

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE
n. 1 - 2021

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

Comitato Scientifico

Vincenzo	Barba
Monica	Bergo
Chiara	Bergonzini
Gianluigi	Bizioli
Guido	Calabresi
Ignacio	Calatyud Prats
Francesco	Capalbo
Elisa	Cavasino
Aldo	Carosi
Carlo	Colapietro
Giovanna	Colombini
Barbara	Cortese
Giacomo	D'Angelo
Marcello	Degni
Francesco	Fimmanò
Nicola	Lupo
Vanessa	Manzetti
Simone	Mezzacapo
Vittorio	Occorsio
Giuseppe	Palmisano
Barbara	Pezzini
Eugenio	Picozza
Guido	Rivosecchi
Antonio	Saitta
Gino	Scaccia
Vincenzo	Sforza
Riccardo	Ursi
Giuseppe	Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttore

Francesco Sucameli

Responsabili di redazione

Giovanni Guida

Francesca Dimita

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 Giovanna Colombinip.4

DOTTRINA

L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali
di Marcello Cecchettip.14

Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito.
 Riflessioni sul tema
di Ines Ciolli..... p.51

La decisione di bilancio e la contabilità pubblica tra Unione Europea, Stato e Autonomie territoriali
di Guido Rivosecchi..... p.71

Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale
di Gabriele Bottino..... p.86

Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico
di Omar Chessa p.95

Principi, regole e clausole generali del diritto costituzionale del bilancio
di Simone Pajno p.123

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

La responsabilità amministrativa da assenza o inadeguatezza del sistema di controllo interno negli enti locali
di Marco Scognamiglio p.162

Sui confini esterni della giurisdizione contabile: il caso dei derivati finanziari per la gestione del debito sovrano (Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 2021, n. 2157)
di Sonia Caldarelli p.175

Le cd "Pensioni d'oro" tra il "raffreddamento" della rivalutazione e il contributo di solidarietà (considerazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 234 del 2020)
di Eleonora Canale.....p.195

Il caso della copertura di disavanzi di consorzi, aziende speciali e istituzioni quale ipotesi di riconoscimento di debito fuori bilancio
di Laura Alesiani.....p.203

I conflitti di competenza tra procure contabili nei procedimenti che coinvolgono un magistrato tra tutela del diritto all'azione e principio di imparzialità
di Raffaele Cangianop.212

La giurisdizione esclusiva della Corte dei conti nelle procedure di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali e il c.d. blocco di materie
di Mariagrazia Cartabellottap.221

STORIA DELLA DOTTRINA

Funzione amministrativa, procedimento e processo
di F. Benvenuti p.244

SUI CONFINI ESTERNI DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE: IL CASO DEI DERIVATI FINANZIARI PER LA GESTIONE DEL DEBITO SOVRANO

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 2021, n. 2157
di Sonia Caldarelli

Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo

SOMMARIO

1. Le questioni di giurisdizione sottoposte al vaglio della Corte
2. Il rapporto di servizio come criterio “mobile” per la definizione del perimetro della giurisdizione contabile
 - 2.1. L’insussistenza del rapporto di servizio tra la Banca e il MEF: le criticità sottese alla nozione di rapporto di servizio
3. La giurisdizione sui derivanti finanziari stipulati dai dirigenti del MEF
 - 3.1. I paradigmi giuridici della gestione del debito pubblico
4. Conclusioni

ABSTRACT

THE BOUNDARIES OF ACCOUNTING JURISDICTION: THE CASE OF FINANCIAL DERIVATIVES FOR SOVEREIGN DEBT MANAGEMENT.

Commentary on Unified Sections of the Court of Cassation 2157/2021"

This decision provides an opportunity to investigate the features of the "service relationship", the existence of which is necessary in order to establish the accounting jurisdiction over persons who, although not formally part of the public administration, may be considered as substantially linked to it by a functional link. Such link being the result of their participation in the administrative activity in substitution/surrogation or, at the very least, conditioning the public will, regardless of the formal nature of the act of appointment. The judgment excludes the jurisdiction of the Court of Auditors over banks that have entered into debt management contracts with the MEF

1. Le questioni di giurisdizione sottoposte al vaglio della Corte

Le SS.UU. della Corte di Cassazione (sentenza 1 febbraio 2021, n. 2157) si sono pronunciate sulla spettanza della giurisdizione in riferimento al contenzioso in materia di responsabilità amministrativa dell’intermediario finanziario (avente contestualmente il ruolo di controparte contrattuale e di *advisor*) e di alcuni ex direttori generali e dirigenti del Ministero dell’economia e delle finanze (“Mef”). Secondo la prospettazione della Procura contabile, il danno erariale, pari a circa quattro miliardi di euro, sarebbe derivato dall’illecita stipulazione, rinegoziazione, ristrutturazione e anticipata chiusura di contratti, stipulati dallo Stato, in derivati finanziari per la gestione del debito pubblico sovrano; un simile illecito amministrativo avrebbe dovuto essere ascritto (i) alla Banca, in ragione del rapporto di servizio sussistente tra quest’ultima e il Ministero, stante il ruolo da essa rivestito di consulente e specialista fiduciario del debito pubblico sovrano¹ (ii) nonché nei confronti degli alti dirigenti del Mef, che non

¹ Il ruolo di specialista in titoli di Stato, risale all’art. 76 del d.l.gs 58/1996 ed alla previsione in esso contenuta degli “operatori ammessi alle negoziazioni all’ingrosso dei titoli di Stato” e alla normativa secondaria di attuazione (dd.mm. 24.2.94; 15.10.97; 13.5.99; 216.09). L’art. 33 d.P.R. 398/03 rubricato, “Specialisti in titoli di Stato”, stabiliva i requisiti ai fini della iscrizione nello speciale elenco all’uopo previsto. L’art. 23 del d.m. 216/09, prescriveva le modalità procedurali di individuazione degli operatori specialisti in titoli di Stato. Il vigente D.lgs. 24 febbraio, 1998, n. 58. “Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria” e successive modificazioni, all’articolo 66 prevede che il Ministro dell’Economia e delle Finanze, sentite la Banca d’Italia e la Consob, disciplini e autorizzi i mercati all’ingrosso dei titoli di Stato e ne approvi i regolamenti anche in deroga alle disposizioni del capo I, del titolo I, della parte III dello stesso decreto legislativo. Il D.M. 22 dicembre 2009, n. 216,

avevano prudenzialmente ed adeguatamente valutato il rischio sotteso ai prodotti finanziari sottoscritti, aventi natura speculativa e non di mera copertura del debito esistente.

In primo grado, la Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, n.346 del 15 giugno 2018², aveva declinato la propria giurisdizione sull'azione risarcitoria introdotta dalla Procura nei confronti dell'istituto bancario, per difetto del rapporto di servizio tra la Banca e la Pubblica amministrazione e per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione contabile derivante dall'insindacabilità delle scelte discrezionali di merito sottese alla stipulazione di contratti derivati da parte dello Stato, nei confronti dei dirigenti del MEF.

Con la sentenza n.50 del 7 marzo 2019, la Corte dei Conti, I Sezione Giurisdizionale Centrale di Appello³, aveva confermato il difetto della giurisdizione contabile: in ordine all'istituto finanziario, il giudice di appello aveva rilevato che, in mancanza di una formale investitura di un potere pubblico doveva escludersi l'inserimento organico o funzionale della Banca nell'apparato amministrativo, ciò anche in base alla considerazione che, nel caso concreto, le determinazioni di gestione del debito pubblico sono state autonomamente adottate dal Ministero a seguito del proprio vaglio tecnico; né il ruolo di "specialista del debito pubblico" svolto dalla Banca (secondo le previsioni del d.l.gs n.415/1996, d.m. 24 febbraio 1994, 15 ottobre 1997, 13 maggio 1999), avrebbe potuto in sé implicare la qualifica di esercente una pubblica funzione; alla stessa stregua, il ruolo di consulente si riassumeva in una serie di obblighi informativi nell'interesse del cliente (avente la veste di "controparte qualificata" a norma dell'art. 6 comma 2 quater del TUF e 24 Di. 2004/39/CE). Quanto ai dirigenti del Mef, il giudice contabile aveva osservato che, diversamente da quanto previsto per gli enti locali (ai quali il ricorso a strumenti finanziari derivati, prima di essere definitivamente precluso, era soggetto al duplice limite della finalizzazione a spese di investimento e alla copertura di pregressi debiti ai sensi dell'art. 1 comma 575 legge 147/13), non si rinveniva alcuna preclusione, nel quadro normativo vigente, per lo Stato di ricorrere a strumenti finanziari derivati: con la conseguenza che un eventuale sindacato giurisdizionale sulle singole operazioni intraprese dal Mef e generalmente ammesse dall'ordinamento, si sarebbe risolto in un inammissibile vaglio sulle scelte di politica economica dello Stato, espressione di sovranità, .

Avverso la decisione del giudice di appello la Procura generale della Corte dei Conti ha proposto ricorso per motivi di giurisdizione ex art. 111 comma 8 della Costituzione, sottoponendo alla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, due distinte questioni:

(i) con il primo motivo di ricorso, è stata dedotta la violazione dell'art. 103 comma 2 Cost. nonché artt. 1, 2, 3, 13, 15 e 17 del d.lgs. 26 agosto 2016 n.174 e ss. mm. e ii. (Codice di Giustizia contabile), in quanto, nell'escludere la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti della Banca, la decisione avrebbe obliterato di considerare la natura

“Regolamento recante norme sull'individuazione delle caratteristiche delle negoziazioni all'ingrosso di strumenti finanziari e sulla disciplina delle negoziazioni all'ingrosso dei titoli di Stato” disciplina l'iscrizione nell'Elenco degli Specialisti in titoli di Stato, i requisiti al cui possesso l'iscrizione è subordinata e le modalità di verifica degli stessi.

