



8770120

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

- STEFANO PETITTI - Primo Presidente f.f. -
- FRANCESCO ANTONIO GENOVESE - Rel. Pres.te Sezione -
- BIAGIO VIRGILIO - Presidente Sezione -
- GIACINTO BISOGNI - Presidente Sezione -
- ANTONIO GRECO - Consigliere -
- LUCIA TRIA - Consigliere -
- LUIGI GIOVANNI LOMBARDO - Consigliere -
- LUIGI ALESSANDRO SCARANO - Consigliere -
- ALBERTO GIUSTI - Consigliere -

STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI- E ENTI PUBBLICI

Ud. 08/10/2019 - PU

R.G.N. 11094/2015
Cron 8770
Rep.

C.I.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 11094-2015 proposto da:

(omissis)

S.P.A., in persona del legale

rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis)

(omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis)

(omissis), che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati

(omissis), (omissis) e (omissis);

432
19

- ricorrente -

COMUNE DI (omissis), in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis), rappresentato e difeso dagli avvocati (omissis), (omissis) e (omissis);

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

(omissis) S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis) (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis) (omissis), che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati (omissis), (omissis) e (omissis);

- controricorrente all'incidentale -

avverso la sentenza n. 734/2014 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 11/03/2014.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/10/2019 dal Presidente FRANCESCO ANTONIO GENOVESE;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale RENATO FINOCCHI GHERSI, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale; assorbito il ricorso incidentale condizionato;

uditi gli avvocati (omissis), (omissis), (omissis), (omissis), (omissis) e (omissis).

FATTI DI CAUSA

1. — Il Tribunale di Bologna ha respinto le domande che il Comune di (omissis) aveva proposto nei confronti di (omissis)

S.p.A. (d'ora in avanti, semplicemente: (omissis) o Banca) in riferimento ad alcuni contratti (formalmente, contenuti in quattro scritture) di *interest rate swap*, conclusi fra le menzionate parti in tre diverse date (il 15 maggio 2003, il 1° dicembre 2003 e il 22 ottobre 2004), e rivolte alla declaratoria della nullità, all'annullamento, o all'accertamento dell'inefficacia sopravvenuta ex d.m. 1° dicembre

2003, n. 389, dei predetti negozi, oltre che alla condanna della convenuta alla restituzione dei pagamenti ex art. 2033 cod. civ. e, in subordine, al risarcimento del danno, quantificabile in relazione ai «*differenziali negativi attesi*».

2. — La Corte di appello di Bologna, accogliendo il gravame dell'Ente ed in riforma dell'anzidetta decisione, ha dichiarato la nullità e l'inefficacia dei contratti menzionati, che pure ha annullato, e ha disposto, poi, la ripetizione degli importi, di tempo in tempo, corrisposti dalla Banca al Comune fino al 30 gennaio 2010 (€ 555.738,76) e da quest'ultimo alla prima (€ 1.031.393,17), «*oltre ad eventuali reciproci pagamenti successivi intercorsi fra le parti per gli stessi titoli*», con gli interessi legali dal giorno della domanda.

2.1. — Per quanto di interesse in questa sede, ed in estrema sintesi, la Corte emiliana ha:

a) ritenuto fondato il rilievo del Comune per il quale il contratto di *swap* ed in particolare — ma non solo — quello che prevede una clausola di iniziale *upfront*, costituisse, proprio per la sua natura aleatoria, una forma di indebitamento per l'ente pubblico, attuale o potenziale;

b) aggiunto che in nessuno dei contratti al suo esame figurava la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (cd. *mark to market*), che un'attenta e condivisibile giurisprudenza di merito riteneva «*elemento essenziale dello stesso ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile) da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (hedging) o speculativa*»;

c) osservato che la potenziale passività insita in ogni contratto di *swap* trova una sua evidenza concreta ed attuale nella clausola di *upfront*, in fatto presente in due dei tre rapporti sostanziali oggetto di giudizio.

2.2. — Per la Corte di merito, inoltre, il fatto che la norma che qualifica l'*upfront* come indebitamento fosse entrata in vigore successivamente ad uno o più dei contratti in questione non significava che gli stessi non potessero essere anche precedentemente interpretati in quel senso.

2.3. — La stessa Corte ha reputato non sussistere «*incompatibilità alcuna, né astratta né concreta, fra le norme civilistiche ed amministrative disciplinanti lo swap 'puro' rispetto a quelle in ipotesi*

regolatrici di una enucleabile sottocategoria di swaps connotati da una specifica forma di indebitamento possibilmente individuabile nella clausola di upfront, con conseguente integrazione della relativa disciplina, se anche più restrittiva per la sottocategoria individuata».

