



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LE SEZIONI UNITE SUI DERIVATI DEGLI ENTI PUBBLICI

Con la sentenza n. 8770 del 2020, la Suprema Corte si è pronunciata sulla causa del contratto di swap, sull'organo comunale competente a stipulare validamente detto contratto e sull'invalidità contrattuale riportata qualora detta competenza non sia stata rispettata.

di **Cristina Monteleone**
IUS/01 - DIRITTO PRIVATO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 23 Settembre 2020

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il contratto di swap; 3. Normativa inerente l'indebitamento assumibile dagli enti locali; 4. Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza n. 8770 dell'8 ottobre 2019 - depositata il 12 maggio 2020; 4.1. I fatti; 4.2. Le questioni di diritto poste dalla Sezione rimettente; 4.3. Il percorso argomentativo delle Sezioni Unite; 4.4. La decisione della Suprema Corte; 5. Brevi osservazioni critiche

1. Introduzione

Per effetto dell'insufficienza delle risorse economiche reperite dagli enti locali inutili a far fronte all'indebitamento dell'Amministrazione ovvero per garantire il rischio finanziario assunto da costoro all'atto della stipulazione di un contratto bancario, gli enti locali hanno ravvisato la necessità di ricorrere alla conclusione di strumenti finanziari idonei a procurargli la liquidità necessaria a sopperire alle suddette esigenze economiche.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'intento perseguito dal legislatore è stato di limitare l'indebitamento degli enti locali. Attesa la pressochè generalizzata diminuzione sia del gettito derivante dai tributi locali sia dei trasferimenti da parte dell'Amministrazione centrale, infatti, alcuni enti locali hanno avviato procedimenti giudiziari volti a far dichiarare la nullità dei contratti di swap già conclusi e la restituzione dei pagamenti già effettuati.

Con la sentenza n. 18781 del 28 luglio 2017, avuto riguardo all'eventuale nullità derivante dalla conclusione di un contratto di swap, invero, la Corte di legittimità ha ritenuto che non è possibile comminare la sanzione della nullità al contratto di interest rate swap prescindendo da una valutazione concreta delle statuizioni assunte dalle parti. Non è priva di rilievi pratici, peraltro, la questione contenuta nella sentenza in commento: alla pronuncia dichiarativa di nullità, infatti, consegue la cessazione di ogni effetto economico (favorevole o sfavorevole) per l'ente locale coinvolto.

2. Il contratto di swap

Il termine swap deriva dalla lingua inglese nella quale assume il significato di scambiare o di cambio.

Nell'ambito finanziario, detto termine indica un contratto avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro rapportato ad un determinato capitale di riferimento (cd. notional principal amount) stabilito alla conclusione del contratto.

Nel nostro ordinamento attuale, tuttavia, detta figura contrattuale non risulta essere definita specificamente da una norma bensì si può estrapolare dall'analisi comparata delle varie figure riconducibili alla testè menzionata categoria convenzionale. Nella medesima solco si è mosso il legislatore interno: invero, l'art. 1, comma 2 bis, t.u.f. non fornisce una definizione organica del contratto di swap bensì si limita ad offrire un' elencazione dei contratti derivati utilizzati nella prassi e contiene una delega al Ministro dell'Economia e delle Finanze ad individuare le ulteriori tipologie di swap individuate dalla prassi finanziaria.

Le due figure principali di swap sono:

- a. currency swap il quale prevede lo scambio di un flusso di denaro in valute diverse. Alla scadenza del contratto, le parti effettueranno un ulteriore scambio di denaro sebbene di segno opposto.
- b. interest rate swap (IRS o, nella forma più comune, cd. plain vanilla) il quale prevede che le parti si obblighino a scambiare dei flussi di denaro corrispondenti agli interessi su una data somma di denaro.

Ulteriori caratteristiche del contratto in esame sono:

- a. over the counter (OTC) ovvero un contratto non standardizzato: a differenza di altre figure contrattuali, lo swap non ha un contenuto uniforme bensì determinato dalle specifiche esigenze delle parti;
- b. la non negoziabilità del derivato: atteso il contenuto non uniforme del contratto, quest'ultimo non si presta alla libera circolazione nel mercato interno.
- c. mark to market (MTM) o costo di sostituzione: è una proiezione finanziaria, non un valore concreto ed attuale, con la quale viene determinato e fornito ai contraenti il costo al quale una parte può chiudere anticipatamente il contratto;
- d. upfront: l'eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di swap così come previsto dall'art. 119, comma 6, Cost. Detta clausola è prevista nella sola ipotesi di swap non par ossia qualora il contratto preveda, in capo alle parti, delle prestazioni squilibrate: in favore della parte che accetti le prestazioni deteriori è corrisposta la somma equivalente all'upfront.