² Corte dei Conti, Sezione Giur. Regione Lazio, n.346 del 15 giugno 2018, in Gior. dir. amm., 2018, 6, 776 ss, con nota di B. MARCHETTI, *La giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa: il caso dei contratti derivati del MEF*; B. CORTESE, *La giurisdizione “mobile” della Corte dei Conti: una sindacabile insindacabilità*, in Diritto & Conti. Bilancio-Comunità – Persona, 6 febbraio 2019; per un commento alla sentenza, sia consentito rinviare anche a S. CALDARELLI, *La 'riserva' di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, in Federalismi, 2018, 22, p. 1 ss .

³ Corte dei Conti, I Sez. Giur. Centr. App., 7 marzo 2019, n.50, in Giorn. Dir. Amm., 2019, 5, p. 659 ss., con nota di E. D'ALTERIO, *L'impermeabilità della gestione della finanza pubblica: Corte dei conti e contratti derivati del MEF*.

pubblicistica della sua attività sotto un duplice profilo: per un verso come "*specialista del debito pubblico*" nel collocamento dei titoli di Stato; per altro verso come soggetto in grado di incidere concretamente in ragione del rapporto fiduciario instaurato con il Mef, sulle scelte del Ministero in ordine alle più congrue modalità di gestione del debito pubblico;

(ii) con il secondo motivo, è stato eccepito l'eccesso di potere giurisdizionale per rifiuto di giurisdizione sulla responsabilità amministrativa dei dirigenti del Mef, poiché l'azione intrapresa sarebbe stata diretta a sollecitare la valutazione di liceità di operazioni in derivati, dovendosi quindi incentrare il sindacato giurisdizionale sul controllo di legalità formale e sostanziale delle concrete operazioni realizzate dai dirigenti del Mef.

La Corte di Cassazione, ha confermato la decisione declinatoria della giurisdizione contabile nei confronti dell'istituto finanziario, per insussistenza del rapporto di servizio con il Ministero⁴: ma ne ha riformato la portata sul difetto di giurisdizione nei confronti dei dirigenti del Mef, ritenendo che nella specie venga in rilievo "*una tipica azione di responsabilità contabile per danno erariale da mala gestio implicante un sindacato non già sulla scelta in sé operata dai dirigenti del Ministero, bensì sui modi di attuazione della discrezionalità da essi così esercitata*"⁵.

La sentenza in commento investe il tema della corretta perimetrazione della nozione di "limite esterno" della giurisdizione derivante dal comma 8 dell'art. 111 della Costituzione⁶ quale postulato, per un verso, del concorso tra giurisdizioni (ordinaria e

⁴ Si riporta in nota, per comodità di lettura, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: "*l'azione per danno erariale proposta nei confronti di una banca d'affari sulla base di un petitum sostanziale concernente l'inadempimento di obblighi contrattuali o ipotesi di responsabilità precontrattuale riconducibili al duplice ruolo di controparte in operazione in strumenti finanziari derivati e di specialista del debito pubblico da essa svolto nel rapporto con il Ministero del tesoro (oggi Mef), esula dalla giurisdizione contabile qualora tale rapporto non si connoti, in concreto, come relazione di servizio comportante l'assunzione da parte della stessa di potestà pubblicistiche ed il suo inserimento, anche temporaneo, nell'organizzazione interna del Ministero quale agente di questo in ordine alle scelte di negoziazione in strumenti finanziari derivati e di gestione del debito pubblico sovrano*".

⁵ La Corte di Cassazione ha, sul punto, argomentato che "*ferma restando l'insindacabilità del merito giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati, rientra invece nella giurisdizione contabile. In quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell'agire amministrativo, l'azione di responsabilità per danno erariale con la quale sifaccia valere, quale petitum sostanziale, la mala gestio alla quale i dirigenti del Ministero del tesoro (oggi Mef) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti*".

⁶ La nozione di limite esterno della giurisdizione è correlata alla locuzione di motivi inerenti alla giurisdizione, di cui al comma 8 dell'art. 111 Cost. Ai sensi della richiamata previsione costituzionale le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono ricorribili in cassazione per "*i soli motivi inerenti alla giurisdizione*", per tali intendendosi quelli derivanti dalla violazione dei limiti che il giudice incontra in rapporto con gli altri plessi magistratuali ovvero in relazione alla riserva costituzionale di poteri diversi da quello giurisdizionale (ossia il potere legislativo legislativo e amministrativo). Il risvolto patologico, cioè la violazione di tali limiti viene comunemente definito come (a) come *difetto di giurisdizione* quando manchi la potestà giurisdizionale in capo a quel giudice e (b) *eccesso di potere giurisdizionale* quando il giudice invade una sfera riservata ad altro organo amministrativo o legislativo. Sulla questione relativa alla corretta enucleazione dei "motivi inerenti alla giurisdizione" ai fini del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo e contabile, si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza, 18.1.2018, n.6, Foro Amm. (II) 2018, 5, 749. Secondo la Corte, la verifica in ordine al ricorrere del presupposto di cui al comma 8 dell'art. 111 Cost. non può che essere rigorosa, poiché impinge su norme costituzionali e, in particolare, sui commi settimo ed ottavo dell'art. 111 Cost., che "*regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali*". Osserva la Corte che, mentre il settimo comma dell'art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli

speciale) reciprocamente limitanti e, per altro verso, della impossibilità per il giudice di sostituirsi alle scelte espressione del merito amministrativo, nel rispetto dell'alterità dei poteri dello Stato (giurisdizione e amministrativa).

Da ciò deriva la sollecitazione a valutare l'ambito materiale della giurisdizione contabile sia con riferimento a soggetti non appartenenti plesso delle pubbliche amministrazioni, sia in relazione alle valutazioni di "merito amministrativo", sulle azioni di responsabilità erariale in materia di gestione del debito pubblico mediante il ricorso a strumenti finanziari derivati⁷: quanto alla prima questione viene in rilievo il

altri giudici) speciali "è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge" (sostanziale e processuale), l'ottavo comma prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai "soli motivi inerenti alla giurisdizione". Non possono pertanto essere ricompresi nei motivi inerenti alla giurisdizione ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* (cioè limiti interni della giurisdizione), ponendosi una simile interpretazione in contrasto con le citate disposizioni costituzionali. Per un approfondimento si rinvia a A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 3, p. 1111 ss.; A. POLICE, F. CHIRICO, *I soli motivi inerenti la giurisdizione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *il Processo*, 2019, 1, p. 113 ss.

⁷ In assenza di una definizione normativa, i derivati – quali strumenti finanziari che originano nella prassi dei mercati finanziari - sono stati definiti dalla Banca d'Italia, come quei "contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa, ecc. il loro valore deriva da quello degli elementi sottostanti": cfr. Circolare della Banca d'Italia n.229 del 21 aprile 1999, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, p.2. Si tratta di accordi attraverso i quali due soggetti, con esigenze finanziarie speculari, si obbligano a scambiarsi a scadenze prefissate, due somme di denaro quantificate applicando due diversi parametri ad un ammontare di riferimento. In base all'entità di riferimento si distingue tra *commodities* e *financial derivatives*. I *commodities* sono contratti derivati la cui entità di riferimento è costituita da merci (petrolio, grano, oro...); i *financial* sono contratti in cui il sottostante è rappresentato da attività o parametri finanziari (azioni, obbligazioni, tassi ecc...). Il Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria - D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - all'art. 1 c. 2 lettere d), e), f), g), h), i), j) individua i diversi strumenti finanziari rientranti nella categoria dei derivati, ma non offre una definizione della tipologia contrattuale generale, sia per le difficoltà che si riscontrano nel tentativo di astrazione dalle molteplici fattispecie in cui si sostanzia il genus dei derivati di elementi comuni che consentano di pervenire ad una definizione onnicomprensiva, sia per la necessità di non imbrigliare entro una definizione statica una realtà in permanente evoluzione. Secondo l'*International Accounting Standards*, n. 39 (IAS 39) le caratteristiche fondamentali dei contratti derivati sono tre: "a) il loro valore cambia in relazione al cambiamento di un tasso di interesse, di un prezzo di uno strumento finanziario, di un prezzo di una merce, di un tasso di cambio di valuta estera, di un indice di prezzi o di tassi, di un merito di credito o indici di credito o altra variabile prestabilita (alcune volte denominata "sottostante"); b) non richiedono un investimento netto iniziale o richiede un investimento netto iniziale che sia minore di quanto sarebbe richiesto per altri tipi di contratti da cui ci si aspetterebbe una risposta simile a cambiamenti di fattori di mercato (c.d. effetto leva); c) è regolato a data futura con regolamento differito rispetto alla data di negoziazione". L'aleatorietà di simili contratti è immediatamente percepibile dalle loro caratteristiche morfologiche: ed infatti, l'esito finale dell'operazione (e quindi le reciproche prestazioni delle parti) dipendendo dalla variazione del valore assunto come sottostante che non può essere predeterminato con certezza. Si v. a tale riguardo l'arresto della Corte Costituzionale, sentenza 18 febbraio 2010, n. 52, in Banca borsa tit. cred., 2011, 1, II, 1 con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, p.18 ss, che nel ritenere non fondata "la q.l.c. dell'art. 62, comma 6, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, sia nel testo originario che in quello modificato dall'art. 3, l. 22 dicembre 2008 n. 203, sollevata in riferimento agli artt. 117 e 119, ultima parte", ha dato rilevanza alla "natura fortemente aleatoria degli strumenti di finanza derivata, tale da sottoporre le finanze degli enti al pericolo di esposizioni debitorie gravose(...). Pertanto non è irragionevole la scelta del legislatore di vietare in via transitoria l'utilizzo di tipologie di negoziazione, avente carattere di oggettiva pericolosità per l'equilibrio della finanza regionale e locale". Per approfondimenti sulla nozione, caratteristiche e finalità dei derivati, con precipuo riferimento alle problematiche connesse al loro uso da parte di pubbliche amministrazioni, sia consentito rinviare a S. CALDARELLI, *La 'riserva' di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, op. cit., p. 1 ss.; Id., *Poteri pubblici e mercati finanziari: la giurisdizione inglese sui derivati stipulati dagli enti locali*, in *Foro Amm.* (II), 2015, 2, p. 379 ss..

problema “classico” della corretta enucleazione della nozione di “rapporto di servizio” alla luce dell’evoluzione del sistema di amministrazione degli interessi pubblici (sempre più sovente parcellizzato e non necessariamente imputabile a persone giuridiche pubbliche); quanto alla seconda questione viene in rilievo l’esigenza di assicurare forme di controllo giurisdizionale a fronte di attività di gestione del debito pubblico sovrano che, sebbene espressione di scelte di politica economica, risultano conformate da norme di matrice sovranazionale contenenti vincoli alla finanza pubblica, nonché dalle previsioni normative nazionali (di fonte costituzionale e primaria) che ipostatizzano i parametri (tecnico-giuridici) che devono guidarne la concreta esecuzione.