2.4. — Ha ritenuto poi fondato il rilievo del Comune per il quale, ex art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l. (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con d.lgs. n. 267 del 2000), le delibere di accensione degli *swap* dovessero essere assunte dal consiglio comunale, in quanto prevedevano spese che impegnano i bilanci per gli esercizi successivi. E, a tale ultimo proposito, ha rilevato che la speciale delibera consiliare del 27 marzo 2003 prevedeva una mera «*linea di indirizzo*», successivamente posta in atto dalla giunta e dal dirigente, quanto al primo contratto; e solo da determinazione dirigenziale, per i successivi.

2.5. — La Corte ha riconosciuto, inoltre, come fondato il rilievo per il quale i contratti in questione violerebbero, oltre che l'art. 119, ultimo comma, Cost., anche l'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 e l'art. 202 T.u.e.l., in quanto non sarebbe risultato che l'indebitamento insito, implicito e prevedibile nei contratti in questione (esplicito quanto alle clausole di *upfront*) fosse stato contratto «*per finanziare spese di investimento*» (la documentazione prodotta dal Comune attestando, anzi, una diversa destinazione).

2.6. — Ha affermato, infine, che in nessuno dei tre contratti (contenuti nelle quattro scritture) vi fosse un puntuale riferimento ai mutui sottostanti in relazione ai quali i negozi sarebbero stati stipulati, facendo discendere da ciò la mancata emersione della causa concreta delle singole operazioni, della quale non era quindi dimostrata l'esistenza; allo stesso modo, secondo la Corte di appello, non poteva dirsi che i contratti fossero muniti di un oggetto avente i requisiti di cui all'art. 1346 cod. civ.: con la conseguenza che i negozi in questione dovevano reputarsi tutti affetti da nullità.

3. — Contro la sentenza, la Banca ha proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi, contro cui ha resistito il Comune che, a sua volta, ha spiegato ricorso incidentale condizionato, basato su di un motivo.

4. — La prima sezione civile di questa Corte, investita dell'esame del ricorso, ha ritenuto di dover esaminare congiuntamente, per ragioni di connessione, i primi tre motivi del ricorso principale.



4.1. — Ha osservato la sezione che il ricorso, nei primi tre motivi, pone due questioni, strettamente connesse e cruciali per vagliare la validità dei contratti di *swap* conclusi, in generale, dai Comuni: **a)** quella relativa alla possibilità di qualificare l'assunzione dell'impegno dell'ente locale che stipuli il contratto, avente ad oggetto il nominato derivato, come indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento; **b)** quella concernente l'individuazione dell'organo chiamato a deliberare un'operazione siffatta (che nel caso in esame è stata disciplinata dal consiglio comunale attraverso delle mere «*linee di indirizzo*»).

4.2. — E, in relazione a tali problematiche, la Prima sezione civile (con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019) ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., delle questioni così sintetizzate: **a)** «se lo *swap*, in particolare quello che preveda un *upfront* — e non sia disciplinato *ratione temporis* dalla l. n. 133 del 2008, di conversione del d.l. n. 112 del 2008 —, costituisca per l'ente locale un'operazione che generi un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, a norma dell'art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002»; **b)** «se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al Consiglio comunale, implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l.».

4.3. — A tal uopo, ha richiamato le diverse norme che assumono rilievo, nel quadro delle censure svolte:

i) anzitutto, l'art. 119, comma 6, Cost. il quale prevede che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni possano ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento;

ii) l'art. 202 T.u.e.l., per il quale il ricorso all'indebitamento da parte degli enti locali è ammesso esclusivamente nelle forme previste dalle leggi vigenti in materia e per la realizzazione degli investimenti;

iii) l'art. 41, comma 1, l. n. 448 del 2001, ove è previsto che, con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, siano approvate le norme relative all'ammortamento del debito e all'utilizzo degli strumenti derivati da parte dei detti enti; nonché il comma 2 dello stesso articolo, che contempla inoltre la facoltà, di tali enti, di emettere titoli obbligazionari o contrarre mutui «*previa costituzione, al momento dell'emissione o dell'accensione, di un fondo di*



ammortamento del debito, o previa conclusione di swap per l'ammortamento del debito»;

iv) l'art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002 ove si commina la nullità degli atti e dei contratti con cui gli enti territoriali ricorrono all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione;

v) il d.m. n. 389 del 2003, emanato in attuazione del cit. art. 41 l. 448 del 2001, che disponeva espressamente, all'art. 3, comma 1, la regola secondo cui gli enti locali potessero concludere operazioni derivate consistenti in *swap* di tasso di interesse e, in termini più generali, operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito (qualora esse non prevedessero una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività e ove i flussi con esse ricevuti dagli enti interessati fossero uguali a quelli pagati nella sottostante passività e non implicassero, al momento del loro perfezionamento, un profilo crescente dei valori attuali dei singoli flussi di pagamento, «ad eccezione di un eventuale sconto o premio da regolare al momento del perfezionamento delle operazioni non superiore a 1% del nozionale della sottostante passività»).

