Un., n. 8870 del 2020, v. M. LEMBO, *Il recente orientamento giurisprudenziale in tema di contratti derivati anche in relazione alla disciplina comunitaria. focus su scenari di performance e mark to market*, in *Dir. Comm. Int.*, 2021, 162 sgg.; per i medesimi profili con riferimento alla giurisprudenza successiva v. A. ALTIERI, *Nullità strutturale, costi occulti e derivati (Interest Rate Swap)*, Nota a Cass. civ., Sez. I, 1° marzo 2023, 167, in *I Contratti*, 2023, 167 sgg.

[53] Si tratta dei casi EWHC 2586 (comm), *Intesa Sanpaolo SPA and Dexia Crediop SA v. Comune di Venezia* [2022], in *Questa Rivista*, 2023, 119 sgg. con Nota di P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati. riflessioni a margine di un recente caso inglese*; EWHC 2706 (comm), *Deutsche Bank AG London v Comune di Busto Arsizio* [2021], in *Le Società*, 2022, 603, con Nota di P. DE GIOIA CARABELLESE - M. LEMBO, *I derivati italiani visti dal common law inglese (e dal British statute). Una analisi della decisione della High Court sul contratto speculativo "Busto Arsizio v Deutsche Bank"*; EWHC 2410 (Comm), *Dexia Crediop SpA v Provincia di Pesaro e Urbino* [2022], con Nota di C. ROSS - R. BAKER, *Italian swaps saga continues in Dexia Crediop SpA v Province of Pesaro e Urbino*, in *Lexology*, 2022. V. anche M. DE PAMPHILIS, *La questione della validità dei contratti derivati IRS conclusi dai comuni italiani nello specchio della giurisprudenza inglese*, in *Pactum*, 2023. Il testo integrale delle tre decisioni è accessibile sul database del British and Irish Legal Information Institute, www.bailii.org.

[54] Cfr. G. DELLA CANANEA, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*, cit., 533 sgg.; S. GUINDI, *Hazell v. Council of the London Borough of Hammersmith and Fulham and others*, in *The Int. Lawyer*, 1991, 25/4, 1038: annotando il *landmark case Hazell*, l'A. osservava che "This requirement of specific authority is peculiar to cases similar to this one in which the party can do only those things specifically authorized by law and in which the doctrine of ultra vires may be invoked". Si v. anche P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati*, cit., 126, il quale rammenta che il difetto di *capacity* non può essere sanato dagli *stakeholders*; per un approfondimento sul tema si rinvia ai contributi ivi citati.

finanziari derivati[55]. Per il diritto inglese, dunque, i contratti derivati sono e rimangono validi, in quanto quell'ordinamento non conosce il vizio derivante dalla mancanza di "causa" del contratto, né può mutuarlo dal diritto italiano per il solo fatto che lo stipulante è un ente locale italiano. Nondimeno, in ragione del difetto di *capacity*, una parte può attivare il rimedio della *restitution*[56].

In disparte il fatto che in più occasioni la giurisprudenza ha escluso la vigenza della dottrina nel *nec ultra vires* nel diritto italiano[57], la giurisprudenza nazionale che si è confrontata con la questione dei derivati non offre elementi per "importare" la dottrina anglosassone.

A ben vedere, infatti, la sentenza n. 8770 del 2020 ha ritenuto nulli i contratti allora oggetto di causa non sulla base di una limitazione della capacità giuridica degli enti locali, bensì per difetto di una adeguata caratterizzazione causale ovverosia perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile). Nella sentenza, poi, vi sono plurimi richiami all'incompatibilità dei derivati non "di copertura" con l'art. 119 Cost. e con l'ordinamento contabile nazionale. In primo luogo, la Suprema Corte ha richiamato la sent. Corte cost., n. 52 del 2010, osservando che "*il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, dell'art. 119 Cost., commi 4 e 6, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento*"[58]. In secondo luogo, la sentenza rileva che l'aleatorietà del contratto "*costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo*

---

[55] Questione a cui non è stata data univoca soluzione, atteso che nel caso *Busto Arsizio* la Corte ha stabilito che "*Article 119 does not per se prohibit Italian local authorities from entering into derivative contracts of a «speculative nature»*" (§ 195). Nel caso *Venezia*, invece, la Corte ha affermato che "*Venice lacked capacity to enter into the Transactions on the basis of the Speculation and Indebtedness Arguments, with the result that they are void and unenforceable as a matter of English law*" (§ 463). Quanto al caso *Provincia di Pesaro e Urbino*, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 119 Cost. anche perché in quel contratto difettava la clausola di finanziamento *upfront*.

[56] Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati*, cit., 123.

[57] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656: "*Nel nostro ordinamento non vige il sistema del* nec ultra vires *(che caratterizza invece l'attività delle persone giuridiche di diritto pubblico nel sistema anglosassone) e, pertanto, sia le persone giuridiche pubbliche che private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti*"; nella giustizia amministrativa v. Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 1989, n. 1838, s.m. in *Riv. Trim. Appalti,* 1990, 1065: "*Non esistendo nell'ordinamento italiano il principio del* nec ultra vires*, deve ritenersi che tutte le persone giuridiche, sia private che pubbliche, abbiano la medesima capacità giuridica e che pertanto anche la p. a. sia legittimata a porre in essere contratti, come la compravendita di cosa futura, pur se lo stesso esce dagli ordinari moduli di contrattazione disciplinati dalla legge di contabilità dello stato*"; in termini anche TAR Umbria Sez. I, sent. 23 maggio 2013, n. 303.