2. Il rapporto di servizio come criterio “mobile” per la definizione del perimetro della giurisdizione contabile

Il primo tema affrontato dalle Sezioni Unite è quello della sussistenza o meno, nella fattispecie di danno erariale dedotta dalla Procura contabile, degli elementi sintomatici del “rapporto di servizio” tra l’istituto finanziario e il Mef.

La decisione in commento offre l’occasione per indagare sui connotati del “rapporto di servizio” la cui ricorrenza è necessaria al fine di incardinare la giurisdizione contabile nei confronti di soggetti che, sebbene non formalmente appartenenti al plesso delle pubbliche amministrazioni, possano ritenersi sostanzialmente ad esso legati da un nesso funzionale, per effetto della compartecipazione all’attività amministrativa in via sostitutiva/surrogatoria o, quanto meno, condizionante la manifestazione volitiva pubblica, a prescindere dalla natura formale dell’atto di investitura.

Si tratta di un criterio flessibile, di elaborazione pretoria, dalla cui applicazione più o meno restrittiva, dipende la definizione dell’ambito materiale della giurisdizione contabile.

Si impongono al riguardo due premesse.

La prima è che si è storicamente riconosciuta una *vis expansiva* dei confini della giurisdizione contabile, speculare e simmetrica alla evoluzione del sistema amministrativo di cura e tutela degli interessi pubblici.

La seconda è che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha tradizionalmente escluso la naturale portata precettiva dell’art. 103 comma 2 della Costituzione secondo cui “*la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*”⁸. Secondo tale indirizzo interpretativo la locuzione di “materia di contabilità pubblica” integrerebbe un concetto di labili confini e non autoconsistente, in sé inidoneo a circoscrivere l’ambito materiale della potestà giurisdizionale della Corte dei Conti, sicché “*proprio in applicazione dell’art. 103, secondo comma, Cost., e nei limiti ad esso imposti, spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc.). E nella interpositio del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei Conti*”⁹; da qui il riconoscimento di una ampia discrezionalità del legislatore nella puntuale attribuzione della giurisdizione contabile.

La giurisprudenza sulla necessità della *interpositio legislatoris* si è sviluppata proprio con specifico riferimento alla giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità amministrativa, le quali, si è detto, spetterebbero altrimenti alla cognizione del giudice ordinario quale giudice naturale delle controversie che investono

⁸ Per un commento sulla portata della norma costituzionale, si v. A. Police, *Commento all’art. 103, 1° e 2° co. Cost.*, in Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana, A. CELOTTO, R. BIFULCO E M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, vol. III, p. 1987 ss.

⁹ Corte Cost. 30.12.1987, n.641, in Giur. it. 1989, I,1, 227.

diritti soggettivi, tra cui rientrano quelle fondate sul paradigma del *neminem ledere* di cui all'art. 2043 c.c.. La sorte che ha riguardato invece il giudizio di conto appare diversa: ed infatti, con riferimento a quest'ultimo, pur formalmente affermandosi il principio della tendenziale generalità della giurisdizione della Corte dei Conti e pur ribadendosi che il comma 2 dell'art. 103 Cost. non conterrebbe una riserva di legge a favore della predetta giurisdizione, si è ammesso che la responsabilità degli agenti contabili sia una fattispecie rientrante in sé (senza quindi bisogno di una norma puntuale attributiva) nell'ambito di applicazione dell'art. 103 co. 2 Cost.¹⁰, salvo deroghe espresse.

Se ne ricava che, ad eccezione della materia strettamente contabile per la quale l'*interpositio legislatoris* è richiesta solo al fine di escludere la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti, i confini della giurisdizione contabile dipendono dalle scelte puntuali del legislatore ordinario, al quale spetta la individuazione delle controversie rientranti nella materia della contabilità pubblica; l'art. 103, comma 2 Cost. non avrebbe, pertanto, immeditata portata precettiva, tale da comportare il carattere esclusivo della giurisdizione contabile, ma sarebbe espressione di un principio tendenzialmente generale¹¹.

L'elaborazione della nozione di "rapporto di servizio", e la progressiva emersione dei suoi elementi caratterizzanti, si colloca nella anzidetta cornice normativa e giurisprudenziale: se da un lato, il legislatore ordinario (art. 13 del r.d. n.1214/1923; art. 1 comma 1 della l. n. 20/1994; art. 1 del d.l.gs n.174/2016) ha riconosciuto alla Corte dei Conti la giurisdizione sulle azioni di responsabilità amministrativa per danno erariale, quale giurisdizione sulla materia della contabilità pubblica ex art. 103 comma 2 Cost., dall'altro lato la giurisprudenza, al fine di evitare zone franche dal controllo giurisdizionale della Corte dei Conti, ha progressivamente definito, in senso estensivo, gli elementi costitutivi di detta responsabilità amministrativa pervenendo alla conclusione che ai fini dell'illecito erariale non sia necessario un rapporto di impiego tra il danneggiante e la pubblica amministrazione, ma sia sufficiente una relazione funzionale tra il primo e la p.a. ("rapporto di servizio") atta a denotare la sostanziale compartecipazione del soggetto danneggiante all'attività della persona giuridica pubblica, così estendendo le maglie della giurisdizione contabile anche nei confronti di soggetti estranei al plesso delle amministrazioni.

La nozione di rapporto di servizio è, difatti, legata alla contingente necessità di estendere i confini della giurisdizione contabile a fronte di fenomeni di esternalizzazione di funzioni pubbliche e di ascrizione di fatto di funzioni pubbliche, a soggetti formalmente estranei alla p.a., sul presupposto della natura dinamica e

¹⁰ Corte Cost., 26.6.1970, n.110, su de-iure.

¹¹ *Id.*, 7.7.1988, n. 773, in Foro it.,1989, I, 368. La Corte Costituzionale ha chiarito che "*L'esigenza di apposite previsioni legislative, d'altra parte, discende sia dal fatto che - al di là degli aspetti formali (natura pubblica dell'ente e dell'oggetto della gestione) - la materia della contabilità pubblica, di per sé suscettibile di evoluzione, "non è definibile oggettivamente" (sent. n. 641 cit.: cfr. anche la sent. n. 17 del 1965), sia dall'incidenza che sulle valutazioni del legislatore possono avere altri fattori, quali il nesso esistente tra regime dei controlli sugli enti e regime della responsabilità dei funzionari ovvero la configurazione positiva degli organi chiamati a valutare quest'ultima (cfr., per la Corte dei Conti, la sent. n. 230 del 1987). Avuto riguardo a tutto ciò, ben si comprende che la "tendenziale generalità" della giurisdizione della Corte dei Conti, al di là dei casi già in essa espressamente o istituzionalmente ricompresi, necessita normalmente di apposite previsioni legislative e non può sortire un effetto invalidante di norme che - come nella specie - facciano ricadere la materia nell'ambito della generale giurisdizione del giudice ordinario; e che, inoltre, la sua potenzialità espansiva può ritenersi operante ex se, nelle ipotesi di carenza di disciplina, solo se sussista il requisito dell'"identità oggettiva di materia" - da intendersi alla stregua di quanto già detto - e non siano di ostacolo "i limiti segnati da altre norme e principi costituzionali" (sent. n. 129 del 1981), la cui compiuta attuazione può richiedere o suggerire una disciplina diversa".*

storicamente condizionata della materia di “contabilità pubblica”¹²; la mutata distribuzione delle funzioni pubbliche, oggi articolata in diversi soggetti pubblici e privati¹³ (si pensi alle società a partecipazione pubblica, ai concessionari di pubblici servizi, ai soggetti privati esercenti pubbliche funzioni¹⁴), ha contribuito a spostare il baricentro per la individuazione della giurisdizione contabile verso il criterio funzionale del fine perseguito e della natura pubblica delle risorse. La tesi a tale fine propugnata dalla giurisprudenza è che la responsabilità amministrativa per danno erariale, postula (solo) una relazione funzionale tra il presunto autore dell’illecito e la pubblica amministrazione, che non implica anche un formale rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente la compartecipazione del soggetto all’attività amministrativa; ciò senza che sia richiesto che l’atto di investitura assuma connotazioni particolari, potendo esso essere costituito da un contratto, da una concessione o da qualunque altro atto, a prescindere dalla forma giuridica, purché determini l’inserimento del soggetto nell’organizzazione amministrativa con funzione sostitutiva della capacità decisoria della p.a..

Si è quindi affermato che l’elemento dirimente ai fini della radicazione della giurisdizione contabile nei confronti di soggetti che non hanno un formale inserimento nell’organizzazione amministrativa, sarebbe costituito dalla “*esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di danno patrimoniale e l'ente pubblico (...) individuabile nel rapporto di servizio in senso lato, tale - cioè - da collocare il soggetto preposto in posizione di attivo partecipante dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente.*”¹⁵ Sul solco di tale approccio ermeneutico il perimetro della giurisdizione contabile risulterebbe legato all’emersione, in concreto, di elementi sintomatici della sostanziale surrogazione del soggetto privato alle scelte decisionali della pubblica amministrazione nello svolgimento di attività di interesse pubblico. La descritta flessibilità dei contorni definitivi del rapporto di servizio, appare come il portato della tesi interpretativa sulla non autoconsistenza e dinamicità della nozione costituzionale di contabilità pubblica, di cui al comma 2 dell’art. 103 Cost..