4.3.1. — Ha però chiarito che quest'ultima disposizione (non applicabile *ratione temporis* ai due contratti con previsione di *upfront*, conclusi tra le parti in causa) è stata successivamente superata con le modifiche apportate all'art. 3, comma 17, l. n. 350 del 2003 dalla l. n. 133 del 2008 (con cui è stato convertito il d.l. n. 112 del 2008): per effetto di tale intervento legislativo è stato infatti previsto, per la prima volta, che costituisca indebitamento, ai sensi dell'art. 119, comma 6, Cost., «sulla base dei criteri definiti in sede europea dall'Ufficio statistico delle Comunità europee (EUROSTAT), l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate» [E il detto approdo è rimarcato nella successiva versione dell'art. 3, comma 17, cit., come risultante dall'art. 75, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 118 del 2011, secondo cui integra indebitamento «l'eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di *swap* (cosiddetto *upfront*)»].

4.3.2. — Ha poi osservato che, in forza dell'art. 1, comma 572, l. n. 147 del 2013 è venuta meno, in via generale (e salve eccezioni specificamente previste) la possibilità, da parte degli enti locali, di

stipulare i contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti dall'art. 1, comma 3, del T.u.f. (d.lgs. n. 58 del 1998).

4.4. — Con riguardo alle competenze in materia di spesa nell'ambito del Comune, ha richiamato infine l'art. 42 T.u.e.l. che, al comma 2, lett. i), assegna al consiglio comunale il compito di deliberare in ordine alle spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo.

5. — Questo essendo il quadro normativo di riferimento, la Corte si è chiesta se, nel periodo che interessa, fosse consentita la conclusione di contratti derivati da parte degli enti locali; anche considerato che, nella fattispecie, i due contratti conclusi nel 2003, a differenza del terzo, perfezionato nel 2004, contemplavano altrettante clausole di *upfront* (rispettivamente per € 315.000,00 e per € 655.000,00).

5.1. — Essa ha osservato che, se è vero che il legislatore ha definito per la prima volta l'*upfront* come «indebitamento», con l'art. 62, comma 9, d.l. n. 112 del 2008, che ha novellato l'art. 3, comma 17, l. 350 del 2003, ciò tuttavia non implicherebbe che le somme siano state versate legittimamente a quel titolo, in epoca precedente all'entrata in vigore della nuova disciplina.

5.2. — Ha, perciò, ricordato che, avendo riguardo ai contratti conclusi dagli enti locali, si registrano responsi non univoci da parte della stessa Corte dei Conti, richiamando i relativi precedenti.

5.3. — E, con riferimento alla seconda questione, correlata all'altra (e attinente alla contestata validità dei contratti conclusi, siccome preceduti da una delibera del consiglio comunale che conteneva una mera linea di indirizzo), si è chiesta se la conclusione di contratti *swap* (specie se prevedano un *upfront*: quindi una somma suscettibile di rimborso nel corso del rapporto) possa essere sottratta alla competenza che a quell'organo è riservata in caso di «*spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi*», a norma dell'art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l..

6. — La causa è stata perciò fissata per la discussione delle parti, all'odierna udienza.

6.1. — Con memoria ex art. 378 cod. proc. civ. la Banca, ha riproposto ed illustrato le sue ragioni di doglianza e, a sua volta, il Comune le sue eccezioni e le conclusioni svolte nel controricorso.



6.2. – Il P.G., nella persona dell'Avv. Gen. Renato Finocchi Gherzi, ha depositato requisitoria scritta, concludendo affinché la Corte respinga il ricorso principale e dichiari assorbito quello incidentale.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – Il ricorso principale della Banca è articolato in cinque mezzi di cassazione:

1.1. – Il primo motivo (che ipotizza una violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., dell'art. 41 della legge n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389, dell'art. 3, commi 16 e 17, della legge 24.12.2003, n. 350, e successive modifiche; dell'art. 1, comma 739, della legge 27.12.2006, n. 296, dell'art. 62 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008, a sua volta modificato dall'art. 3 della legge n. 203 del 2008, nonché dell'art. 11 prel.), ha ad oggetto l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui il contratto di *swap*, in specie se con previsione di una clausola iniziale di *upfront*, costituisce, per la sua natura aleatoria, una forma di indebitamento per l'ente pubblico, attuale o potenziale.