[58] Va peraltro osservato che la citazione della sent. n. 52 del 2010 pecca di rigore. In quella sentenza, infatti, la Corte costituzionale rilevava che "*le nozioni di «indebitamento» e di «investimento» non possono essere determinate a priori in modo assolutamente univoco*" e che "*Spetta, dunque, allo Stato, con determinazione non manifestamente irragionevole, definire, in relazione ai diversi contesti che possono venire in rilievo, il significato delle espressioni in esame*". In questa prospettiva, la Consulta affermava che "*il legislatore, con il divieto, sia pure temporaneo, di stipulare contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, ha evidentemente ritenuto che tale attività, potendo avere natura altamente rischiosa, dato il suo carattere intrinsecamente aleatorio, non possa essere qualificata quale attività di investimento*". Sulla sentenza, v. A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 1116 sgg., nonché, per i diversi profili del riparto di competenze tra Stato e Regioni e del sistema delle fonti, I. CIOLLI, *La "*supremacy clause *all'italiana". Regioni e strumenti finanziari derivati davanti alla corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011; D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in *Consulta on-line*, 2010.

variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa". In questa prospettiva, la sentenza, oltre alla citata disposizione costituzionale, richiama *i)* l'art. 202 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - TUEL), che consente il ricorso all'indebitamento nelle sole forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti; *ii)* l'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, a tenor del quale "*Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli*"; *iii)* l'art. 3, commi 16 e 17, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, di attuazione dell'art. 119 Cost., che individuano le operazioni qualificate come "indebitamento". Se il caso è risolto sulla base della ritenuta nullità strutturale dei contratti manchevoli di adeguato profilo causale, è evidente che la Corte prospetta plurime ipotesi di nullità testuale o virtuale delle operazioni con derivati non "di copertura".

S'aggiunga che la sentenza invita a un esame dei contratti derivati "*condotto caso per caso, attraverso un approccio concreto*", metodologia che mal si coniuga con l'astratto difetto di capacità di essere parte di una classe di strumenti negoziali[59].

Anche la Corte dei conti si è limitata ritenere "nulli per indeterminabilità dell'oggetto" i contratti derivati stipulati dagli enti locali non riconducibili ai derivati di copertura, recependo le indicazioni della giurisprudenza civile[60].

Va infine richiamata la sent. Cons. Stato, 30 giugno 2017, n. 3174, in cui il Consiglio di Stato, nel valutare la legittimità degli atti amministrativi preliminari alla stipula di un derivato, sottolineava il divieto, posto dall'art. 41, comma 2, della l. n. 448 del 2001, di ricorrere agli *swap* in funzione diversa dalla copertura dei rischi di tasso sul loro indebitamento.

In conclusione sul punto, dall'esame della giurisprudenza non si rinviene traccia alcuna di un vizio d'invalidità dello strumento di diritto privato derivante dalle caratteristiche intrinseche dell'autonomia dell'Amministrazione pubblica. I vizi dell'atto negoziale della p.A. sono gli stessi degli atti stipulati *inter privatos*, in maniera coerente con il riconoscimento dell'eguale forma di autonomia negoziale[61].

---

[59] Analogo modello d'indagine è ribadito in Cass. civ., Sez. I, ord. 1° luglio 2022, n. 21008, in cui di bel nuovo si afferma che i motivi d'invalidità della stipulazione del derivato possono essere rinvenuti nel difetto di causa o nella sua illiceità. Si v. anche Cass. civ., Sez. I, sent. 6 settembre 2021, n. 24014, in cui la Corte richiama la consulenza tecnica d'ufficio effettuata nelle sedi di merito "*per indagare intorno ai profili finanziari ed economici dell'intera operazione, allo scopo di poterne individuare la causa concreta, come pure la meritevolezza degli interessi alla stregua della ricerca, di esito positivo, circa l'esistenza di un'effettiva funzione e idoneità del derivato stesso a fungere da copertura dei rischi finanziari derivanti dal contratto di leasing nel contempo concluso*". In termini non dissimili si vedano anche Cass. civ., Sez. I, ord. 7 luglio 2022, n. 32705; ord. 10 agosto 2022, n. 24654. Per un esame del seguito giurisprudenziale della sent. n. 8770 del 2020 v. G. DELLA CANANEA, *La Cassazione, i derivati e gli enti pubblici: verso una giurisprudenza costante (osservazioni a margine di Cass. civ., sez. I, sentenza 29 luglio 2021, n. 21830)*, in *Questa Rivista*, 2022, 10 sgg.

[60] Cfr. C. Conti, SCR Lazio, Del. n. 120/2021/PRSE; Del. n. 42/2022/PRSE; SCR Lombardia, del. n. 67/2022/PRSE. Si v. poi C. Conti, Sez. giurisd. Lombardia, sent. n. 221 del 2022, in cui si afferma che la clausola "*Additional Early Termination - ATE*" non incide sulla clausola dei contratti e si ribadisce che l'operazione, a pena di nullità della pattuizione conclusa, deve "*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*".

[61] T. GALLETTO, *Art. 1322*, cit., 488, § 33: "L'invalidità dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione è regolata dalle pertinenti norme codicistiche". Si aggiunga che anche per gli accordi integrativi o sostitutivi del

2.2. I vizi derivanti dagli atti amministrativi propedeutici

Veniamo, ora, alla questione dei vizi dell'atto negoziale derivante da quelli degli atti amministrativi propedeutici. Il tema, vastissimo, sarà esaminato solo per cenni e negli stretti limiti dell'oggetto qui in esame.

Tradizionalmente la dottrina e la giurisprudenza della Corte di cassazione sostenevano che gli atti amministrativi che precedono l'adozione di atti negoziali di diritto privato della p.A. "sono mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente e pertanto i loro vizi si traducono in vizi della volontà e comportano l'annullabilità del contratto, deducibile soltanto dall'ente pubblico medesimo"[62] ai sensi dell'art. 1441 cod. civ. Questa ricostruzione è stata abbandonata in favore della nullità del contratto, in ragione degli insussistenti riscontri di diritto positivo e della considerazione che le disposizioni sull'evidenza pubblica e in generale sul procedimento di selezione del contraente non sono poste solo a tutela dell'Amministrazione pubblica, ma di tutti gli operatori economici che operano in regime di concorrenza, nonché della *par condicio* dei soggetti amministrati[63]. L'esigenza di tutela del terzo di buona fede ha fatto emergere la tesi dell'inefficacia sopravvenuta del contratto[64] che ha poi lasciato spazio alla ricostruzione del problema in termini della caducazione automatica del contratto[65].