2.1. L’insussistenza del rapporto di servizio tra la Banca e il MEF: le criticità sottese alla nozione di rapporto di servizio

¹² Sulla natura dinamica della contabilità pubblica e dei conseguenti confini della giurisdizione contabile, cfr. A. CAROSI, *Linee evolutive delle funzioni della Corte dei Conti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, Atti del Convegno su L’evoluzione della contabilità pubblica al servizio della collettività. Giornata di studio in memoria di Salvatore Buscema, Roma, Corte dei Conti 10 marzo 2016, in Riv. Corte dei Conti, 2016, 3-4, p.459 ss..

¹³ F.G. SCOCA, *Società private e giurisdizione contabile* (nota a S.U., ord., 5 dicembre 2016, n. 24737), in Giur. It., 2017, p. 934 ss.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in Giur. Dir. Amm., 2012, 3, p.323. ss..

¹⁴ Sulla giurisdizione contabile sul concessionario del servizio delle pubbliche affissioni e della pubblicità, cfr. Cass. Sez. Un. 24.3.2017, n. 7663, in Giust. Civ. Mass. 2017: “... il soggetto esterno si inserisce nell’iter procedimentale dell’ente pubblico, come partecipante dell’attività pubblicistica di quest’ultimo, non rilevando, in contrario, la natura privatistica del soggetto affidatario del servizio, né il titolo giuridico in forza del quale il servizio viene svolto, e neppure la compensabilità dell’obbligazione del concessionario con il credito relativo all’aggio, essendo configurabile l’operatività della compensazione anche nell’ambito dei rapporti di diritto pubblico allorché specifiche norme la prevedano”.

¹⁵ Cass. Sez. Un., 25.3.2016, n. 6022, in Guida al diritto 2016, 26, 46 . Un simile approccio ha condotto, sempre nel solco della natura espansiva della giurisdizione contabile, a ritenere sussistente detta giurisdizione con riferimento all’attività di refertazione delle risultanze di gara svolta dall’arbitro di calcio cfr. Cass. Sez. 9 gennaio 2019, n. 328 all’attività di refertazione di un arbitro di calcio: v. Cass. Sez. Un. 9.1.2019, n.328, in Giur. it., 2019, 398 ss. connota di S. PAPA, *Arbitro di calcio, natura giuridica delle federazioni sportive e danno erariale*.

La Corte di Cassazione ha rammentato che sono essenzialmente tre gli elementi caratterizzanti il rapporto di servizio ricavabili dall'evoluzione della giurisprudenza di legittimità¹⁶: (i) l'attribuzione al soggetto esterno alla p.a. dell'incarico di svolgere per conto di essa e con risorse pubbliche, un'attività o un servizio pubblico; (ii) l'inserimento funzionale del privato nell'apparato organizzativo dell'amministrazione, con conseguente obbligo per il primo di osservare i vincoli pubblicistici propri della p.a.; (iii) l'irrelevanza della natura giuridico-formale dell'atto di investitura (potendo esso essere indifferentemente costituito da un rapporto di pubblico impiego ovvero da una concessione amministrativa o anche da un contratto di diritto privato) e l'influenza della circostanza che le modalità di espletamento del servizio rispondano a moduli di diritto comune.

L'applicazione al caso concreto di tali canoni ermeneutici ha condotto alla conclusione del mancato inserimento funzionale dell'istituto finanziario nella struttura organizzativa del Mef, con effetto "*sostanzialmente sostitutivo delle valutazioni e delle decisioni di quest'ultimo* o "*quantomeno decisoriamente determinante nell'adozione delle scelte di quest'ultimo*" in ordine alla gestione del debito pubblico e negoziazione di contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, con conseguente impossibilità – per insussistenza degli elementi sintomatici del rapporto di servizio - di ritenere radicata la giurisdizione contabile.

Una simile conclusione è stata argomentata sulla base di tre concorrenti ragioni:

(i) in primo luogo, la posizione dedotta in giudizio dalla Procura sarebbe quella dell'abuso, da parte dell'istituto finanziario, di una posizione di squilibrio nell'ambito del rapporto negoziale a danno del Ministero, integrante un'ipotesi di ordinaria responsabilità contrattuale o pre-contrattuale sulla quale non potrebbe dirsi sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti;

(ii) in secondo luogo il ruolo di specialista del debito pubblico svolto dalla Banca non implicherebbe anche quello "*formativo o sostitutivo*" della volontà del Ministero, "*quanto piuttosto meramente attuativo, delle scelte di indebitamento pubblico esclusivamente proprie del tesoro*": sotto tale profilo, le Sezioni Unite hanno escluso che la funzione di *advisor* comporterebbe anche la immediata individuazione degli elementi propri del rapporto di servizio, *sub specie* di sostanziale sostituzione alle decisioni dello Stato sulle scelte di gestione del debito pubblico;

(iii) in terzo luogo soccorrerebbe il dato oggettivo che "*i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati dei gestire il debito pubblico*" costituiscono ai sensi dell'art. 6 comma 2 quater TUF, controparti qualificate nell'intermediazione finanziaria, in ciò annidandosi un elemento a favore dell'esclusione del riconoscimento di una ingerenza essenziale e determinante della consulenza svolta dalla Banca, sulla volontà decisoria del Ministero.

Sebbene la decisione in commento non si discosti dagli approdi giurisprudenziali tradizionali quanto alla enucleazione degli indici sintomatici del rapporto di servizio, le argomentazioni in concreto utilizzate possono lasciare spazio ad alcuni dubbi¹⁷.

Un primo elemento di criticità riguarda la tesi che fa leva sul *petitum sostanziale*: secondo la Corte, poiché nella prospettazione della Procura contabile il nucleo accusatorio muoverebbe da una tipica violazione, da parte dell'istituto finanziario, degli obblighi negoziali o informativi su di esso gravanti, dovrebbe escludersi la giurisdizione contabile e affermarsi la giurisdizione ordinaria. In altri termini, l'azione di risarcimento del danno si fonderebbe su fatti e comportamenti afferenti alla fase

¹⁶ Cass. Sez. Un., 14.9.2020, n.19086, in Guida al diritto 2020, 39 , 64; *Id.* 10.1.2019, n.486, *ivi*, 2019, 15 , 50 ; *Id.*,19.5.2016, n.10324, *ivi*, 2016, 37, 50

¹⁷ Sulle difficoltà di perimetrare il rapporto di servizio con riferimento ai rapporti tra Istituto finanziario e MEF, si v. le riflessioni di B. CORTESE, *op. cit.*.

precontrattuale e contrattuale posti in essere dalla Banca nella qualità di controparte negoziale: la *causa petendi* si sostanzierebbe, quindi, nella presunta violazione delle regole di comportamento e delle regole sulla validità dei contratti tra le parti, proprie del diritto comune. Conseguentemente, non verrebbe in rilievo il rapporto di servizio, bensì il rapporto contrattuale *tout court*, e non ci si troverebbe di fronte ad una fattispecie di responsabilità amministrativa, bensì di fronte ad una forma di responsabilità civile¹⁸.

Tale argomento, in realtà, non appare in sé dirimente se si considera che la giurisdizione contabile si radica, sotto il profilo oggettivo, in funzione di un danno per il pubblico erario correlato da occasionalità necessaria (i.e. comportamento posto in essere nell'ambito di un rapporto di servizio) rispetto al quale risulta indifferente che il pregiudizio lamentato nasca dalla violazione di un rapporto contrattuale e che, in astratto, tale danno sia eventualmente invocabile (anche) dinanzi ad altre giurisdizioni¹⁹. Appare invero preliminare al fine di radicare (o escludere) la giurisdizione contabile la possibilità di ritenere sussistente un rapporto di servizio tra l'amministrazione e il soggetto preteso danneggiante; da una simile valutazione discende difatti il discrimine tra i titoli di responsabilità astrattamente concorrenti (quella amministrativa o quella ordinaria contrattuale o da illecito aquiliano), dovendosi affermare la giurisdizione contabile quando il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi/illeciti tenuti dall'agente nell'esercizio delle funzioni per le quali possa dirsi che egli sia inserito nell'apparato dell'ente pubblico (potenzialmente scaturenti anche dalla violazione di regole contrattuali).

Il secondo e correlato ordine di problemi, riguarda la tesi secondo cui, nel caso di specie, dovrebbe ritenersi insussistente il rapporto di servizio sia per la sostanziale "neutralità" della funzione consulenziale svolta dalla Banca, sia per la qualificazione formale del Mef come controparte qualificata nell'intermediazione finanziaria ai sensi dell'art. 6 comma 2 quater del TUF. Va a tale proposito rammentato che la stessa giurisprudenza di legittimità è pervenuta ad una soluzione radicalmente opposta, in punto di giurisdizione, sulle azioni di danno erariale derivanti dalla gestione e collocamento del debito pubblico e dalla conclusione di contratti aventi ad oggetto derivati finanziari, laddove la controparte contrattuale della banca sia costituita (non dall'amministrazione centrale, ma) da enti locali. Si afferma al riguardo la sussistenza della preposizione funzionale della banca all'esercizio di funzioni pubbliche, tutte le volte che essa operi come consulente (advisor) ai fini della stipulazione di contratti derivati e di operazioni per la gestione e ristrutturazione del debito; secondo tale indirizzo l'intermediario finanziario si inserirebbe difatti nel processo decisionale pubblico, con funzione determinante o sostitutiva della volontà dell'ente locale, configurandosi quindi l'instaurazione di un rapporto di servizio²⁰.

¹⁸ Per completezza di analisi, si rileva che sovente i contratti aventi ad oggetto derivati finanziari, contengono clausole di proroga della giurisdizione a favore di Corti di ordinamenti diversi da quello italiano e/o ad arbitrati internazionali, neutrali rispetto alla natura pubblica di una delle parti contraenti; per effetto del riconoscimento della consistenza della controversia come afferente alla validità, interpretazione e/o esecuzione del contratto, si dovrebbe concludere nel senso del difetto assoluto di giurisdizione del giudice domestico: per un approfondimento su tale tematica, sia consentito rinviare a S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, Roma tre press, l'Unità del Diritto n.29, 2020, p. 323 ss..