1.2. – Il secondo (intitolato: violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., degli artt. 42, 107, 192 e 202 del d.lgs. n. 267 del 2000, dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002, dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389), è incentrato sull'affermazione, pure contenuta nella sentenza impugnata, per cui le delibere di accensione degli *swap* debbano essere adottate dal consiglio comunale, in quanto vertenti su «*spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi*».

1.3. – Il terzo (con il quale si lamenta la violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, c.p.c., dell'art. 30, comma 15, della l. n. 289 del 2002 e dell'art. 202 del d.lgs. n. 267 del 2000, dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389), è svolto in rapporto all'assunto per cui l'*upfront* avrebbe dovuto essere esplicitamente destinato *ab origine* (ossia, sin dal 2003-2004) a spese di investimento. Il mezzo censura altresì il principio, perché - a dire della ricorrente - totalmente privo di base normativa positiva, secondo cui occorresse indicare, negli atti amministrativi approvativi delle operazioni, una

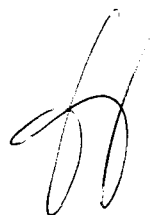
presunta destinazione a spese di investimento, atteso che, come diffusamente dedotto con il primo motivo, lo *swap* non ha una funzione di investimento, ma di riequilibrio del debito sottostante, con conseguente inapplicabilità della causa di nullità di cui all'art. 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002.

1.4. — Il quarto (deducendo la violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, c.p.c., dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389, e degli artt. 1346, 1367, 1418, 1419, 2729 e 2697 c.c.), è posto in relazione alla necessità, risultante dalla decisione impugnata, di indicare specificamente i mutui sottostanti nei contratti di *swap*, a pena di nullità di questi ultimi, per difetto di causa e di oggetto.

1.5. — Il quinto [che lamenta la violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., degli artt. 1418, 1467 e 1469 cod. civ., nonché agli artt. 1, secondo comma, lett. d), 21 e 23, quinto comma, del d.lgs. 24.02.1998, n. 58, dell'art. 41 della l. n. 448 del 2001, dell'art. 3 del d.m. Ministero dell'Economia e delle Finanze 1.12.2003, n. 389] investe l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui la previsione esplicita del valore attuale dei derivati al momento della stipulazione costituirebbe elemento essenziale dell'*interest rate swap*, previsto a pena di nullità.

2. — L'unico mezzo di ricorso incidentale condizionato del Comune (che deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 360, n. 3, c.p.c., e dell'art. 30, sesto e settimo comma, t.u.f.), infine, riguarda la dichiarata non applicazione della disciplina del *ius poenitendi* alla fattispecie decisa (in quanto applicabile al solo consumatore sprovvisto colto di sorpresa dall'intermediario) e investe un aspetto della vicenda che la Corte di appello ha espressamente qualificato assorbito.

3. — La prima sezione civile ha già rilevato che il ricorso pone due questioni, strettamente connesse, che sono centrali per vagliare la validità dei contratti di *swap* conclusi, in generale, dai Comuni: quella relativa alla possibilità di qualificare l'assunzione dell'impegno dell'ente locale che stipuli il contratto avente ad oggetto il nominato derivato come indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento; quella concernente l'individuazione dell'organo chiamato a deliberare un'operazione siffatta (che nel caso in esame è stata disciplinata dal consiglio comunale solo attraverso «linee di



indirizzo»); e che, con riguardo al primo dei temi indicati, ci si deve chiedere se, nel periodo che interessa, fosse consentita la conclusione di contratti derivati da parte degli enti locali.

3.1. — Si pone, perciò, la necessità — prima di mettere a fuoco i temi oggetto di rimessione da parte della sezione semplice — di allargare lo sguardo al fenomeno sottostante alla odierna controversia.

4. — La materia dei *derivati*, che interessa varie branche del diritto, è oggetto dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza da anni, risultando controversa anche l'esistenza di una definizione unificante del fenomeno dei *derivati*. Infatti, la mancanza nel nostro ordinamento di una definizione generale di «contratto derivato» si spiega con la circostanza che i *derivati* sono stati creati dalla prassi finanziaria e, solo in seguito, sono stati in qualche misura recepiti dalla regolazione del sistema giuridico. La notevole varietà delle fattispecie che concorrono a formare la categoria dei *derivati* rende, però, complessa l'individuazione della ricercata nozione unitaria, dovendosi tenere conto che il fenomeno è forse comprensibile in maniera globale solo in un'ottica economica.

4.1. — Ciò giustifica, quindi, la previsione dell'articolo 1, comma 2 *bis*, T.u.f., che contiene una delega al Ministro dell'Economia e Finanze per identificare nuovi potenziali contratti derivati: nella sostanza il legislatore italiano ha seguito quello eurounitario, optando per una elencazione di molteplici figure e lasciando all'interprete il compito della *reductio ad unum*, laddove possibile.