Il codice del processo amministrativo ha posto fine al dibattito sancendo la preferenza per l'inefficacia del contratto, con la precisazione che la dichiarazione d'inefficacia non è automatica né necessariamente pronunciata dal Giudice amministrativo, il quale può mantenere gli effetti del contratto "*qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale*" lo imponga[66]. In caso di dichiarazione d'inefficacia, poi, al Giudice è consentito statuire se essa opera *ex tunc* o *ex nunc*[67] e comunque delimitare l'arco temporale dell'invalidità[68]. È da ritenersi che l'esigenza di protezione dell'interesse pubblico giustifichi la preferenza per la sanzione dell'inefficacia, strumento di maggiore duttilità di fronte all'ampio

---

provvedimento amministrativo si sostiene l'applicabilità dei comuni rimedi privatistici: cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1004.

[62] G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, cit.; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1475; E. GIANNANGELI, *L'autonomia contrattuale*, cit., 21.
v. Cass. civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 570.

[63] Cfr. M. LIPARI, *L' annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003, 245; F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia*, in *Corr. Giur.*, 2004, 672; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm*., 2003, 645.

[64] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169 e n. 27170; 18 luglio 2008, n. 19805: "*seppure gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità, i primi condizionano l'efficacia dei secondi*".

[65] Cfr. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 797 sgg.; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3719 sgg.; F. FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. Amm.*, 2004, 837.

[66] Art. 121, comma 3, cod. proc. amm.

[67] Art. 121, comma 2, cod. proc. amm.

[68] Cfr. artt. 121 e 122 cod. proc. amm.

ventaglio di imprevedibili casi concreti che si presentano nella pratica quotidiana del *procurement*.

Veniamo ora all'altro settore chiave di esercizio dell'autonomia negoziale, ovverosia la costituzione o la detenzione di partecipazioni in società di diritto privato. Nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo previsto nel precedente art. 5 o nel caso in cui tale atto deliberativo sia dichiarato nullo o annullato, l'art. 7, comma 7, del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, prevede che le partecipazioni siano liquidate in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-*ter*, comma 2, cod. civ. e attraverso il procedimento di cui all'articolo 2437-*quater* codice civile. È fatto comunque salvo il potere di alienare la partecipazione pubblica. Il medesimo comma 7 prevede, altresì, che, se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 2332 cod. civ., e cioè viene dichiarata la nullità della società e si avvia il procedimento di liquidazione.

In questo caso, dunque, la nullità dell'atto negoziale costituisce l'esito ordinario del vizio dell'atto propedeutico, ma non mancano ipotesi alternative in cui il vizio non dell'attività amministrativa non produce effetti sulla validità dell'attività di diritto privato.

Addirittura in caso di adozione delle misure di prevenzione antimafia di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 o dell'informazione antimafia interdittiva negativa di cui all'art. 91 del medesimo decreto delegato, la legge non prevede la caducazione necessaria dell'atto negoziale già adottato dalla p.A. L'art. 94, comma 2, del codice antimafia, infatti, prevede che le pubbliche Amministrazioni "*recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*". Il successivo comma 3, però, soggiunge che le Amministrazioni "*non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*". L'art. 96, poi, consente alle associazioni e ai raggruppamenti d'imprese che siano appaltatori dell'Amministrazione di sostituire l'operatore economico attinto da informazione interdittiva senza effetti sulla validità del contratto. Tali previsioni sono di particolare rilievo, considerato il vigore degli strumenti amministrativi (ma sostanzialmente para-penali) di contrasto alla criminalità organizzata regolati dal codice antimafia.

Al di là delle disposizioni che, di bel nuovo, in considerazione dell'interesse pubblico, giustificano il mantenimento degli effetti del contratto, esaminiamo sinteticamente il caso ordinario in cui lo strumento negoziale risente dell'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

Come è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria nella sent. n. 23 del 2020, il soggetto attinto dall'interdittiva sconta una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico che lo rende appunto incapace di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive attive nei confronti della Pubblica Amministrazione. Tale forma d'incapacità è posta a tutela di interessi costituzionalmente garantiti "*in equilibrata ponderazione tra libertà di impresa e tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale*". Ove questa forma d'incapacità sopravvenga alla stipula del contratto, precisa la pronuncia, "*non possono che manifestarsi in termini di nullità sia i provvedimenti amministrativi rilasciati (per difetto di un*

elemento essenziale del medesimo, ex *art. 21*-septies *L. n. 241 del 1990), sia il contratto stipulato con soggetto incapace*".

Nondimeno, la legge prevede che la revoca dei provvedimenti che hanno concesso benefici e il "recesso" dal contratto. La citata sentenza dell'Adunanza plenaria ha affermato che il legislatore avrebbe impropriamente fatto riferimento all'istituto del recesso, che mal si attaglia al fatto che il contratto stipulato senza previo rilascio di informazione antimafia positiva è sottoposto a "*condizione risolutiva*", *ex* art. 88, comma 4-*bis*. Più che recedere, dunque, l'Amministrazione si limiterebbe a dichiarare l'intervenuta risoluzione del contratto.