¹⁹ In questo senso, Corte Conti, Sez. giur. Veneto, 10.7.2017, n. 77, in *Rass. dir. farm.*, 2018, 2, 423

²⁰ Cass. Sez. Un., 12.05.2020, n.8770, in *Guida al diritto* 2020, 31, 73. La giurisprudenza della Corte dei Conti dal canto suo, ha ritenuto sussistente il rapporto di servizio tra un istituto bancario che svolge il ruolo di advisor nei confronti dell'ente locale in materia di indebitamento e di politiche di gestione del bilancio con conseguente giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità per i danni eventualmente cagionati alle casse comunali. Tale orientamento, che richiama la giurisprudenza della Corte regolatrice (Corte di Cassazione, sezione u civile, ordinanza 22 settembre 2014, n. 19891), rammenta che: il Regio

Di simili approdi (antitetici rispetto a quello prospettato nella sentenza in commento) è consapevole la Corte di Cassazione, che lascia espressamente aperta la possibilità che nei rapporti tra istituto finanziario ed ente locale possa ritenersi integrato il rapporto di servizio²¹, adducendo, a tale fine, come ragione giustificatrice, il minor grado di competenza e specializzazione degli enti locali nella materia della finanza pubblica²².

Se ne inferisce che, con riferimento a due fattispecie sovrapponibili sotto il profilo dell'elemento oggettivo dell'illecito, il radicamento o meno della giurisdizione contabile viene fatto dipendere dal diverso grado di competenze dell'ente pubblico in materia finanziaria: mentre in relazione agli enti locali (in particolare quelli di piccole dimensioni) il difetto di conoscenze specifiche determinerebbe il riconoscimento, in capo all'istituto finanziario che opera come *advisor*, di parte di un rapporto di servizio (sul presupposto implicito che se l'ente locale non ha conoscenze in materia, la Banca, quale soggetto specializzato, ha maggiore capacità di condizionamento delle scelte del primo), con riferimento al MEF, la sussistenza del rapporto di servizio viene esclusa proprio sulla scorta della sua natura di controparte qualificata nell'intermediazione

decreto 12 luglio 1934, n. 1214, articolo 52, manifesta il trasparente intento di non limitare la categoria dei destinatari delle norme in materia di responsabilità amministrativa ai soli soggetti che abbiano instaurato con lo Stato o con altro ente pubblico un rapporto di impiego vero e proprio, dato che menziona, oltre agli impiegati, i funzionari e gli agenti, civili e militari, tout court, siano essi dipendenti ovvero comunque retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni pubbliche; in tale contesto la più qualificata giurisprudenza di legittimità, al fine di individuare l'ambito di estensione della giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dell'autore della condotta, pretesamente responsabile di danno erariale, si sono avvalse anzitutto del criterio cd. dell'appartenenza, andando a scrutinare se, in relazione alla connotazione che, in concreto, ha assunto il singolo rapporto, il soggetto possa considerarsi parte integrante (e costitutiva) di una pubblica amministrazione. Ne è derivata l'elaborazione di una nozione di rapporto di servizio, come rapporto che è configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benchè estraneo all'ente, si trovi investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore dello stesso, venendo conseguentemente a inserirsi nella sua organizzazione e ad assumere particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata indipendentemente dal ruolo in cui il soggetto che interloquisce con la P.A. viene a trovarsi. Poste tali premesse e passate in rassegna le disposizioni normative che qualificano il ruolo dell'*advisor*, la Corte ha ritenuto "ai limitati fini dell'affermazione di giurisdizione di questa Corte che quindi la tipicità delle azioni che l'*advisor* deve porre in essere è tale da porre in risalto il suo inserimento nella organizzazione dell'Ente pubblico con l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali atti ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali....Pertanto, e conformemente agli insegnamenti della Suprema Corte di Cassazione, non può negarsi che quando la valutazione fornita dal soggetto assuma valore determinante nella formazione della volontà dell'ente si instauri un rapporto funzionale diretto tra il consulente, in virtù della posizione assunta di sostanziale partecipante del procedimento deliberativo ed esecutivo dell'effettuato acquisto, e l'ente medesimo. E ciò appare sufficiente ad incardinare la giurisdizione del Giudice contabile" Corte dei Conti, sez. I centr. app., 16 dicembre 2015, n. 609, reperibile su

https://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/corte_dei_conti_sez._i_giurisdizionale_centrale_di_appello_16_dicembre_2015_n._609_0.pdf.

²¹ In tal senso si legge nella sentenza che la statuizioni ivi contenute lasciano impregiudicato quanto in precedenza statuito con riguardo al contenuto informativo dovuto dagli intermediari finanziari ai Comuni, nella stipulazione di contratti derivati, che (almeno nelle più modeste realtà territoriali) sarebbero equiparabili ai clienti retail.

²² Sul tema si veda G. COLOMBINI, *Brevi riflessioni su debito pubblico e giudice contabile*, in *Bilancio-Comunità-Persona*, 2019, 2, p. 13 ss. che, con riferimento alla motivazione addotta dalla Corte dei Conti, I Sez. Giur. Centr. Di Appello, n. 50/2019, cit., ha osservato che "anche se sussiste una diversa disciplina legislativa in materia di ricorso a strumenti in derivati per lo Stato e per gli enti locali (...) tale diversità non può di certo costituire una motivazione sufficiente per giustificare un minore rigore nella gestione del debito pubblico da parte dello Stato, in quanto la riforma costituzionale del 2012, nell'affermare il rispetto dei principi dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità del debito pubblico, chiama in causa, indistintamente, Stato, amministrazioni non territoriali ed enti territoriali la diversità della disciplina giuridica in materia di ricorso a strumenti finanziari derivati non possa costituire ragione sufficiente per giustificare un minor rigore nella gestione del debito pubblico".

finanziaria, ex art. 6 comma 2 quater TUF, senza che assuma alcuna rilevanza la funzione di consulenza espletata in concreto dall'istituto finanziario.

Si tratta di un approccio interpretativo che, tuttavia, finisce per far derivare la perimetrazione della giurisdizione contabile da elementi sintomatici che appaiono eccessivamente labili (carenze organizzative o conoscitive proprie dell'amministrazione), ovvero eccessivamente rigidi (natura "formale" di controparte qualificata del MEF ai sensi delle conferenti previsioni normative).

Nel primo caso si rischia di incorrere in soluzioni fonte di disparità di trattamento: le due fattispecie di danno erariale sopra delineate non sono distinguibili sotto il profilo degli elementi oggettivi dell'illecito né sotto il profilo della formale e sostanziale alterità tra le parti (p.a. e banca) che svolgono funzioni diverse, mosse da diversi interessi - l'uno pubblico, l'altro privato- , potenzialmente in conflitto tra loro; l'elemento discrezionale sarebbe costituito solo dalla diversa capacità del soggetto pubblico - ente locale o MEF - di autodeterminarsi in ragione del proprio grado di competenza tecnica. Si tratta di elemento che però non incide sulla posizione della Banca - rispetto alla quale occorre valutare la preposizione funzionale allo svolgimento di attività pubblicistiche - che resta immutata sotto il profilo del ruolo svolto, delle funzioni esercitate e degli interessi perseguiti e che, anzi, sembrerebbe essere maggiormente implicata nel caso della gestione del debito Sovrano in quanto "specialista del debito pubblico".

Nel secondo caso si rischia di introdurre un elemento di rigidità (formale qualificazione della controparte contrattuale ex art. 6 comma 2 quater del TUF) a sfavore invece di indici che potrebbero deporre nel senso contrario della sostanziale compartecipazione del soggetto all'esercizio della funzione pubblica (quali, la funzione consulenziale in concreto svolta, e la infungibilità dell'attività espletata dalla banca in favore della p.a.). A tale proposito si sarebbe potuto diversamente valutare l'inserimento funzionale dell'istituto finanziario, controparte contrattuale del Ministero e suo consulente, nell'amministrazione del debito pubblico, sulla scorta del necessario avvalimento di un istituto finanziario per lo svolgimento delle concrete attività di gestione del debito: in altri termini, per poter affermare la sostanziale sostituzione di un soggetto esterno alla PA alle funzioni spettanti ad essa, un indice oggettivo potrebbe essere costituito dalla obbligatorietà del ricorso ad un soggetto estraneo all'apparato per poter espletare una specifica attività. Nel caso di specie, il Ministero non avrebbe potuto autonomamente svolgere l'attività di gestione del debito e di conclusione sul mercato di contratti derivati, dovendosi necessariamente avvalere a tale scopo delle prestazioni di un soggetto qualificato, dotato di un certo grado di autonomia decisionale. Un ulteriore indice avrebbe potuto essere rinvenuto nella consistenza di quella attività, che non solo ha rilievo pubblicistico (trattandosi di attività di finanza pubblica al suo più alto livello), ma non appare affatto estranea alla materia di contabilità pubblica: la preposizione funzionale della Banca allo svolgimento di un'attività funzionalizzata (cioè diretta al perseguimento di un interesse pubblico) appare addirittura valorizzata dalla sua qualificazione normativa di "specialista in titoli di Stato", locuzione che non lascia dubbi non solo sulla specializzazione delle competenze professionali, ma anche sulla naturale destinazione dell'istituto allo svolgimento di attività connesse ad operazioni di finanza pubblica.

Occorre precisare che l'argomento, pur sostenuto dalla Procura contabile, che fa leva sulla natura dell'istituto finanziario di specialista del debito sovrano, è stato disatteso dalla Corte di Cassazione, sulla scorta di due ordini di ragioni: per un verso, poiché gli Istituti finanziari specialisti in titoli di Stato resterebbero comunque estranei, dal punto di vista strutturale e operativo, alla p.a. e, per altro verso, in quanto essi sarebbero deputati allo svolgimento di un compito meramente attuativo delle scelte a monte proprie del Tesoro. Il primo argomento (consistente nell'alterità strutturale tra Banca e

Ministero) appare tautologico, nella misura in cui l'indagine sulla ricorrenza degli indici sintomatici del rapporto di servizio muove proprio dalla formale estraneità del soggetto (preteso) danneggiante dal plesso organizzativo della p.a.; detta valutazione, essendo volta a disvelare la sostanziale compartecipazione alla funzione amministrativa di un soggetto privo della veste di persona giuridica pubblica, non può quindi arrestarsi di fronte ad elementi puramente formali. Il secondo argomento addotto dalle Sezioni Unite (consistente nella natura essenzialmente esecutiva delle attività svolte dalla Banca), non sembra, invece, tenere in debito conto il ruolo consulenziale svolto dall'istituto finanziario nei confronti del Mef, destinato a condizionare a monte la scelta sulle modalità di indebitamento pubblico e della sua gestione.