4.2. — il caso che ci occupa vede al centro dell'indagine lo *swap* e, in particolare, quello più diffuso di tutti, il cd. *interest rate swap* (altrimenti, IRS, specie nella sua forma più diffusa o di base: il cd. *plain vanilla*), ossia quel contratto di scambio (*swap*) di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra δ (dove δ è la somma corrispondente al capitale 1 per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra γ (dove γ è la somma corrispondente al capitale 1 per il tasso di interesse Z).

4.3. — L'*interest rate swap* è perciò definito come un derivato cd. *over the counter* (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. *standardizzati* o *uniformi*, essendo elaborato in funzione delle



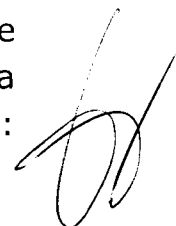
specifiche esigenze del cliente (per questo, detto *bespoke*); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente.

4.4. — Come per molti derivati, soprattutto quelli OTC, lo *swap*, per quanto appena detto, non ha le caratteristiche intrinseche degli strumenti finanziari, e particolarmente non ha la cd. negoziabilità, cioè quella capacità di rappresentare una posizione contrattuale in forme idonee alla circolazione, in quanto esso tende a non divenire autonomo rispetto al negozio che lo ha generato. Inoltre, benché siano stipulati nell'ambito della prestazione del servizio di negoziazione per conto proprio, ex articolo 23, comma 5, Tuf, nei derivati OTC l'intermediario stipula un contratto (con il cliente) ponendosi quale sua controparte.

4.5. — Posto che l'*interest rate swap* è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un *interest rate swap* sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne:

- a) la data di stipulazione del contratto (*trade date*);
- b) il capitale di riferimento, detto nozionale (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi;
- c) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*);
- d) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto;
- e) le date di pagamento (*payment dates*), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi;
- f) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale.

4.6. — Va, peraltro, ancora precisato che se lo *swap* stipulato dalle parti è *non par*, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori:




questo importo è chiamato *upfront* (e i contratti *non par* che non prevedano la clausola di *upfront* hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito).

4.7. — Invero, l'IRS può atteggiarsi ad operazione *non par* non solo in punto di partenza, ma può divenir tale anche con il tempo. In un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. *mark to market* (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello *swap* (il metodo *de quo* consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).

4.7.1. — Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il *mark to market* non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il *mark to market* è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale.

5. — In un tale quadro di illustrazioni del fenomeno che va sotto il nome di IRS è assai discussa la questione della causa dello *swap*.

5.1. — Una giurisprudenza, con l'appoggio di parte della dottrina, tende a vedere nello *swap* la causa della scommessa. Ma è difficile accogliere l'idea che un'operazione di *interest rate swap*, destinata a regolare una pluralità di rapporti per molti anni, muovendo ingentissimi capitali su importanti mercati internazionali, sia da considerare come una qualsiasi lotteria, apparendo palese come lo *swap* abbia ben poco in comune con lo schema della scommessa di



cui agli articoli da 1933 a 1935 cod. civ., della natura contrattuale della quale vi è pure stata discussione in dottrina.

5.2. — Ciò che distingue l'IRS dalla comune scommessa è proprio la complessità della vicenda e la professionalità dei soggetti coinvolti, sicché l'impostazione più attenta rinviene la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio, atteso che quello strumento contrattuale:

- si forma nel mercato finanziario, con regole sue proprie; di frequente consuetudinarie e tipiche della comunità degli investitori;
- riguarda un rischio finanziario che può essere delle parti, ma può pure non appartenere loro;
- concerne dei differenziali calcolati su dei flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo;
- è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata;
- è il risultato di una tradizione giuridica diversa dalla nostra.

5.3. — A fini puramente descrittivi e semplificativi, si potrebbe dire che l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto).

6. — Sicché si pone con immediatezza un primo problema, riguardante la validità dello strumento contrattuale che abbia al suo interno questo particolare atteggiarsi della causa dello *swap*.

6.1. — In particolare, ci si pone il problema – che è preliminare ad ogni altro pure sollevato dalla sezione semplice – se tali tipi di contratti perseguano interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. e siano muniti di una valida causa in concreto.

6.2. — Infatti, appare necessario verificare – ai fini della liceità dei contratti – se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. E tale accordo non deve limitarsi al *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe

concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti.