Per quanto qui d'interesse, allora, si deve osservare che: *i)* la dichiarazione dell'intervenuta risoluzione del contratto è cosa diversa dall'accertamento (meramente dichiarativo) della sua nullità; *ii)* paradossalmente, la sanzione, ritenuta più grave, della risoluzione è compatibile con l'assenza di vizi genetici o sopravvenuti del contratto, mentre il recesso li presuppone. Nella sistematica codicistica, infatti, il recesso è strumento adatto a "*consentire alla parte di impugnare il contratto per la presenza di vizi originari o sopravvenuti (recesso come mezzo di impugnazione)*"[69], mentre la risoluzione si produce anche nel caso di giuridica impossibilità sopravvenuta della prestazione pattuita[70].

Tirando, anche per questo profilo, sommarie conclusioni, è possibile affermare che l'ordinamento non prevede un unico e generale effetto viziante o caducante nei confronti dell'atto negoziale in caso di vizi degli atti propedeutici, né impedisce la conservazione del contratto e dei suoi effetti. Tanto costituisce ulteriore conferma della tendenziale indipendenza degli atti della serie pubblicistica e di quella privatistica con riferimento alla loro validità e dell'equiparazione dell'autonomia contrattuale della p.A. a quella dei soggetti privati.

3. Autonomia privata degli enti locali e vincoli di finanza pubblica.

Anche i vincoli di finanza pubblica che s'impongono alla gestione degli enti locali possono determinare vizi degli atti negoziali. Come è noto, la riforma dell'art. 119 Cost. approvata con la l. cost. n. 3 del 2001 ha codificato la c.d. "golden rule" per l'indebitamento degli enti territoriali, stabilendo che le Regioni e gli Enti locali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, rimanendo preclusa la possibilità la assunzione di prestiti per far fronte a spese di diversa natura, oltre che la prestazione di qualsiasi forma di garanzia da parte dello Stato.

La l. cost. n. 1 del 2012 ha ulteriormente irrigidito la disciplina del ricorso all'indebitamento, con la prescrizione che la contrazione del debito debba intervenire previa definizione del piano di ammortamento e che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio[71].

---

[69] Cfr. G. DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino , 1997, ed. inf.; M. AMBROSOLI, *Recesso (I Agg.)*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 2014.

[70] Cfr. Cass. civ., Sez. I, ord. 23 novembre 2021, n. 36329; Sez. II, sent. 23 settembre 2019, n. 23564.

[71] Per l'evoluzione dell'art. 119 Cost. v. G. DELLA CANANEA, *Art. 119*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino , 2004, ed. inf.; M. CECCHETTI, *Articolo 119*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Bologna, 2018, Vol. II, 375; ID., *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia Regionale*, in *Federalismi.it*, 2012.

È stato osservato che l'art. 119 Cost., in maniera convincente definito "norma di tipo permissivo condizionato", per un verso ha recepito la preferenza, emersa in una parte della scienza economica e già consolidatasi nella prassi di lavoro della Commissione europea nell'esercizio delle prerogative di supervisione dell'andamento macroeconomico degli Stati membri, per le spese d'investimento, ritenute spese di maggiore "qualità" perché capaci di produrre ulteriore ricchezza per il sistema economico, dunque maggiormente meritevoli di sottoporre il settore delle pubbliche Amministrazioni all'onere del debito[72]. Per altro verso, però, esso viene incontro alle forti preoccupazioni che l'autonomia di spesa degli enti territoriali potesse rivelarsi fattore di criticità per il conseguimento degli obiettivi fissati dall'Unione europea sul contenimento del deficit del settore pubblico, così rivelandosi non tanto norma conformativa dell'intervento economico degli enti pubblici, quanto precetto di centralizzazione e controllo dell'Amministrazione locale[73]. In questa prospettiva è stato notato che la novella del 2012, tramite il riferimento alla necessità di un piano d'ammortamento per le operazioni d'indebitamento, tende ad assicurare maggiore trasparenza quanto all'impegno finanziario assunto dall'ente locale[74].

Il precetto costituzionale è stato oggetto di specifica attuazione dall'art. 10 della legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243, d'attuazione del riformato art. 81 Cost. Ivi si prevede che il piano d'ammortamento deve avere durata non superiore alla vita utile dell'investimento, deve evidenziare l'incidenza delle obbligazioni assunte su ciascuno degli esercizi finanziari futuri dell'ente nonché le modalità di copertura degli oneri corrispondenti. Particolari previsioni sono dettate per le operazioni d'investimento realizzate attraverso l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti[75].

---

[72] G. DELLA CANANEA, *Art. 119*, cit.; F. BASSANINI, *L'articolo 119 della Costituzione: autonomia e garanzie nel finanziamento delle Regioni e degli enti locali*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 12, che osserva che il divieto d'indebitamento per la spesa corrente "si concentra su quest'ultimo [il debito del settore pubblico] e sulla qualità delle spese che esso concorre a finanziare"; v. anche M. BARBERO, *Golden Rule: "non è tutt'oro quel che luccica*, in *Forum Quad. Cost.*, 2005, 5: "il sesto comma dell'art. 119 Cost. consente il finanziamento senza limiti delle spese di investimento, assumendole a priori come spese di qualità (e quindi meritorie), laddove il diritto comunitario pone rigidi vincoli quantitativi a tutte le tipologie di spesa pubblica".

[73]Cfr. G. RIVOSECCHI, *L'art. 119 della Costituzione*, voce del *Commentario* alla Costituzione de La Magistratura, 2022, sottolinea che è "lo Stato a controllare la «leva» dell'indebitamento", sicché "la costituzionalizzazione di tali principi si è rivelata ragionevolmente più rigorosa nei confronti delle Regioni e degli enti locali", tanto che "le regole contabili sul «calcolo» dell'equilibrio (voci di entrata e di spesa di cui occorre tenere conto ai fini del rispetto o meno del precetto) non hanno consentito margini di maggiore elasticità alle politiche di bilancio degli enti sub-statali, nonostante taluni significativi orientamenti della giurisprudenza costituzionale rivolti a preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali idonei a garantire la programmazione delle risorse secondo principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle funzioni ad essi affidate". Cfr. anche F. BASSANINI, *L'articolo 119 della Costituzione*, cit., 12. Rammenta M. BARBERO, *Golden Rule*, cit., 6, che "Nel caso degli Enti locali è stata frequente, in passato, la contrazione di nuovi debiti a copertura di passività fuori bilancio di natura corrente".

