



CONTRATTI DERIVATI STIPULATI DA UNA P.A. ITALIANI DISCIPLINATI DAL DIRITTO INGLESE E LA LORO VALIDITÀ

Una recentissima sentenza della Court of Appeal di Londra chiude le speranze, per vero già limitate, di dichiarare invalido un contratto derivato stipulato da una Pubblica Amministrazione italiana, in questo caso il Comune di Venezia. Il contratto è retto in questo caso dal diritto inglese e sembra affermare in modo definitivo che ogni interpretazione in tema di capacità del Comune contraente debba essere fatta alla luce del diritto, e della legislazione, di Oltremarica.

di Pierre De Gioia Carabellese
IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Alessio Giaquinto

Publicato, Lunedì 15 Gennaio 2024



Abstract ENG

A very recent ruling of the Court of Appeal, in London, marks the final chapter of the "Italian derivative saga", therefore the expectations of some Scholars in Italy to prompt the invalidity of these transactions, if entered into by an Italian council (or municipality), the local body called "comune". In this specific case the contract was governed by English law and the judges in London seem to be adamant that the Italian councils, in entering these contract for hedging purposes, do not violate any article 119(6) of the Italian Constitution. At least in London, Italian derivatives are alive and kicking, and winning.

Sommario: 1. Il caso analizzato; 2. La validità dei contratti stipulati dalla P.A. regolati dal diritto inglese

1. Il caso analizzato

Interessanti novità dalla Regno Unito in merito alla validità o meno dei contratti derivati stipulati da un comune italiano, con controparti bancarie, rette dal diritto inglese, e sottoposte alla corte inglese, in particolare il venue, il luogo di Londra^[1]. Il pronunciamento è ancora più interessante, tenuto conto che la tematica dei contratti derivati, con le sue controversie, è tutt'altro che risolta.

Nel primo grado di giudizio, dinanzi dunque alla High Court, i giudici di primo grado aveva aderito accolto l'istanza di invalidità proveniente da un comune italiano (un Council o Municipality, ad usare il linguaggio americano piuttosto che britannico), il particolare il Comune di Venezia.

La precedente statuizione della High Court, pur non rivoluzionaria (in quanto di per sé non arrivava a parlare di causa invalida del contratto derivato, nemmeno nella forma speculativa), aveva fatto ritenere in Italia che il difetto di capacità in base al diritto – in specie italiano - di una parte contraente pubblica, come il Comune, in particolare in merito ad un contratto derivato come quello finalizzato a ristrutturare un precedente derivato, impattasse sulla validità dello stesso, per violazione dell'art. 119(6) della Costituzione. Quest'ultima norma, tutt'altro che perspicua, sancisce che un Comune o più in generale un ente non possa indebitarsi se non per nuove spese di investimento.

Nell'accogliere, peraltro, la domanda per difetto di capacity, la High Court aveva comunque sancito un diritto delle banche a ottenere indietro, per il principio di unjust

enrichment, o ungiust enrichment, le somme percepite indebitamente dal Comune, quelle di Venezia, in base ad un contratto dichiarato successivamente invalido. Il termine a ritroso dal quale calcolare questo diritto delle banche doveva decorrere dalla data della sentenza Cattolica: sentenza tutt'altro che irrilevante, in quanto è a partire da tale riling che si è affermato in modo chiaro, in base al diritto italiano, e in relazione a derivati retti dal diritto italiano, che il derivato stipulato da enti locali è tendenzialmente invalido nella misura in cui costituisce nuova spesa di investimento.

Nell'appello che è seguito alla sentenza della High Court, il giudizio della Court of Appeal, molto recente, di dicembre 2023, sembra incentrarsi soprattutto sulla natura speculativa o non speculativa del contratto stipulato, piuttosto che sulla capacity.