6.3. — Sotto tale ultimo profilo, va rilevato che le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perché in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo. Sicché l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

6.4. — A tale proposito, va richiamato l'articolo 23, comma 5, del TUF, il quale dispone che *"Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile"*. Ma tale previsione non intende autorizzare *sic et simpliciter* una scommessa, ma delimitare, con un criterio soggettivo, la causa dello *swap*, ricollegandola espressamente al settore finanziario. In questo modo, è disegnato un modello, ponendosi al massimo ancora il problema se tutti i derivati rispondano ad un unico tipo o se la distinzione tra tali tipi riguardi le classi di derivati o i singoli *swaps*.

6.5. — Infatti, l'intermediario finanziario è un mandatario dell'investitore, tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; sicché ove l'intermediario, nella prestazione del servizio, compia l'operazione quando doveva astenersi o senza il consenso dell'investitore, gli atti compiuti non possono avere efficacia, a prescindere dal fatto che la condotta dell'agente sia qualificata in termini di inadempimento o di nullità, con conseguente risarcimento del danno.

6.6. — In tale quadro di corretto adempimento dell'attività d'intermediazione occorre rilevare anche la deduzione dei cd. *costi impliciti*, riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici.

6.6.1. — Assume rilievo, perciò, la questione del conflitto di interessi fra intermediario e cliente, poiché nei derivati OTC, a differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi



nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente. Va escluso il rilievo, ai fini della individuazione della causa tipica, delle funzioni, di speculazione o di copertura, dei derivati OTC perseguite dalle parti, anche se dà ad esse peso, ad esempio, per il giudizio di conformità all'interesse ex articolo 21 TUF e per quello di adeguatezza ed appropriatezza.

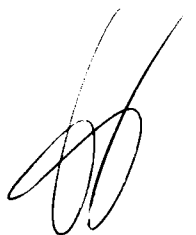
6.7. — Appare perciò utile considerare gli *swap* come negozi a causa variabile, perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza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

7. — Dopo aver fatto queste necessarie premesse può passarsi ad esaminare la questione (che è la base dei quesiti posti dalla sezione semplice) relativa alla stipulazione dei derivati, *swap* ed IRS, da parte degli enti pubblici in generale e degli enti locali, in particolare.

7.1. — Va innanzitutto compiuto una disamina del quadro normativo.

7.1.1. — Il primo richiamo è all'articolo 35 della legge n. 724 del 1994, che ha stabilito espressamente la possibilità per gli enti territoriali di ricorrere al mercato dei capitali attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari destinati esclusivamente al finanziamento degli investimenti, e all'articolo 2 del Regolamento di attuazione n. 420 del 1996, nella parte in cui ha previsto il ricorso a strumenti derivati mediante l'attivazione di un *currency swap* come copertura obbligatoria del rischio di cambio nel caso di emissioni obbligatorie in valuta, la cui finalità è quella di evitare l'esposizione al rischio di cambio, con precipua attenzione, come espressamente evidenziato dal legislatore, a non "*introdurre elementi di rischio*".

7.1.2. — La prima parte dell'articolo 2 del Regolamento n. 420 del 1996 disponeva che "*Per la copertura del rischio di cambio tutti i prestiti in valuta estera devono essere accompagnati, al momento dell'emissione, da una corrispondente operazione di swap. L'operazione di swap dovrà trasformare, per l'emittente, l'obbligazione in valuta in un'obbligazione in lire, senza introdurre elementi di rischio*".



7.1.3. — In tale contesto, un cambiamento avviene con l'articolo 41 della legge n. 448 del 2001 (finanziaria per il 2002), con il quale, al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica (comma 1), è stata estesa agli enti locali la facoltà di emettere titoli obbligazionari (e di contrarre mutui) con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza - cd. titoli *bullet* - previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di *swaps* per l'ammortamento del debito (comma 2, previsione poi abrogata dall'articolo 62, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dall'articolo 3 della legge n. 203 del 2008), il tutto sottoposto ad un potere di coordinamento finanziario in capo al Ministero dell'economia e delle finanze. **7.1.4.** — Risulta evidente come il legislatore del 2001 abbia cercato di impedire il *moral hazard* di emettere debito, imponendo un fondo di ammortamento o un *amortizing swap*, cioè uno *swap* che costringesse l'ente pubblico ad effettuare pagamenti alla controparte dello *swap* in una misura per cd. equivalente ad un ipotetico piano di ammortamento del debito contratto dall'ente medesimo [Lo *swap* appena descritto ha finalità certamente non speculative (ammortamento del debito) e, comunque, richiede, contestualmente, la convenienza economica dell'operazione. Si è fatto notare come il legislatore abbia in fatto prescritto all'ente pubblico di guadagnare senza rischiare, il tutto all'interno del mercato dell'intermediazione finanziaria dove, connaturata all'operazione, è l'alea di rischio].