[74] G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, *Il Filangieri*, Quaderno 2011, a cura di V. Lippolis - N. Lupo - G.M. Salerno - G. Scaccia, Napoli , 2012, 163; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in Federalismi.it, 2012, 7.

[75] Ulteriori disposizioni di dettaglio sono contenute nel d.P.C.M. 21 febbraio 2017, n. 21, d'approvazione del "Regolamento recante criteri e modalità di attuazione dell'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali", pubbl. in G.U. 11 marzo 2017, n. 59.

Per quanto concerne gli enti locali, poi, il finanziamento tramite indebitamento è disciplinato dall'art. 202 TUEL, che ribadisce il vincolo generale per la realizzazione degli investimenti, con la sola eccezione del "*finanziamento dei debiti fuori bilancio di cui all'articolo 194*". L'art. 203, poi, prevede che il ricorso all'indebitamento è consentito solo se l'Ente ha approvato il rendiconto dell'esercizio del penultimo anno precedente quello in cui si intende contrarre il debito nonché il bilancio previsionale dell'anno nel quale sono iscritti i relativi stanziamenti. L'art. 204, al comma 1, fissa un tetto massimo per l'assunzione di mutui, in percentuale rispetto alle entrate generali iscritte nel rendiconto generale dell'ente. Il comma 2 detta norme di dettaglio relative alla stipula di contratti di mutuo con enti diversi dalla Cassa depositi e prestiti e dall'Istituto per il credito sportivo, precisando che tali previsioni sono dettate "*a pena di nullità*". L'art. 205 rinvia alle "*forme consentite dalla legge*" per l'attivazione di prestiti obbligazionari. Infine l'art. 205-*bis* detta norme di dettaglio sulla stipula di contratti di apertura di credito.

La nullità dei contratti stipulati dagli enti territoriali ricorrendo all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento in violazione dell'art. 119 Cost. è, poi, comminata espressamente dall'art. 30, comma 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, che rimette alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti la possibilità di irrogare agli amministratori che hanno assunto la relativa delibera la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

3.1. La nullità testuale per violazione della disciplina sul ricorso all'indebitamento.

Le disposizioni attuative dell'art. 119 Cost., dunque, depongono nel senso che la violazione del divieto d'indebitamento è assistita dalla tipica sanzione della nullità civilistica[76]. Né a diverse conclusioni conduce l'esame della giurisprudenza.

Si è già visto *supra* che la Corte di cassazione, nella sent. n. 8770 del 2020 (e già nell'ord. Sez. I, n. 493 del 2019, che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite) richiamava l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 esplicitamente prospettando la nullità degli strumenti d'indebitamento non collegati a operazioni d'investimento.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, nella sent. n. 320 del 2004[77], nel respingere i ricorsi proposti da alcune Regioni avverso l'art. 30 della l. n. 289 del 2002, la Consulta ha ribadito che il comma 15 prevede "*la nullità degli atti e dei contratti posti in essere in violazione del divieto di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese diverse da quello di investimento, di cui all'ultimo comma dell'art. 119 Cost.*". Va peraltro osservato che la Corte non ha fatto leva - come sarebbe ben stato possibile - sulla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "*ordinamento civile*" *ex* art. 117, comma 2, lett. *l)*, Cost., limitandosi a osservare che la sanzione della nullità e la possibile condanna, da parte della Corte dei conti, ad una sanzione

[76] Nullità testuale, considerato l'inequivoco tenore dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2022 e dell'art. 204 TUEL.

[77] Con nota di M. BARBERO, *Federalismo fiscale: dalla Consulta una sentenza con molte conferme, alcune precisazioni e qualche anticipazione)*, in *Federalismi.it*, 2005; v. anche la nota redazionale in *Giur. It.*, 2005, 1576; e in *Giur. Cost.*, 2004, 3720.

pecuniaria nei confronti degli amministratori "*non inerisce* […] *alla materia della disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa e contabile delle Regioni e degli enti locali, ma trova il suo fondamento nella potestà legislativa dello Stato di dare attuazione al sesto comma dell'art. 119 Cost., dal momento che configura esclusivamente alcune sanzioni per comportamenti confliggenti con il divieto affermato nella disposizione costituzionale*".

A tal proposito, va ricordato che la già citata sent. n. 52 del 2010 aveva affermato che le disposizioni limitative del ricorso agli strumenti finanziari derivati introdotte dall'art. 62, comma 5, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, erano assistite dalla sanzione della nullità in caso di loro violazione, nullità che "*può essere fatta valere solo dall'ente*" e che, dunque, era qualificata come tipica "*nullità di protezione*" che, "*in linea con l'esigenza di una particolare tutela riservata alla parte debole del rapporto contrattuale, trova giustificazione una disciplina derogatoria del principio generale della legittimazione aperta a chiunque vi abbia interesse*".

Nello stesso senso depone anche la giurisprudenza contabile. Le Sezioni di controllo hanno affermato che l'art. 119, comma 6, Cost. "*è espressione, per la sua collocazione apicale nel sistema, di un principio di ordine pubblico economico, certamente in grado di generare, da solo, una ipotesi di nullità virtuale (art. 1418 c.c. comma 1) del negozio*"[78]. Anche le Sezioni giurisdizionali hanno confermato che la violazione dell'art. 119 Cost. comporta la nullità dei contratti stipulati dagli enti locali, precisando però che la dichiarazione di nullità e i relativi effetti restitutori non hanno incidenza sull'azione volta alla comminazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002, né sul piano processuale come ipotetica condizione dell'azione, né sul piano sostanziale come ipotetico criterio di parametrazione dell'ammontare della sanzione stessa[79].