La sentenza^[2], nell'accogliere per l'intero le doglianze delle banche, statuisce che "Venezia aveva la capacità a stipulare le Transactions^[3] che erano di copertura, non speculative, e le Transactions non difettavano del requisito di cui all'Articolo 119(6) ^[della Costituzione]. Le Transactions erano e sono valide e vincolanti per il Comune di Venezia."^[4]

È anche da sottolineare che la Court of Appeal entra nel merito del controverso, e oscuro, Art. 119(6) della Costituzione, il quale statuisce, nella traduzione inglese: "They may have recourse to indebtedness only for the purpose of financing investment expenditures".^[5] Dunque, quello che rileva per la Court of Appeal di Londra non è tanto il tenore letterale, per vero nebuloso letto con le lenti del common law, dell'art. 119(6) della Costituzione italiana. Piuttosto, ciò che rileva è una interpretazione del medesimo precetto costituzionale italiano alla luce della concreta operazione posta in essere: uno swap di copertura ovvero di natura speculativa.

Questa statuizione sembra stabilire una proibizione per gli enti pubblici a sottoscrivere swaps, contratti speculativi per definizione, piuttosto che a stabilire proibizioni nel loro esercizio di poteri sostanziali conferiti ai sensi di legge. Quindi da un punto di vista di diritto inglese, questo rappresenta una tema di capacity^[6], e non di validità.

A tal proposito, la Court of Appeal richiama il caso "Haugesund"^[7], in particolare Aikens LJ al Paragraph 59 di quella sentenza: "The conclusion cannot I think be escaped that a lack of substantive power to enter into an agreement can only properly be characterized as going to capacity". Questa sentenza, "Haugesund", evidenzia che il significato da darsi ad una questione di "capacity" o di ogni altra questione che mini la validità di un contratto retto dal diritto inglese, e stipulato da un soggetto straniero, deve essere fatta principalmente ai sensi del diritto inglese, e non del diritto di appartenenza dei soggetti.

La capacity, dunque, è una tematica ben diversa dalla illegality e dalla authority^[8],

quest'ultima connessa al potere che ha un soggetto delegato a vincolare il principal: nel caso dei comuni, il potere che abbia (o meno) una Giunta comunale a stipulare un contratto, in assenza di delega del Consiglio comunale.

Della sentenza della Corte di Appello colpisce anche il fatto che la Court of Appeal evidenzia la natura di copertura di una operazione finanziaria di un Comune italiano, nel caso di specie quello di Venezia, allorquando questo ristrutturò una precedente esposizione finanziaria. La validità deve ritenersi affermata anche in relazione all'Art. 119(6) della Costituzione. Per ironia della sorte, la stessa affermazione di uno dei quattro esperti, in questo caso quella del Comune di Venezia (Paragraph 102), offre il fianco a quella che è poi la conclusione della Court of Appeal: “a hedging swap did not infringe Article 119(6)”.

2. La validità dei contratti stipulati dalla P.A. regolati dal diritto inglese

Sebbene nel common law le sentenze non vengano massimate, in quanto la loro ratio decidendi è fondamentalmente la narrativa del fatto, si possono inferire dalla sentenza alcune affermazioni di principio importanti.

In primo luogo, esce rafforzata in merito ai contratti derivati stipulati con un comune o P.A. italiana la loro validità, essendo irrilevante il profilo causale: la causa non è rilevante al fine del diritto inglese, e dunque il giudice inglese, chiamato a decidere sul contratto derivato di una P.A. italiana non guarderà in alcun modo a profili di causa del contratto, anche se questa fosse per ipotesi irrazionale. I derivati sono per il diritto inglese contratti validi anche se, per assurdo, irrazionalmente aleatori.

In secondo luogo, ferma restando la loro validità, il derivato potrebbe essere invalidato per elementi di capacity, di capacità della parte a contrarre, ove la stessa sia una amministrazione pubblica italiana. Tuttavia, la Court of Appeal è molto chiara che, essendo le norme dello stato straniero relative alla capacità norme che sono redatte in un'altra lingua e che la Corte inglese acquisisce quale mera prova, per il tramite degli esperti, dell'una e dell'altra parte, rientra nella discrezione del giudice inglese stabilire, in base principalmente al diritto inglese che regola il contratto in questo caso, se quella capacity sussista o meno.

In questo caso (e questa costituisce la terza osservazione), la Court of Appeal ha statuito, con riferimento al derivato del Comune di Venezia, che la capacity di cui all'art. 119(6) della Costituzione della repubblica italiana deve essere interpretata, ai sensi del diritto inglese, che uno swap di copertura è operazione non solo valida per il diritto inglese, ma per la quale la P.A. italiana come un Comune abbia piena capacità a contrarre, capacity. Ove invece lo swap fosse speculativo – ma ciò non era il caso del derivato di Venezia -, la

capacity dell'ente difetterebbe.