7.1.5. — La maggior parte delle operazioni in esame sono state realizzate dagli enti locali proprio nella vigenza dell'articolo 41 della legge n. 448 del 2001. Successivamente, il d.m. n. 389 del 2003 e la circolare del 27 maggio 2004 del Ministero dell'economia e delle finanze hanno regolato l'accesso al mercato dei capitali da parte degli enti territoriali relativamente alle operazioni derivate effettuate e agli ammortamenti costituiti dopo il 4 febbraio 2004, elencando le operazioni di finanza derivata vietate e consentite (unicamente nella forma *plain vanilla*) agli enti pubblici, i quali dovevano trattare solo con intermediari titolari di un *rating* non inferiore a quello indicato.

7.1.6. — La legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) ha chiarito la necessità che le modalità contrattuali, gli oneri e gli impegni finanziari in derivati siano espressamente dichiarati in una nota allegata al bilancio e che gli enti locali attestino di essere a



conoscenza dei rischi e delle caratteristiche degli strumenti finanziari utilizzati. Tale ultima legge ha rafforzato il regime dei poteri di verifica esterni con un richiamo ad un obbligo di trasparenza, con disposizioni poi abrogate dall'articolo 62, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008 (intitolato "*Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali*"), per essere riformulate in termini più stringenti dall'articolo 1, comma 572, della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014), che ha modificato l'articolo 62, vietando definitivamente, salvo nei casi individuati dalla stessa norma, alle Province autonome di Trento e di Bolzano e agli enti locali di "3. (...) a) *stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati (...)*; b) *procedere alla rinegoziazione dei contratti derivati in essere alla data di entrata in vigore della presente disposizione*; c) *stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate*".

7.2. — Esaminando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 (*Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali*) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, la Corte costituzionale – con la sentenza n. 52 del 2010 – l'ha ritenuta non fondata in relazione ai due parametri evocati (gli artt. 70 e 77 della Costituzione) ed ha dato chiarimenti valevoli anche per il futuro.

7.2.1. — Secondo il Giudice delle Leggi, infatti, la disciplina introdotta con le disposizioni del richiamato art. 62 era diretta a contenere l'esposizione delle Regioni e degli altri enti locali territoriali a indebitamenti che, per il rischio che comportano, possono esporre le rispettive finanze ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione dei relativi contratti aventi ad oggetto i cosiddetti derivati finanziari (così che, nel caso specificamente esaminato, sussistevano oggettivamente quelle ragioni di straordinarietà e urgenza che giustificavano il ricorso al decreto-legge, volto, da un lato, alla disciplina a regime del fenomeno e, dall'altro, al divieto immediato per gli enti stessi di ricorrere ai predetti strumenti finanziari).

7.3. — Considerato tale basilare insegnamento, la legge n. 147 del 2013 (la cd. legge di stabilità per il 2014) ha, quindi, stabilito che,



salvo eccezioni, l'accesso ai derivati è precluso (a pena di nullità eccepibile dal solo ente) agli enti locali.

7.3.1. — Si tratta di una normativa primaria di grande importanza la cui *ratio*, sul presupposto della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame (come espressa dalla Corte costituzionale, con la menzionata decisione n. 52 del 2010, nell'esigenza di *"evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività"*), ha portato il legislatore, con l'articolo 1, comma 572, lett. d), di tale legge, a prevedere, a pena di nullità rilevabile unicamente dall'ente, la necessità di un'attestazione scritta dell'organo pubblico, competente a firmare tali tipi di contratti, di avere una specifica conoscenza dei rischi e delle caratteristiche del derivato, nonché delle variazioni intervenute nella copertura del sottostante indebitamento.

7.3.2. — Non si mostrerà stupore, perciò, riguardo al fatto che l'attuale regolamentazione sia ritenuta, in dottrina, un valido punto di equilibrio; infatti, le problematiche discusse permangono rispetto ai contratti stipulati in passato dalla P.A.

8. — Osserva la Corte che il menzionato percorso normativo, per quanto tormentato e non sempre lineare, consente di poter concludere che, anche per il periodo di vigenza dell'articolo 41 della legge finanziaria per il 2002 e, quindi, fino al 2008 (anno in cui il legislatore ha inserito limiti più stringenti alla capacità degli enti di concludere derivati) il potere contrattuale degli enti locali incontrava sicuri limiti.