Da un'altra prospettiva, la Corte dei conti ha anche affermato che l'art. 119, comma 6, Cost., "*non è una norma limitativa della capacità giuridica speciale degli enti territoriali apoditticamente posta dal Legislatore costituzionale*", ma un precetto inteso a evitare abusi del coordinamento della finanza pubblica allargata[80].

3.2. La definizione delle nozioni di investimento e indebitamento.

Va peraltro rilevato che, in base alla giurisprudenza costituzionale e contabile, assolutamente convergenti per questo profilo, l'art. 119, comma 6, Cost. richiede interposizione legislativa per il profilo dell'individuazione delle nozioni di indebitamento e investimento, mentre è precetto immediatamente applicativo e autosufficiente per quanto concerne la regola di validità dei contratti conclusi dagli enti territoriali.

Per il primo profilo, nella sent. n. 425 del 2004 la Corte costituzionale ha rigettato i ricorsi proposti avverso l'art. 3, commi da 16 a 19, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, in cui, in

[78] C. Conti, SCR Campania, del. n. 96/2020/PAR, con Nota di A. LUBERTI, *Rinegoziazione delle passività finanziarie e golden rule degli enti territoriali*, in *Questa Rivista*, 2020. Nella giurisprudenza amministrativa v. TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, ord. 5 giugno 2012, n. 988; TAR Sicilia - Catania, Sez. II, ord. 4 gennaio 2011, n. 2; nonché Sez. IV, sent. 7 maggio 2007, n. 775. Queste pronunce si pongono il problema di dare ottemperanza a sentenze di condanna di enti locali senza violare l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002.
[79] C. Conti, Sez. II App., sent. 28 maggio 2019, n. 174.
[80] C. Conti, SCR Campania, del. 11/2020/PRSP.

attuazione dell'art. 119 Cost., sono state individuate le operazioni che costituiscono indebitamento e investimento per gli enti territoriali. In particolare, la Consulta ha affermato che il contenuto delle nozioni di indebitamento e investimento non può determinarsi a priori "*in modo assolutamente univoco, sulla base della sola disposizione costituzionale, di cui questa Corte sia in grado di offrire una interpretazione esaustiva e vincolante per tutti, una volta per sempre*". Al contrario, "*si tratta di nozioni che si fondano su principi della scienza economica, ma che non possono non dare spazio a regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica*", da esercitarsi nei limiti della ragionevolezza nonché ispirandosi "*ai criteri adottati in sede europea ai fini del controllo dei disavanzi pubblici*". Di conseguenza, la Consulta ha rigettato la pretesa delle Regioni di definire autonomamente "*le scelte di concretizzazione delle nozioni di indebitamento e di investimento ai fini predetti*", richiamando l'esigenza di centralizzazione della disciplina in via dell'uniforme applicazione del precetto costituzionale.

Analogamente, la Corte dei conti ha affermato che le ipotesi che costituiscono indebitamento e investimento "*non possono essere che quelle individuate dalla legge, sulla base di un bilanciamento che deve rimanere riservato al Parlamento, in ragione del principio di legalità sostanziale e del principio di autonomia (art. 114 Cost.)*"[81].

Per contro, l'art. 119, comma 6, Cost. è considerato precetto ad applicazione diretta, recante "*un divieto a fattispecie completa, sia pure basato su concetti «indeterminati» (indebitamento ed investimento)*", di talché l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 avrebbe aggiunto "*solo uno speciale apparato sanzionatorio-interpretativo, anche ai fini della responsabilità* […]*, estendendo la nullità agli «atti» di qualunque morfologia, il cui scopo è addivenire alla espansione dell'indebitamento per spesa diversa da investimento*"[82]. Si aggiunge, poi, che il divieto di contrarre indebitamento per finanziare spese diverse dall'investimento, assistito dalla nullità degli atti negoziali, è "*declinazione del principio di sana gestione finanziaria sancito all'art.81, c. 1, della Costituzione*"[83].

In conclusione, dalla giurisprudenza contabile e costituzionale emerge che i divieti e le limitazioni in materia di finanza pubblica possono essere interpretati come norme imperative foriere di nullità (testuale, virtuale o strutturale, a seconda dei casi) ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

4. Conclusioni.

Il percorso compiuto evidenzia la sostanziale eguaglianza dell'autonomia privata dei soggetti privati e quella delle persone giuridiche di diritto pubblico, ivi compresi gli enti locali. Il regime di specialità del diritto pubblico, infatti, interviene attraverso divieti e limitazioni al dispiegarsi dell'autonomia privata che possono essere ricostruiti come norme imperative assistite da nullità (testuali, virtuali o strutturali, a seconda dei casi). L'impiego di contratti atipici soggiace al

[81] Così la C. Conti, SCR Campania, cit. del. n. 96/2020/PAR; v. anche C. Conti, SRC, del. n. 25/CONTR/11 del 16 febbraio 2011.
[82] Così ancora la C. Conti, SCR Campania, cit. del. n. 96/2020/PAR.
[83] C. Conti, SCR Abruzzo, del. 181/2019/PAR; v. anche SCR Campania, del. 1/2017/PRSP.