3. La giurisdizione sui derivanti finanziari stipulati dai dirigenti del MEF

La seconda questione di giurisdizione vagliata dal giudice di legittimità è quella afferente alla sindacabilità da parte della Corte dei Conti delle scelte finanziarie di gestione del debito pubblico sovrano.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno riformato la decisione della Corte dei Conti declinatoria della propria giurisdizione in ordine all'azione di responsabilità amministrativa proposta nei confronti dei dirigenti del Mef per illecita stipulazione, rinegoziazione e chiusura di contratti aventi ad oggetto derivati finanziari per la gestione del debito pubblico, disattendendo la tesi sviluppata dal giudice contabile in ordine alla natura sostitutiva del sindacato giurisdizionale sulle scelte di politica economica dello Stato italiano, sollecitata dall'azione della procura.

In via preliminare, le Sezioni Unite si sono soffermate sulla *"natura di pura giurisdizione della pronuncia"* e sulla conseguente ammissibilità del ricorso in Cassazione ex art. 111 comma 8 della Costituzione: si è a tale fine osservato che, sebbene la decisione della Corte centrale di Appello abbia effettuato l'esame della disciplina che regola la gestione del debito sovrano attestante la legittimità per lo Stato del ricorso a strumenti finanziari derivati e l'insussistenza di previsioni normative discriminanti i derivati di copertura da quelli con finalità speculativa, ciò, lungi dal costituire il fondamento della valutazione giurisdizionale della coerenza delle scelte operate dal Ministero con il quadro normativo, avrebbe avuto solo la funzione di mettere in evidenza come il sindacato della Procura erariale fosse in realtà diretto ad investire le scelte di politica economica statale²³.

Nel merito, la decisione in commento ha richiamato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui *"in tema di giudizi di responsabilità amministrativa, la Corte dei Conti può valutare, da un lato, se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati – anche con riguardo al rapporto tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti – oppure esorbitanti ed estranei rispetto al fine pubblico da perseguito e, dall'altro, se nell'agire amministrativo gli amministratori stessi abbiano rispettato i principi di legalità, di economicità di efficacia e di buon andamento e non della mera opportunità dell'azione amministrativa"*²⁴.

²³ In tal senso la Corte ha osservato che detto argomento sviluppato nella decisione di appello, avrebbe costituito solo la ragione fondante della declinatoria della propria giurisdizione, sindacabile ex art. 11 comma 8 Cost. in quanto ipotesi di arretramento del giudice.

²⁴ Cass. Sez. Un. 13/05/2020, n.8848, in Foro Amm. (II) 2020, 10, 1835. In senso conforme, Id. 22.11.2019, n.30527, *ivi*, 2020, 2, 208 secondo cui la Corte dei Conti deve *"verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia rilevanti sul piano non della mera opportunità bensì della legittimità dell'azione amministrativa"*.

Secondo tale approccio ermeneutico²⁵ il giudice contabile non viola i limiti esterni della sua giurisdizione qualora censuri “*non già la scelta amministrativa adottata, bensì il modo con il quale quest’ultima è stata attuata*”, dovendo l’azione della pubblica amministrazione ispirarsi al rispetto dei criteri di buon andamento, economicità ed efficacia, aventi natura di vincoli giuridici, la verifica del cui rispetto non si sottrae al controllo giurisdizionale.

L’elemento di singolarità, nel caso di specie, risiederebbe nella circostanza che il giudice contabile – pur avendo espressamente richiamato i consolidati principi derivanti dalla richiamata giurisprudenza di legittimità - non avrebbe fatto discendere da essi le necessarie conseguenze.

In particolare, la Corte dei Conti avrebbe stabilito una non condivisibile “*equazione tra sindacato delle singole operazioni e sindacato della politica governativa del debito*”, non avvedendosi che la *causa petendi* dell’azione proposta dalla Procura contabile concretava una tipica azione per danno erariale da *mala gestio* implicante un sindacato giurisdizionale non sulla scelta a monte (stipulazione, rinegoziazione o chiusura dei derivati finanziari), bensì sui modi di attuazione di detta scelta.

Le Sezioni Unite, richiamata la cornice normativa (art. 1 comma 1 della legge 20/1994) e giurisprudenziale di riferimento, hanno valutato - in base al criterio del *petitum sostanziale* (e cioè della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione) - la consistenza dell’atto di citazione della procura contabile, rilevando che:

- La Procura intendeva sottoporre al controllo giurisdizionale sei contratti in derivati;

- Veniva precisato che le contestazioni avanzate si riferiscono esclusivamente da dette operazioni e non estendibili alla complessiva gestione del debito pubblico dello Stato italiano;

- In particolare, si eccepeva il mancato governo della clausola unilaterale di *early termination*; la mancata adeguata valutazione degli effetti economici dell’esercizio di questa clausola, in grado di aumentare a dismisura l’alea contrattuale; la mancata attivazione di garanzie collaterale, pur prescritte dall’accordo di programma; la negligenza e imperizia anche nella fase di chiusura e ristrutturazione dei contratti e nella valutazione del rischio finanziario nel contest globale di operative, oltre che in relazione alle condizioni contrattuali convenute.

La conclusione a cui il giudice è pervenuto è che l’azione della procura “*non esulava dalla giurisdizione contabile....posto che essa si concretava in una tipica azione di responsabile contabile per danno erariale da mala gestio, implicante un sindacato non già sulla scelta in sé operata dai dirigenti del Ministero bensì sui modi di attuazione della discrezionalità da essi così esercitata*”.

3.1. I paradigmi giuridici della gestione del debito pubblico

La condivisibile soluzione delle Sezioni Unite sollecita alcune riflessioni in ordine alla consistenza del limite che incontra la giurisdizione contabile nel sindacato sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, alla natura delle norme che conformano l’attività di gestione del debito pubblico e al necessario presidio della garanzia giurisdizionale rispetto all’azione amministrativa, in una materia fisiologicamente intrisa di discrezionalità “politica” (al livello più alto e sensibile, quale

²⁵ Cass. Sez. Un., 13.12.2017, n.2992, in Giorn. Dir. Amm., 12, 2018, 1485 ss., con nota di E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La maschera della discrezionalità: sull’esercizio costituzionalmente disorientato del potere amministrativo*, ivi, p. 1486 ss..

quello che involge le scelte di bilancio ed economiche di un ordinamento sovrano), ossia la gestione del debito sovrano²⁶.

L'art. 1 co. 1 della legge n.20 del 1994 (introdotto dall'art. 3, co. 1, della l. 639/1996) stabilisce “*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*” della pubblica amministrazione da parte del giudice contabile²⁷, codificando il principio generale secondo cui il giudice non può sostituirsi alla p.a. nel valutare quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare²⁸.

Le scelte discrezionali dei pubblici agenti, siano essi titolari di organi amministrativi nell'esercizio di poteri autoritativi di natura discrezionale oppure operanti nell'ambito della capacità contrattuale, sfuggono quindi al sindacato di merito, ma non a quello di legittimità. L'applicazione del limite in esame, postula la corretta declinazione del rapporto merito amministrativo/discrezionalità amministrativa e del correlato rapporto vizi di merito (cioè violazioni dei parametri non giuridici che indirizzano l'attività amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l'interesse pubblico) e vizi di legittimità (che invece ricorrono laddove la violazione riguardi una regola dell'azione amministrativa)²⁹.

²⁶ Il potenziale conflitto tra i vincoli del bilancio dello Stato, laddove intesi in senso meramente tecnico-contabile, e la dimensione valoriale sottesa alla Costituzione che postula necessari apprezzamenti politici di bilanciamento e selezione degli interessi, ha condotto la Corte Costituzionale ad una elaborazione tendente alla sua composizione mediante un concetto dinamico di equilibrio di bilancio, che sia in grado di coglierne la natura trasversale: sul tema, si v. E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del “diritto del bilancio”*. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n.196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019, in *Diritto & Conti. Bilancio-Comunità – Persona*, 1, 2019.

²⁷ In dottrina, per un commento alla norma introdotta con la riforma del 1993, si rinvia a L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro Amm.*, 3337 ss.; G. Virga, *Preclusa alla Corte dei Conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Nuova rassegna*, 1997, 1; G. COLOMBINI, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in *Diritto della regione*, Padova, 2002, 1, 158 ss.; V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti*, Milano, 2004. Sulle difficoltà applicative derivanti dall'applicazione della norma citata, si v. Cass. Sez. Un., 29.1.2001, n.33, in *Giust. Civ.* 2002, I, 2921, che ha rilevato che “(...) il discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili nell'ambito dell'attività amministrativa è assai sottile” e che “... si tratta di temperare due esigenze, ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti, come l'esigenza di impedire e/o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l'attività. Il principio generale ed astratto è che il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente; ma una volta accertata tale compatibilità, l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministratore rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insindacabilità (art. 3, n. 1, lett. a) d.l. n. 543 del 1996 cit.)”