8.1. — Innanzitutto, il derivato per essere ammissibile, doveva essere economicamente conveniente essendo vietato concludere derivati speculativi. La Corte costituzionale, infatti, ha chiarito, con la decisione n. 52 del 2010 (che si ricollega a quella n. 376 del 2003), che il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, ai commi 4 e 6, dell'articolo 119 della Costituzione, che rispettivamente enunciano il vincolo dell'equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell'indebitamento alle spese di investimento (conclusione che è stata rafforzata con l'ulteriore richiamo all'esistenza della materia di legislazione concorrente del



"coordinamento della finanza pubblica" di cui all'articolo 117, comma 3, Cost.).

8.2. — Infatti, i contratti derivati, in quanto aleatori, sarebbero già di per sé non stipulabili dalla P.A., poiché l'aleatorietà costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa. Perciò bisogna concludere che, le disposizioni normative sopra passate in rassegna, che tali possibilità prevedevano, consentivano solo ciò che, normalmente, sarebbe stato vietato, con la conseguenza che dette previsioni erano anzitutto di natura eccezionale e di stretta interpretazione, avendo reso i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'ampissimo e medesimo *genus*).

8.3. — Sicché, alla luce del quadro normativo e assiologico così delineato, può già formularsi una prima conclusione, secondo la quale:

il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, comportava che solamente nel primo caso l'ente locale potesse dirsi legittimato a procedere alla loro stipula.

9. — E però, tanto non esaurisce il problema portato all'esame di queste Sezioni unite, dovendosi – pur nell'ambito del percorso astrattamente ammissibile – verificare se non siano riscontrabili altri limiti alla liceità di siffatti tipi contrattuali per la PA.

9.1. — Restano infatti aperti i problemi generali relativi alla determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto; quelli secondo i quali la validità dell'accordo va verificato in presenza di un negozio (tra intermediario ed ente pubblico o investitore) che indichi (o meno) la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità.

9.2. — E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del *mark to market*, ma investire, altresì,

gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti.

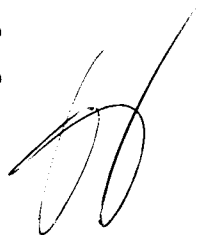
9.3. — Infatti, l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

9.4. — Si è già richiamato l'articolo 23, comma 5, del TUF, il quale dispone che *"Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile"*, così autorizzandosi non *sic et simpliciter* una scommessa, ma delimitando, con un criterio soggettivo, la causa dello *swap*, ricollegata espressamente al settore finanziario.

9.5. — Del resto, l'intermediario finanziario è tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; anche attraverso la deduzione dei cd. *costi impliciti*, altrimenti riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici, sull'assunto che ciò costituisca un incentivo affinché l'intermediario raccomandi all'investitore strumenti OTC, nei quali la remunerazione è occultata, piuttosto che strumenti da acquisire sul mercato, presso cui il compenso ha la forma della commissione da concordare.

9.6. — Con la possibilità di riconoscere una ipotesi di conflitto di interessi fra intermediario e cliente, poiché nei derivati OTC, a differenza che in quelli uniformi, tale conflitto è naturale, discendendo dall'assommarsi nel medesimo soggetto delle qualità di offerente e consulente.

9.7. — Appare perciò corretto l'esame condotto caso per caso, attraverso un approccio concreto; quell'approccio che ha portato il giudice di merito ad affermare le conseguenze sanzionatorie in quei rapporti contrattuali, considerato che: a) in nessuno dei contratti al suo esame figurava la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (cd. *mark to market*), che un'attenta e condivisibile giurisprudenza di merito riteneva *«elemento essenziale dello stesso ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e*



quindi misurabile) da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (*hedging*) o speculativa»; b) la potenziale passività insita in ogni contratto di *swap* trova una sua evidenza concreta ed attuale nella clausola di *upfront*, in fatto presente in due dei tre rapporti sostanziali oggetto di giudizio.

9.8. — In relazione, a tali profili, pertanto i mezzi di ricorso n. 3, 4 e 5 sono infondati e devono essere respinti dovendosi affermare la *regula iuris*, secondo la quale:

in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del *mark to market* sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio.

10. — E però, tanto non esaurisce il problema portato all'esame di queste Sezioni, in ragione dei restanti motivi (1 e 2) di ricorso, aventi ad oggetto il problema dell'indebitamento degli enti pubblici e della competenza a deliberare in ordine ad esso.

10.1. — Al fine di considerare risolto tale problema, non basta, infatti, una mera riduzione del tasso d'interesse nell'esercizio finanziario, dovendosi tenere conto, altresì, dei rischi connessi alle diverse condizioni di indebitamento, alla durata del debito e alle modalità di estinzione della passività. In questa ottica, si è affermato che una rinegoziazione non può essere uno strumento da utilizzare immediatamente per fare fronte alla spesa corrente, soprattutto qualora il suo esito sia di allungare i termini di pagamento del debito originario.