tipico giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322 cod. civ.[84]. Il divieto, per gli enti pubblici e per gli enti locali in particolare, di essere parte in determinati strumenti negoziali non è certo strumento esclusivo del diritto pubblico. Senza scomodare gli esempi estremi dell'impossibilità, per l'ente morale, di contrarre matrimonio, è sufficiente osservare che la legge oggi prescrive particolari requisiti soggettivi per lo svolgimento di determinate attività economiche private, necessariamente assistite dalla sanzione della nullità. Si pensi, per fare un esempio purché sia, all'art. 14 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – TUB), a tenor del quale l'attività bancaria può essere esercitata solamente da soggetti aventi la veste di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, con la conseguenza che sono nulli i contratti bancari stipulati dal c.d. "banchiere di fatto"[85]. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha da tempo precisato che "*l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto*", estendendosi invece anche alle disposizioni che richiedono la presenza o l'assenza di specifiche condizioni oggettive o soggettive, con ciò consentendo, vietando o limitando la stipulazione del contratto[86]. L'imposizione di autorizzazioni e/o iscrizioni ad albi o registri o di particolari moduli procedimentali condiziona la legittimazione alla stipulazione del contratto, ma non per questo si presta a essere ricostruita come una speciale restrizione soggettiva dell'autonomia contrattuale[87], bensì come oggettiva perimetrazione dell'autonomia contrattuale così come avviene per ogni norma imperativa dettata dalla legge.

In questo senso, del resto, si esprimeva già A.M. Sandulli, rilevando che le norme che limitano le attribuzioni di un ente pubblico, escludendo ch'esso possa porre in essere determinati atti negoziali, "vanno considerate come eccezioni a un principio generale e non sono da intendere, in via di principio, come norme destinate a escludere la capacità giuridica dell'ente in ordine ai relativi rapporti e la capacità di agire in ordine ai relativi negozi, bensì piuttosto come mere norme imperative"[88]. Più di recente, anche al fine di "ridimensionare molte delle principali problematiche teoriche che hanno caratterizzato il dibattito e lo studio sull'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni pubbliche" e tra queste "innanzitutto l'annoso problema della natura dell'autonomia negoziale […] che ancora in molti sostengono esser finalisticamente limitata", è stato convincentemente ribadito che le limitazioni poste dal legislatore all'impiego di determinati strumenti privatistici sono "solo quantitativamente (e non già qualitativamente)

---

[84] Cfr. il caso scrutinato dal Giudice tavolare di Trieste, 23 settembre 2005, in *Trusts e att. fiduciaria*, 2006, 83, in cui è stata ritenuta meritevole di tutela la soluzione di istituzione di un Trust per un'operazione di sponsorizzazione nei confronti di un Comune. Cfr. A. LOPEZ, *Il trust come nuovo strumento dell'azione della Pubblica Amministrazione*, in *Trusts e att. fiduciaria*, 2006, 176.

[85] Cass. civ., Sez. I, ord. 28 febbraio 2018, n. 4760.

[86] Così ancora l'ord. Cass. civ., n. 4760 del 2018.

[87] Cfr. E. CASETTA, *Attività amministrativa*, cit.: "gli enti pubblici possono esplicare in modo pieno attività di diritto privato, e che le limitazioni ad essa talora imposte non dai principi generali, ma dal diritto positivo, non vanno intese quali limiti alla loro capacità, ma quali limiti della legittimazione ad agire, aventi (il che rileva ai fini dell'interpretazione della normativa) carattere eccezionale". Sui casi di limitazione amministrativa della capacità di agire della p.A. v. G. CUMIN, *Nuove perplessità sulla capacità di agire delle PP.AA. in ambito negoziale?*, in *Urb. e app.*, 2016, 1191 sgg.

[88] A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII^ ed., Napoli, 1982, 656.

dissimili rispetto a quelle poste in essere nei confronti di diverse categorie soggettive nell'ordinamento"[89].

La legittimazione contrattuale dell'ente pubblico è dunque piena, nei limiti della legge, esattamente come ogni altro soggetto di diritto.

Coerente con queste considerazioni è l'assenza di uno specifico vizio di validità di diritto pubblico e l'impraticabilità dell'importazione della dottrina del *nec ultra vires* di origine anglosassone. Al contrario, come si è visto, è ancora la nullità per violazione di norma imperativa a essere la soluzione per gli atti negoziali violativi delle disposizioni di legge in materia di attività di diritto privato della pubblica Amministrazione. Parimenti coerente con questa conclusione è l'assenza di una rigida correlazione biunivoca tra il vizio dell'atto amministrativo propedeutico e il vizio del contratto. Come si è visto, il legislatore ha disciplinato la materia privilegiando gli strumenti che sono ritenuti maggiormente adatti alla protezione dell'interesse pubblico, optando talvolta per l'inefficacia, altra volta per la nullità, altre ancora per l'assenza di "contagio" e, in via generale, rimettendo al Giudice amministrativo la decisione ultimativa.

Quanto ai profili specificamente contabili, se si accetta la premessa che la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati s'incornicia in un assetto causale di alea razionale solo se il sottoscrittore ha accesso ad alcune "coordinate fondamentali del rischio" [90], quali il c.d. indicatore *mark to market*, gli scenari probabilistici e i cd. costi occulti[91], un profilo fondamentale che può giustificare la nullità della sottoscrizione di strumenti finanziari derivati è l'impossibilità o quantomeno l'eccessiva difficoltà di prevedere e adeguatamente coprire in bilancio le passività potenziali o ipotetiche[92].

Per altri versi, l'esigenza di maggiore rigore nella gestione della cosa pubblica è stata perseguita attraverso apparati sanzionatori estranei alla sorte dell'atto negoziale e, di

---

[89] A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 399, 401.

[90] Cfr. F. SUCAMELI, *Derivati nulli: la Sezioni unite declinano il contratto dentro il principio dell'accountability e danno luogo ad un caso "Hammersmith" italiano*, in *Questa Rivista*, 2020.