La sentenza della Court of Appeal non solo ha un impatto importante da un punto di vista pratico, in quanto il Comune di Venezia si trova ora costretto a restituire Euro 50,000,0000, ma anche da un punto su di un profilo più teorico: i giudici inglesi sembrano rivendicare maggiormente il carattere nazionale delle norme inglesi, ove disciplinino contratti le cui parti sono non inglese. Ciò, traslato sulla tematica, annosa, dei derivati, sembra tradursi in un principio divenuto ora molto spiccato di impermeabilità del diritto inglese in tema di derivati rispetto a interpretazioni distoniche che dovessero provenire dal giudice non inglese, nella specie quello italiano, ordinamento giuridico cui appartengono le parti contraenti.

In definitiva, il diritto inglese - cui eventualmente fosse assoggettato il contratto derivato con la P.A. - sembra costituire una “baia sicura” per le banche e più in generale per il principio di certezza del diritto. Negli ultimi anni, con le sentenze italiane, giudice del foro, rette dal diritto italiano, si sono avute posizioni molto contraddittorie fra di loro, con Comuni che in alcuni casi hanno avuto la meglio, sulla base dell'art. 119(6), Costituzione, e in altri casi sono risultati soccombenti. Peraltro, la prima ipotesi, quella della invalidità, fatta propria dalla Suprema Corte di Cassazione italiana, in merito al Comune di Cattolica, sembra essere, dal 2020 in poi, quella prevalente, che fa giurisprudenza in Italia.

Tuttavia, si tratta di un precedente nemmeno persuasivo, né tanto meno vincolante, ricordano i giudici della Court of Appeal, nel caso del Comune di Venezia in epigrafe⁹¹. Il common law considera i decisa del civil law irrilevanti, anche se provengano dall'ordinamento giuridico delle parti contraenti; di qui, discende la piena libertà del giudice inglese di valutare in modo autonomo la capacity.

In definitiva, i principi che si possono trarre dal dictum della Court of Appeal di Londra, molto recente, sono pochi ma chiari.

Il contratto derivato retto dal diritto inglese, allorquando sia parte una P.A. italiana, viene retto principalmente dal diritto inglese, anche in relazione alla capacità delle parti contraenti (capacity) e dei poteri dell'organo stipulante (authority), inclusa la disposizione di cui all'art. 119(6) della Costituzione.

In secondo luogo, il contratto derivato stipulato da una P.A. italiana è valido ai sensi del diritto inglese, non essendo rilevanti per le Corti inglesi, ove il contratto sia retto dal diritto inglese, aspetti di causa, in quanto il diritto inglese non conosce il concetto di causa.

Quanto alla capacity di un ente locale, stante il disposto dell'art. 119(6) della Costituzione, le Corti inglesi interpretano una tale disposizione nel senso di considerare valido il derivato stipulato dalla P.A. locale italiana, ove il derivato abbia finalità di copertura (hedging), come era il caso del derivato (Rialto Bridge) stipulato dal comune di Venezia.

Il fatto che, ai sensi del diritto italiano, vi siano sentenze in tema di derivati, come "Cattolica", anche della Suprema Corte, non è vincolante per il diritto inglese, né per le Corti inglesi, in quanto il diritto inglese, quale sistema di common law, fa una valutazione autonoma dei principi di capacity, authority, and public policy, ossia le norme di ordine pubblico.

È interessante notare che, per effetto del decisum di Comune di Venezia, pronunciato ora dalla Court of Appeal, il Council veneto sarà ora tenuto a versare più di 50 milioni di euro alle banche controparti.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Su questa tematica, si fa riferimento ad alcuni scritti: P. de Gioia Carabellese, Il mito urbano della causa irrazionale dei contratti derivati, (2023) Bilancio Comunità e Persona, pp. 1329-1340; P. de Gioia Carabellese, I contratti derivati italiani con la pubblica amministrazione in un recente caso della High Court, (2023) Cammino Diritto, online; P. de Gioia Carabellese & M. Lembo, La deriva dei contratti speculativi in Italia: i “derivati impliciti”, (2022) Rivista della Corte dei Conti, pp. 19-26; P. de Gioia Carabellese & M. Lembo, I derivati visti dal common law inglese (e dal British Statute). Una analisi della High Court sul contratto speculativo “Busto Arsizio v. Deutsche Bank”, (2022) Le Società, pp. 607-623; P. de Gioia Carabellese & S. Davini, Derivati, Danno Erariale e un Obiter Dictum sulla Causa del Contratto Speculativo, (2022) Giurisprudenza Commerciale, pages 202-227; P. de Gioia Carabellese & S. Davini, Derivati e sostenibilità, (2021) Ambiente Diritto, pp. 1-22.