²⁸ Sulla c.d. riserva di amministrazione, come limite esterno alla giurisdizione contabile, cfr. M. VALERO, *I confini della c.d. riserva di amministrazione nelle funzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei Conti*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 4, 2007, 871 ss.; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, passim; E. D'ALTERIO, *L'impermeabilità della gestione della finanza pubblica: Corte dei conti e contratti derivati del MEF*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2019, 659 ss.. Sull'esistenza di una riserva di amministrazione, in quanto derivante dall'art. 97 Cost., si v. G. Sciullo, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

²⁹ Sulle difficoltà applicative della norma citata, si v. Cass. Sez. Un., 29.1.2001, n.33, in *Giust. Civ.* 2002, I, 2921, che ha rilevato che “(...) il discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili nell'ambito dell'attività amministrativa è assai sottile” e che “... si tratta di temperare due esigenze, ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti, come l'esigenza di impedire e/o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l'attività. Il principio generale ed astratto è che il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente; ma una volta accertata tale compatibilità,

In termini generali, è ipotizzabile un rapporto di proporzionalità inversa tra norma e discrezionalità amministrativa: l'esistenza di regole di azione, incide sugli spazi riservati alla pubblica amministrazione, i cui confini si restringono in funzione della conformazione normativa³⁰.

Il "merito", quale limite proprio del sindacato della Corte dei conti, impone il rispetto della soluzione concretamente adottata dall'amministrazione, così che la "*la Corte medesima [non può] sovrapporre le proprie valutazioni e le proprie scelte, tra le tante alternativamente possibili, a quelle operate dall'Amministrazione stessa*".³¹ Sulla configurazione di spazi riservati alla p.a. - e quindi di aree di insindacabilità -, svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità, di efficacia, di ragionevolezza e di proporzionalità contenuti all'art. 1 co. 1 della l. n.241/1990 e ss. mm. e ii., i quali costituiscono un ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alla p.a. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, essi non esprimono un mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e di buona amministrazione contenuti nell'art. 97 Cost. oppure un vincolo ad un generico dovere, bensì di regole giuridiche "*di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale*"³².

Poste queste premesse metodologiche, con riferimento alle modalità di gestione del debito pubblico sovrano si evidenzia l'assenza di norme imperative che vietano all'amministrazione centrale il ricorso a strumenti finanziari derivanti³³: ciò a differenza di quanto previsto per le amministrazioni territoriali, per le quali, ad una prima fase di sostanziale vuoto normativo è seguita la progressiva previsione di limiti al ricorso a strumenti finanziari derivanti per la ristrutturazione del debito, sub specie della previsione della possibilità di stipulare solo derivati con finalità di copertura del debito pregresso, sino al divieto (salvi casi eccezionali) di utilizzo di tali prodotti finanziari³⁴.

l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministratore rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insindacabilità (art. 3, n. 1, lett. a) d.l. n. 543 del 1996 cit.)".

³⁰ L'impostazione tradizionale contrappone il concetto di merito a quello di legittimità, nel senso che il merito esprime la "conformità dell'attività amministrativa alle regole non giuridiche di buona amministrazione", la legittimità, invece, la conformità del provvedimento alle regole giuridiche che disciplinano il potere: in questi termini C. Mortati, op.cit.

³¹ Corte dei Conti, Sez. Giur. Umbria, 26.4.2016, n.32, in www.cortedeiconti.it.

³² Cass. Civ., Sez. Un., 13.12.2017, n. 29920, Giust. Civ. Mass. 2018, secondo cui "*Il principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude al giudice contabile di esaminare l'operato della pubblica amministrazione con riferimento ai parametri dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità, dovendosi escludere che il giudice contabile abbia travalicato i limiti esterni della sua giurisdizione*".

³³ La legislazione di settore include tra gli strumenti di gestione del debito pubblico da parte dello Stato, i derivati finanziari: all'art. 2, lett. a), del Testo unico del 2003, nel definire l'espressione "strumenti finanziari" utilizzabili dal Ministero dell'Economia ai fini della gestione del debito pubblico interno ed estero, si richiamano, difatti, gli strumenti previsti dall'art. 1, co. 2, lettere b) e d), del TUF, che – come rilevato - annovera, all'interno della categoria degli strumenti finanziari, tra l'altro, anche i "contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati".

³⁴ Sui vincoli normativi relativi agli enti territoriali, cfr. B. MARCHETTI, *La giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa: il caso dei contratti derivati del MEF*, in Giorn. Dir. Amm., 6, 2018, 776 ss. Si deve osservare che la giurisprudenza relativa alla sindacabilità delle scelte effettuate dagli amministratori locali nella gestione del debito pubblico mediante la stipulazione di derivati finanziari, è propensa nel ritenere che simili fattispecie rientrino nella giurisdizione contabile, senza scalfirne i limiti esterni in relazione al c.d. riserva di amministrazione; cfr. da ultimo Cass., Sez.

Tale circostanza ha costituito la ragione fondante la decisione declinatoria della giurisdizione da parte del giudice contabile nei confronti dei dirigenti del MEF: gli argomenti a sostegno del difetto di giurisdizione, sono riassumibili nella pretesa insindacabilità delle determinazioni adottate dallo Stato in sede di gestione del debito pubblico³⁵, perché, in mancanza di previsioni normative di divieto di utilizzo di strumenti finanziari derivati, esse avrebbero dovuto ritenersi afferenti alla politica economica complessiva espressione di sovranità finanziaria.

Una simile tesi oblitera di considerare che le politiche di gestione attiva del debito pubblico, attuate tramite la stipulazione di contratti derivati, sono scelte espressione di discrezionalità (non merito) amministrativo, anche quando provenienti dall'amministrazione centrale, e non sfuggono per tale ragione al limite della necessaria funzionalizzazione rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico, né dei vincoli di economicità, efficacia, ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, sindacabili, in quanto regole dell'azione amministrativa (sia autoritativa che consensuale), dal quello contabile, entro il limite dello spazio delle valutazioni di merito riservata alla p.a.³⁶

Tale considerazione non può essere superata dalla pretesa afferenza delle scelte effettuate dall'amministrazione statale alla politica economica statale, come tale sottratta a forme di sindacato giurisdizionale; ed invero, se le scelte di indirizzo di politica economica sono espressione di discrezionalità politica come tale refrattaria a forme di controllo giurisdizionale, lo stesso non può dirsi per le azioni puntuali in cui essa si estrinseca, soprattutto considerando che quella stessa politica economica e di gestione del debito pubblico è oggi astretta dal rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico, ipostiatizzati in norme giuridiche di rango

Un., sentenza 5.4.2019 n. 9608, su de-iure, che, richiamando taluni precedenti ha affermato che: *“Nel regime della L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, primo inciso, con riferimento ad una sentenza con cui la Corte dei Conti abbia ritenuto la responsabilità del sindaco e degli assessori comunali e di un funzionario in relazione alla conclusione, rivelatasi dannosa, di un'operazione di finanza derivata (del tipo Interest Rate Swap, con clausola Floor e di Cap) in funzione di un'esigenza di c.d. ristrutturazione del debito comunale ai sensi della L. n. 448 del 2001, art. 41, e norme attuative, è inammissibile il motivo di ricorso con cui si censura la decisione del Giudice contabile per pretesa invasione della sfera della discrezionalità dell'amministrazione e, quindi, per eccesso di potere giurisdizionale, lamentando l'erroneità della valutazione cui il Giudice contabile, per affermare la responsabilità, abbia proceduto a valutare l'operato del funzionario e degli amministratori comunali, addebitando rispettivamente al primo di avere concluso il relativo contratto senza avere esperienza sulle operazioni derivate e senza avvalersi di una preventiva consulenza sul contenuto del contratto, ed agli amministratori di avere consentito tale conclusione e di avere adottato la deliberazione senza i pareri previsti dal D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 49. L'inammissibilità del motivo è giustificata perché la censura così prospettata inerisce ad una valutazione che il Giudice contabile ha effettuato sull'azione del funzionario e degli amministratori secondo i criteri di efficacia ed economicità di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 1, e, dunque, secondo parametri di legittimità che la collocano all'interno della giurisdizione contabile e non esprimono un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione di cui alla L. n. 20 del 1994, citato art. 1, come tale fonte del prospettato eccesso di potere giurisdizionale”*.

³⁵ Il giudice si riferisce all'art. 2, lett. a), del Testo unico del 2003 che nel definire l'espressione "strumenti finanziari" utilizzabili dal Ministero dell'Economia ai fini della gestione del debito pubblico interno ed estero, richiama gli strumenti previsti dall'art. 1, co. 2, lettere b) e d), del TUF, che – come rilevato - annovera, all'interno della categoria degli strumenti finanziari, tra l'altro, anche i "contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati”.

³⁶ Contra, E. D'ALTERIO, *op. cit.*, p.668. Secondo l'A. tanto le scelte finanziarie dell'amministrazione centrale, quanto quelle degli enti territoriali, dovrebbero sottrarsi al sindacato giurisdizionali. La non condivisibilità di una simile tesi, deriva dalla conformazione normativa dell'attività di gestione delle finanze pubbliche, il cui rispetto non si sottrae al vaglio giurisdizionale: al riguardo, oltre alle argomentazioni sviluppate nel presente scritto, vedi già S. CALDARELLI, *La “riserva” di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti, op. cit., passim.*

costituzionale che si rivolgono allo Stato ordinamento oltre che alle sue articolazioni (art.81, 97 e 119 Cost.)³⁷.

Diversamente opinando, l'azione amministrativa (non politica) di esecuzione delle scelte afferenti l'interesse finanziario ordinamentale, sarebbe integralmente sottratta a forme di controllo giurisdizionale; il presidio del controllo da parte del Giudice appare ancora più necessario con riferimento alla materia che ci occupa che investe, al livello più alto e più sensibile di apprezzamento, l'intero apparato di organizzazione e amministrazione della comunità. Le scelte di politica economica e di bilancio, lungi dall'essere riconducibili a mere decisioni di natura tecnica, involgono la dimensione organizzativa dell'apparato statale e delle sue articolazioni territoriali e al contempo sono diretti al soddisfacimento dei diritti dei singoli e dell'intera Comunità³⁸.