[91] Premessa su cui non si può qui indagare ma che, come noto, non è pacifica ed è stata ampiamente criticata: v. A. TUCCI, *I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. It*., 2020, 2407 sgg.; L. DELLA TOMMASINA, *La produzione e la distribuzione di strumenti finanziari (tra servizi di investimento esecutivi, aumenti di capitale senza consulenza e derivati over the counter)*, in *Banca, Borsa, Tit. di credito*, 2021, 294; R. LO CONTE, *La nullità strutturale dei derivati in presenza di costi occulti: tra conferme giurisprudenziali e persistenti dubbi interpretativi*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 2023, 1. Per una diversa prospettiva v. M. BARCELLONA, La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili conclusioni, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 453: "le conclusioni della Cassazione, sebbene non argomentate nel modo migliore, sembrano tuttavia corrispondere ad un'intuizione sistematica che avverte come irriconoscibili ad opera dell'ordinamento derivati che non enuncino la reale economia dell'operazione in cui vengono coinvolti gli investitori che li sottoscrivono".

[92] Cfr. Corte cost., sent. n. 155 del 2022: La mancata considerazione degli oneri "*vale a rendere la legge costituzionalmente illegittima per mancanza di copertura non soltanto per spese obbligatorie, ma anche se si tratta di oneri solo ipotetici*". In termini generali v. Corte cost., sent. n. 255 del 2022: "*L'art. 19, comma 1, della legge n. 196 del 2009, specificativa del precetto di cui all'art. 81, terzo comma, Cost., prescrive, quale presupposto della copertura finanziaria, la previa quantificazione della spesa, per l'evidente motivo che non può essere assoggettata a copertura un'entità indefinita, unitamente all'indicazione del relativo stanziamento nel bilancio*"; analogamente v. sentt. nn. 17 del 2022, 26 del 2013, 115 e 70 del 2012. In dottrina v. G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in Riv. AIC, 2016/3, 3 sg., 20 sg.; ID., *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in *Consulta on-line – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, sulle "strategie argomentative" e sulle "tecniche di giudizio" della Corte costituzionale di controllo sulla copertura delle spese, spec. 10 sgg.

conseguenza, irrilevanti per la ricostruzione dell'autonomia privata della pubblica Amministrazione, come nel caso dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002.

Né questa ricostruzione può essere ritenuta violativa del principio di legalità dell'azione amministrativa. In termini concreti, va anzitutto osservato che l'attività amministrativa di diritto privato è presidiata da un *corpus* normativo particolarmente ampio (se non ipertrofico[93]), di talché risulta arduo immaginarne l'esercizio in un settore privo di adeguate prescrizioni di legge. È, però, il nodo teorico a interessare maggiormente. Si è visto che l'art. 8 del terzo codice dei contratti pubblici riconosce agli enti pubblici autonomia contrattuale delimitata solo dal divieto espresso di legge. Questa previsione non sollecita dubbi di compatibilità con l'art. 23 della Costituzione e con il principio di legalità e non può essere considerata come una sorta di "norma in bianco" per l'Amministrazione. Come riconosce la giurisprudenza costituzionale, il principio di legalità, canone fondante dello Stato di diritto, richiede che le funzioni amministrative siano organizzate e regolate mediante un atto legislativo, nel rispetto del riparto di competenze fissato dall'art. 117 Cost. e nel rispetto dei princìpi di dislocazione delle funzioni amministrative sanciti dall'art. 118 Cost.[94]. Rispettata questa condizione, la disponibilità, in condizioni di parità con i soggetti di diritto privato, dei moduli d'azione dei rapporti civili non comporta di per sé un pregiudizio nei confronti della platea dei consociati che debba essere specificamente autorizzato dalla legge, né lascia l'Amministrazione priva di criteri orientativi della sua attività.

In proposito il Consiglio di Stato ha recentemente osservato che il principio di legalità sostanziale non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito all'autorità amministrativa né si accontenta che l'impiego del potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore. Nondimeno, non sono legittimi i soli poteri il cui uso è rigidamente vincolato in ogni loro aspetto, "*in ragione dell'impossibilità per il legislatore di prevedere e valutare a priori ogni possibile sviluppo ed implicazione o riflesso tanto per l'interesse pubblico perseguito, quanto per gli interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti dall'esercizio di un determinato potere*"[95]. Di conseguenza - prosegue la pronuncia - è legittimo per il legislatore riconoscere all'Amministrazione "*margini di operatività, più o meno ampi, idonei a consentire una corretta calibrazione del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da perseguire*", con ciò rimettendo all'Amministrazione "*una certa discrezionalità in relazione a quei profili dell'esercizio del potere (ed ossia l'*an*, il* quid*, il* quomodo*, il* quando*)*", onde determinarsi caso per caso. L'impiego di uno strumento privatistico non vietato, dunque, ricade per l'appunto nell'ambito che può legittimamente essere rimesso alla valutazione concreta dell'Amministrazione pubblica. Legittimamente istituita la funzione pubblica, l'opzione per uno strumento di diritto privato non vietato non è dunque in conflitto con il principio di legalità

[93] È "l'insensata inflazione legislativa" di cui parla R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino , 1994, ed. inf. Sull'intervento regolativo del legislatore v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, cit., 393 sgg.

[94] Corte cost., sent. n. 189 del 2021; sent. n. 115 del 2011; per un approfondimento v. M. LUCIANI, *Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato – Italia*, Studio EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo, 2023, disponibile sul sito internet
https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2023)745682.

[95] Cons. Stato, Sez. VII, sent. 3 maggio 2023, n. 4512.

sostanziale[96], risultando neutrale rispetto alla determinazione positiva del contenuto del potere amministrativo.

[96] Sul principio di legalità sostanziale (anche come "regola sulla legislazione") v. ancora R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.; nonché più di recente G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Torino, 2019, 66 sg. V. S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., 103: "*In questo senso ci pare vi sia da distinguere tra finalizzazione, per indicare il rispetto dei parametri pubblicisti nella fase preliminare alla manifestazione negoziale, e funzionalizzazione, in virtù della quale parte della dottrina inserisce i predetti parametri pubblicistici all'interno della vicenda negoziale*".