La giurisprudenza e la dottrina, peraltro, si sono a lungo interrogate sulla causa del contratto di swap.

Ad avviso di un indirizzo giurisprudenziale, invero, sostenuto da una parte della dottrina, nel contratto di swap sarebbe rinvenibile una scommessa (artt. 1933 - 1935 cod. civ.). Detta impostazione, tuttavia, non è ritenuta condivisibile dalla giurisprudenza contenuta nell'odierna pronuncia oggetto di commento.

Secondo un'altra impostazione giurisprudenziale, condivisa anche nella sentenza in commento, al contrario, la funzione economica-sociale perseguita dal contratto di swap sarebbe individuabile in una negoziazione e monetizzazione del rischio.

In altri termini, la Suprema Corte ritiene che si sarebbe in presenza di una scommessa finanziaria differenziale, distinta rispetto al modello codicistico e, dunque, da sottoporre al vaglio di meritevolezza previsto dall'art. 1322 cod. civ.

Attesa l'eterogeneità delle finalità dello swap, peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il contratto di swap abbia una causa variabile: assicurativa, qualora il derivato sia strumentale a diminuire ovvero azzerrare il rischio finanziario di un prodotto finanziario concluso dall'ente locale; di copertura di rischi sottostanti.

3. Normativa inerente l'indebitamento assumibile dagli enti locali

Appare opportuno procedere alla disamina della normativa, vigente o abrogata da disposizioni successive, inerente le modalità, i limiti e gli eventuali divieti all'indebitamento assumibile dagli enti locali. Come già anticipato, è di ogni evidenza che l'intenzione implicita del legislatore sia stata di limitare l'assunzione di spesa da parte degli enti: infatti, è connotato da un forte grado di aleatorietà l'impegno di spesa derivante dalla conclusione di un contratto derivato. Al fine di responsabilizzare l'ente contraente, mediante la disposizione dell'art. 42 t.u.e.l., il legislatore ha previsto la competenza di conclusione del contratto ingenerante indebitamento in capo al consiglio comunale.

L'art. 116, comma 9, della Costituzione limita la possibilità per gli enti locali di ricorrere all'indebitamento all'esclusivo fine di affrontare le spese di investimento.

Dello stesso tenore, risulta l'art. 202 T.u.e.l. secondo il quale gli enti locali possono ricorrere all'indebitamento per finanziare le spese di investimento.

L'art. 35 della legge n. 724 del 1994 nonché l'art. 2 del Regolamento di attuazione n. 420 del 1996 hanno previsto la necessità di ricorrere al cd. currency swap per attenuare il rischio finanziario al quale è esposto l'ente locale contraente di un prodotto finanziario.

Nei primi anni 2000, tuttavia, al fine di attenuare l'indebitamento contratto dagli enti locali, il legislatore impose l'obbligatorietà di costituzione di un fondo di ammortamento di importo pari all'obbligazione di valuta conclusa¹ ovvero la conclusione di un contratto di swap per l'ammortamento del debito.

Il mancato rispetto delle predette norme non è privo di effetti: invero, l'art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002 commina la nullità al contratto di indebitamento stipulato dall'ente locale per finanziare spese diverse dall'investimento.

A decorrere dal 4 febbraio 2004, peraltro, il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze² ha effettuato una ricognizione delle operazioni finanziarie ammesse (nella sola forma del cd. plain vanilla) e vietate agli enti locali ed ha imposto il rispetto di precisi requisiti soggettivi in capo all'intermediario ossia la titolarità di un rating non inferiore al livello previsto in detto decreto.

Nel 2007³, peraltro, il legislatore ha posto limiti ancora più stringenti all'indebitamento degli enti locali: le condizioni contrattuali e gli oneri economici devono essere esplicitati in una nota allegata al bilancio; ai fini della validità della delibera, peraltro, gli enti locali devono dichiarare di essere consapevoli dei rischi e dei costi connessi all'operazione finanziaria.

Attesa la proposizione del ricorso avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale, detta normativa è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale⁴. In detta sede, nel ritenere infondata la questione sollevata dalle Regioni ricorrenti, il Giudice delle Leggi ha: chiarito che il divieto di conclusione dei contratti discende direttamente dai commi 4 e 6 dell'art. 119 Cost.; ravvisato la ratio perseguita dalla normativa impugnata nell'intento di evitare l'eccessivo indebitamento degli enti locali; precisato l'impossibilità di definire univocamente le nozioni di indebitamento e di investimento; demandato al legislatore il compito di fornire detta definizione la quale non deve assumere il carattere di irragionevolezza.