Sebbene si sia consapevoli della complessità della tematica, l'obiettivo di questo breve scritto è quello di effettuare una pronta divulgazione di una tematica di estrema attualità e con forti implicazioni pratiche.

La tematica dei contratti derivati ha attirato, in Italia, l'attenzione di numerosa dottrina. A sintetizzare, si può ricordare quella relativa alla causa (lecita o non lecita) di tali contratti, anche in relazione alla Setenza Cattolica" (Cassazione, Sezioni unite, sentenza 12.5.2020, n. 8770): A. Tucci, I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite, in Giurisprudenza Italiana, n. 11/2020, p. 2403 e ss. Si veda, in senso adesivo, anche F. Sucameli, Derivati nulli: le Sezioni Unite declinano il contratto dentro il principio dell'accountability e danno luogo a un caso “Hammersmith” italiano, in Diritto e Conti, 26 maggio 2020; in senso critico, M. Danusso, Derivati: la sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le lezioni americane di Calvino, in Diritto Bancario, 22 giugno 2020. Cfr. anche G. Della Cananea, Osservazioni a margine di Cass. Civ., sez. I, sentenza 29 luglio 2021, n. 21830, in Bilancio Comunità Persona, n. 1/2022; G. Colombini, Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile, in Bilancio Comunità Persona, n. 2/2019, 2, p. 13 e ss. In tema, cfr. A.D. Maffei, I derivati in Italia e a Londra: la change of position e la perdurante distanza tra giurisprudenza italiana e inglese, in Giustiziavivile.com, 21 dicembre 2022. Sullo specifico tema del danno risarcibile all'investitore in materia di swap, cfr. M. Rossi, Swap (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del “mezzo giurista”, in Nuova Giurisprudenza Civile Commerciale, 2022, II, p. 277; S. Pagliantini, IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”, in Nuova Giurisprudenza Civile Commerciale, 2022, II, p. 486. Per completezza di analisi sulle problematiche dei contratti della pubblica amministrazione, aventi ad oggetto derivati finanziari, S. Caldarelli, I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione, Roma, 2020, p. 323 ss [2] Banca Intesa Sanpaolo S.p.A. and Dexia Credit Local SA v. Comune di Venezia [2022] EWHC 2586 (Comm) (Court of Appeal - Civil division).

[3] Dunque, i derivati oggetto di disputa, stipulati dal pool di banche e dal comune di Venezia.

[4] Paragraph 175. Traduzione dall'inglese di chi scrive.

[5] Paragraph 178, Court of Appeal.

[6] Paragraph 179, Court of Appeal.

[7] Haugesund Kommune v Depfa ACS Bank [2010] EWCA Civ 579; [2012] QB 549

[8] La authority, in tema di derivati, costituisce a suo tempo campo di disputa, in merito al famigerato caso “Hammersmith” (cfr. per una lettura del caso, in inglese, P. de Gioia Carabellese, “Derivatives” in the light of the Recent Financial Crises (Lehman Brothers) and through Glimpses of Comparative Analysis’ (2010)3 Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia 234-257; in italiano, cfr. P. de Gioia Carabellese, M. Lembo, I contratti derivati italiani anche da una prospettiva di common law, Giappichelli, Torino, 2024). In quel caso, uno dei borough di Londra che aveva stipulato il derivato aveva operato ultra vires, in quanto lo statuto del borough, e non la legge, proibiva che tale ente potesse stipulare contratti derivati che non fossero di copertura, dunque dotati di un hedging purpose.

[9] Nel decum della Court of Appeal vi sono ampi riferimenti alle controversie Prato, Busto Arsizio, fra gli altri comuni italiani, oltre Cattolica, coinvolti nelle tematiche dei derivati.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10188>