Sulla scorta degli insegnamenti contenuti in detto provvedimento, il legislatore⁵ ha introdotto, a pena di nullità rilevabile dal solo ente locale, il divieto assoluto di concludere contratti derivati per i predetti enti.

4. Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza n. 8770 dell'8 ottobre 2020 - depositata il 12 maggio 2020

4.1. I fatti

Avverso la sentenza resa dalla Corte di appello territoriale, in riferimento ad alcuni contratti di interest rate swap stipulati tra il 2003 e al 2004 con un Amministrazione Comunale, un istituto bancario ha proposto ricorso per Cassazione. Con la sentenza oggetto di gravame, il giudice di secondo grado aveva accolto le censure mosse alla decisione di primo grado dal Comune appellante e per l'effetto: aveva dichiarato la nullità e l'inefficacia dei contratti conclusi dalle parti e aveva disposto la ripetizione degli importi che vicendevolmente si erano corrisposti in ragione del contratto inefficace.

In accoglimento delle censure mosse dal Comune appellante, la Corte di Appello territoriale ha ritenuto costituire un indebitamento il contratto di swap con clausola di upfront e non rispettasse la causa tipica dello swap (ravvisata dalla giurisprudenza di merito in un' alea razionale e misurata e non nel contratto di scommessa codicistico) la mancata indicazione del valore del mark to market. In ragione della normativa in materia di indebitamento secondo la quale gli enti locali possono assumere impegni di spesa esclusivamente per far fronte ad esigenze di investimento, il mancato riferimento ai mutui sottostanti all'operazione di swap integra un'ulteriore violazione della causa concreta del suddetto contratto. Atteso il tenore dell'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), peraltro, la Corte emiliana ha ritenuto che le delibere di accensione dei predetti contratti dovessero necessariamente essere assunte dal consiglio comunale: nel caso di specie, invero, è stato ritenuto violato il tenore della predetta norma in quanto è stata prodotta una mera linea di indirizzo resa dall'organo consiliare.

4.2. Le questioni di diritto poste dalla Sezione rimettente

Avuto riguardo ai motivi di ricorso spiegati dall'istituto bancario ricorrente, con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019, nel rimettere il procedimento al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la Prima sezione civile ha posto le seguenti questioni di diritto:

a. se gli oneri economici derivanti dal contratto di swap con clausola di upfront possano rientrare nella nozione di indebitamento per spese diverse da quelle di investimento ex art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002;

b. attesi i perduranti effetti economici derivanti dal suddetto contratto, se sia necessario che la delibera di approvazione del contratto di swap venga assunta dall'organo consiliare.

Nella predetta ordinanza, la Suprema Corte ha richiamato la normativa (contenuta nel paragrafo 3 della presente trattazione) inerente le censure svolte dal ricorrente.

4.3. Il percorso argomentativo delle Sezioni Unite

Preliminarmente all'approfondimento delle problematiche prospettate dalla sezione rimettente e alla disamina della normativa vigente, le Sezioni Unite hanno ricostruito la nozione di contratto derivato e la causa di quest'ultimo nonché hanno delineato il quadro della normativa in materia di indebitamento.

Sulla scorta dei principi contenuti nella decisione della Corte Costituzionale, le Sezioni Unite hanno ritenuto che i derivati stipulabili dalla Pubblica Amministrazione dovessero rispondere a due requisiti:

a. convenienza del derivato da stipulare, in ossequio al principio contenuto nell'art. 119 Cost. ossia al vincolo dell'equilibrio finanziario e l'assunzione di indebitamento per specifiche e determinate finalità di investimento;

b. il derivato da stipulare potesse essere ascritto alla categoria dei cd. derivati di copertura. Attesa la distinzione tra i derivati testè menzionati e l'ulteriore categoria dei derivati cd. speculativi, distinguibili per il diverso grado di rischiosità, l'implicita deroga (desumibile dall'interpretazione sistematica della normativa in materia di indebitamento) al divieto per la P.A. di stipulare contratti aleatori è norma eccezionale e pertanto non suscettibile di interpretazione estensiva.

La Suprema Corte, tuttavia, si è interrogata sugli ulteriori requisiti di liceità dei predetti contratti.

Ai fini della determinatezza del contratto, infatti, è necessario verificare l'indicazione esplicita dell'alea assunta da ciascuno dei contraenti: occorre l'indicazione di un preciso criterio di misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale ove possono essere racchiusi il cd. mark to market, l'upfront e i costi impliciti.

Sebbene la causa concreta del contratto di swap sia stata ravvisata in un contratto di scommessa, la razionalità ascritta a detta categoria impone di individuare un criterio

idoneo ad oggettivizzare detto rischio ossia l'esplicazione precisa e puntuale dei costi e dei rischi connessi all'operazione contrattuale.

Avuto riguardo, peraltro, all'organo competente (giunta comunale o consiglio comunale) a concludere validamente detti contratti, la Suprema Corte ha chiarito che la delibera di assunzione debba essere assunta dall'organo consiliare qualora il contratto di swap sia idoneo ad incidere sull'indebitamento complessivo dell'ente. Detto assunto non discende dalla mera interpretazione letterale dell'art. 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L. bensì la necessità di permettere il coinvolgimento e il controllo sul contratto da stipulare anche ai gruppi consiliari di minoranza.

Spetta, invero, al consiglio comunale valutare altresì la convenienza del contratto derivato da sottoscrivere. Nella presente pronuncia, peraltro, le Sezioni Unite hanno chiarito che anche i costi occulti devono essere considerati ai fini del rispetto delle norme in materia di contabilità pubblica.

4.4. La decisione della Suprema Corte

Sulla scorta dei principi di diritto contenuti nella sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno assorbito il ricorso principale ed assorbito l'impugnazione incidentale. In ragione della novità e non univocità delle questioni di diritto sottese all'impugnazione, la Corte di legittimità ha ritenuto di compensare le spese. Attesa la ricorrenza del presupposto previsto dall'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115/2002, ossia l'integrale rigetto del mezzo di impugnazione, le Sezioni Unite hanno disposto che il ricorrente versi un importo pari al contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo.

5. Brevi osservazioni critiche

Oltre a rappresentare un importante precedente giurisprudenziale per gli analoghi giudizi pendenti od instaurandi, la pronuncia testè commentata contiene il risultato che si era prefissato il legislatore da oltre un decennio ovvero evitare l'esposizione a passività degli enti locali. Mediante un'interpretazione sistematica della normativa vigente in materia di indebitamento e dei principi costituzionali, infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che le modifiche legislative introdotte nel 2008 non abbiano valenza innovativa bensì interpretativa e pertanto possano essere applicate anche ai contratti stipulati in data anteriore all'entrata in vigore di dette modifiche.

L'effetto pratico raggiunto dalla sentenza in commento è evidente e di non poco momento: la normativa in materia di indebitamento (upfront, mark to market e costi impliciti) e i

suoi conseguenti limiti vengono estesi anche ai contratti stipulati nel regime normativo previgente alla legge finanziaria 2008.

Alla pubblicazione di detta pronuncia non consegue alcun automatismo nè per gli enti locali nè per gli istituti bancari: solo previa verifica concreta del contenuto contrattuale, è possibile che il giudice dichiari la nullità contrattuale ove ne ravvisi i presupposti.

Alla luce di tale arresto giurisprudenziale, tuttavia, appare verosimile l'avvio di azioni giudiziarie da parte degli enti locali per far dichiarare la nullità dei contratti di swap con la conseguente richiesta di condanna della convenuta alla restituzione dei pagamenti. Nei prossimi anni, pertanto, potrebbero essere molteplici le pronunce di legittimità aventi ad oggetto la nullità del contratto di swap.

L'accoglimento della domanda attorea (ente locale) comporterebbe non solo la cessazione del contratto ma anche la restituzione degli importi eventualmente versati dall'ente locale alla controparte. Si aggiunga, peraltro, che la suddetta pronuncia potrebbe avere degli effetti benefici anche per quei Comuni in dissesto finanziario: le risorse economiche da non corrispondere o recuperate dalla dichiarazione di nullità del contratto di swap potrebbero essere destinate in favore di altri creditori.

In definitiva, si ritiene che la predetta pronuncia possa essere salvifica in ragione delle ridotte entrate economiche di alcuni enti comunali.

Note e riferimenti bibliografici

1. articolo 41, legge 28 dicembre 2001 n. 448 (finanziaria per il 2002);
2. Decreto ministeriale n. 389 del 2003 ({https/URL}) e la circolare del 27 maggio 2004;
3. art. 62, comma 10, d.l. n. 112 del 2008 ("Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali") e legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008);
4. Corte Costituzionale, sentenza n. 52 del 10 febbraio 2010 (si ricollega alla precedente sentenza n. 376 del 18 dicembre 2003);
5. art. 1, comma 572, lett. d), legge n. 147 del 2013 (cd. legge di stabilità per il 2014);

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5743>