Occorre considerare che la gestione del debito pubblico si connota come attività di natura negoziale, conformata dal legislatore, sia sotto il profilo del rispetto dei parametri generali a cui è soggetta tutta l'azione amministrativa (autoritativa e consensuale), ossia quelli di cui all'art. 97 comma 2 Cost. e art. 1 comma 1 della legge n. 241/1990 e ss. mm. e ii., sia con riferimento a regole proprie, dal contenuto tecnico, che trovano oggi rilievo costituzionale (art. 81 Cost. e art. 97 comma 1 Cost.), che impongono apprezzamenti e valutazioni quanto alla congruità in concreto dello strumento rispetto al fine perseguito.

Come rilevato, l'insindacabilità nel merito sancita alla L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1 non priva il giudice della possibilità di accertare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, verificandola anche sotto l'aspetto funzionale, in ordine, cioè, alla congruità degli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore.

La Corte dei conti, quindi, nella sua qualità di giudice contabile, può verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico³⁹ e l'astratta idoneità della scelta a realizzare gli interessi della comunità⁴⁰, apprezzando a tale fine anche il grado di attenzione, avvedutezza, prudenza e massimizzazione valutativa degli interessi pubblici coinvolti nell'agire dell'amministrazione, espressi nella scelta discrezionale concretamente adottata.

E così se quanto al primo profilo, una volta affermata l'astratta compatibilità dei contratti aventi ad oggetto derivati con la gestione del debito pubblico, se ne deve inferire che la scelta di stipulare, concludere, rinegoziare simili contratti non è in sé sindacabile dalla Corte dei Conti, in quanto afferente al "merito amministrativo", del tutto diverse sono le considerazioni che occorre svolgere in ordine alla concreta natura delle operazioni intraprese, alle clausole contrattuali negoziate e al loro contenuto. Esse non si sottraggono al sindacato giurisdizionale in quanto, lungi dall'afferire al merito amministrativo (che si compendia nell'insieme delle scelte astrattamente possibili e tutti egualmente compatibili con il fine pubblico perseguito), sono astrette dal rispetto di paradigmi giuridici la cui violazione trova nella tutela giurisdizionale il necessario presidio e garanzia.

³⁷ In questo senso, cfr. G. COLOMBINI, *op. cit.*

³⁸ Tra i problemi di fondo dello Stato vi è proprio quello dell'organizzazione dell'apparato amministrativo e della predisposizione dei mezzi necessari ed ottimali, affinché esso sia funzionale alla garanzia del soddisfacimento degli interessi della collettività: v. Corte Cost., 29.1.2016, n.10, Foro it., 2016, 12, I, 3721.

³⁹ In questi termini: Cass. Sez. Un. 25.5.2016 n. 10814, in Guida al diritto 2016, 40, 65.

⁴⁰ Id., 19.1.2018, n. 1408 reperibile su DeFure; Id., 3.11.2005, n. 21291, in Riv. Corte dei Conti, 2005, 6, 300, secondo cui resta fermo il potere della Corte dei Conti di valutare l'intrinseca razionalità della scelta adottata dall'amministrazione, ovvero la compatibilità della scelta stessa "con i fini dell'ente, sotto il profilo del corretto esercizio della discrezionalità".

Sovviene al fine di affermare la riconducibilità della materia che ci occupa nella sfera del sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti, l'ulteriore argomento che fa leva sulla conformazione normativa delle stesse scelte di politica economica e di bilancio, oggi astrette, per effetto del recepimento di misure extra statali di limitazione preventiva e successiva delle politiche di bilancio degli Stati Sovrani⁴¹, dal rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, ipostatizzati in norme giuridiche di rango costituzionale, che si rinvolge allo Stato ordinamento (art. 81, comma 1 Cost.), oltre che alle sue singole articolazioni amministrative (art. 97 comma 1 Cost. e 119 Cost.). In una materia fisiologicamente connotata dalla pretesa neutralità delle norme tecniche di bilancio e dalla intrinseca politicità delle scelte che sulla base di quelle regole vengono assunte, appare essenziale distinguere la fase di determinazione dell'indirizzo politico (appannaggio del circuito democratico rappresentativo, sebbene oggi profondamente influenzato da scelte che si collocano anche al di fuori di esso e segnatamente a livello europeo) sottratta al sindacato giurisdizionale, da quella propriamente amministrativa, di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze, invece oggetto di controllo ad opera della magistratura.

4. Conclusioni

L'analisi condotta ha messo in luce la natura mobile dei confini esterni della giurisdizione contabile (sia nel rapporto con altri plessi magistratuali che in relazione al potere amministrativo), quale postulato, anzitutto, della permeabilità della nozione di contabilità pubblica ai mutamenti storici e, in secondo luogo, dell'evoluzione normativa sulle scelte finanziarie pubbliche.

Al riguardo, la più recente dottrina, sulla scorta di una interpretazione evolutiva e dinamica, ha ritenuto che la nozione di "contabilità pubblica", utilizzata al comma 2 dell'art. 103 Cost. per definire il confine della giurisdizione della Corte dei Conti, possa assumere la valenza moderna di "finanza pubblica"⁴² i cui contorni, per effetto della riforma costituzionale n.1/2012 (che ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. al fine di adeguare l'ordinamento nazionale ai vincoli di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico di matrice sovrastatale) appaiono ben più definiti di quanto non lo fossero quelli in materia di contabilità pubblica all'epoca di entrata in vigore della Costituzione⁴³.

Nella versione attuale della Costituzione, la materia della finanza pubblica trova dei precisi referenti che ne consentono di individuare i presupposti oggettivi e soggettivi: in tal senso, la riforma costituzionale n.1/2012, con cui sono stati novellati gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. offre degli utili indici interpretativi, poiché i principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico, ipostatizzati in Costituzione con la predetta novella, così come l'apparato normativo di loro concreta attuazione approntato dal legislatore, assumono valore pregnante sia sotto il profilo della delimitazione

⁴¹ Ci si riferisce al complesso di riforme istituzionali e legislative introdotte in sede internazionale ed europea all'indomani della crisi economico finanziaria del 2008, genericamente ricomprese sotto l'espressione "governance economica europea", su cui sia consentito rinviare a S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio delle Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, op.cit., passim.

⁴² Nel senso che nella nozione di contabilità pubblica rientrano le norme sul "rispetto dei principi dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico introdotti dalla riforma costituzionale del 2012 per lo Stato, per le amministrazioni non territoriali e per gli enti territoriali (artt.81,97,117,119), a presidio della unitarietà della finanza pubblica", cfr. G. COLOMBINI, op. cit., p. 8.

⁴³ Per una lettura in chiave evolutiva, dell'ambito materiale della giurisdizione contabile ex art. 103 comma 2 Cost., alla luce della riforma costituzionale che ha portato alla previsione di norma a tutela dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico, sia consentito rinviare a S. CALDARELLI, op. loc. ult. cit., p.288 ss.

dell'ambito soggettivo delle norme di finanza pubblica, sia sotto il profilo oggettivo della natura pubblica dei beni e delle risorse della cui gestione si tratta.

Quanto al confine soggettivo, le nuove regole di finanza pubblica sana e sostenibile si impongono nei confronti dello Stato (art. 81 Cost.), delle amministrazioni territoriali (art. 119 Cost.), delle pubbliche amministrazioni in senso stretto (art. 97 co. 1 Cost.) e del plesso delle pubbliche amministrazioni finanziarie, inserite nell'elenco annuale dell'Istat ai fini della redazione del conto economico consolidato, di cui al combinato disposto degli art. 81, comma 6 Cost., art. 1 della l. n.243/2012 e art. 1 della l. n.196/2009. La combinazione delle disposizioni predette ha l'effetto di circoscrivere puntualmente (seppur con valutazioni periodiche in quanto rimesse agli accertamenti annuali compiuti dall'Istat) il perimetro soggettivo di applicazione delle regole sulla finanza pubblica che risulta, pertanto, oggi, puntualmente determinato. Se ne ricava che nei confronti di soggetti aventi formalmente la veste di persone giuridiche private, l'estensione della giurisdizione contabile sulla materia della finanza pubblica, trova oggi un addentellato costituzionale per effetto della peculiare stratificazione normativa derivante dall'applicazione del comma 6 dell'art. 81 Cost..

Resta da indagare se una simile interpretazione, possa ridondare anche sulla enucleazione degli indici sintomatici del rapporto di servizio.

La formulazione letterale della norma attributiva della giurisdizione contabile (art. 103 comma 2 Cost.) depone nel senso che, ai fini del radicamento di siffatta giurisdizione, occorre tenere conto dell'attinenza della questione alla materia della "contabilità pubblica"⁴⁴. Nel disegno costituzionale di composizione del sistema giurisdizionale in una pluralità di plessi magistratuali, sembra possibile riconoscere una specificità propria della giurisdizione contabile, quale giurisdizione sulla materia della contabilità pubblica⁴⁵: ciò è ricavabile anche dalla formulazione del comma 2 dell'art. 103 Cost. che, nella definizione dell'ambito materiale della giurisdizione contabile, distingue la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica dalle "altre" individuate dalle legge, oggi definita, sulla scorta della interpretazione evolutiva di cui si è dato conto sopra, come "finanza pubblica".

La norma costituzionale, interpretata in questa chiave evolutiva, potrebbe costituire la linea guida nella definizione dei limiti della giurisdizione contabile quando essa si estenda, mediante la nozione di rapporto di servizio, a soggetti esterni all'apparato amministrativo; mentre difatti le persone giuridiche pubbliche e i soggetti che, in quanto legati dal nesso di immedesimazione organica, sono naturalmente dotati di quel *munus* pubblico che ne giustifica l'attrazione nel perimetro della giurisdizione contabile, lo stesso non vale per coloro che sono formalmente soggetti di diritto privato. Rispetto a questi ultimi un referente puntuale che giustifichi l'estensione della giurisdizione contabile si rinviene nella loro riconduzione nell'elenco Istat che ha tra l'altro la

⁴⁴ Osserva A. BRANCASI, *Contabilità pubblica*, in Enc. Giur., Roma, VII, 2008, p. 3, che la norma costituzionale parla di "materie" e non di "materia" della contabilità pubblica: l'uso del plurale starebbe ad indicare che la contabilità pubblica si compone di molteplici materie; in questo senso rientrerebbe nell'alveo dell'art. 103, comma 2 Cost., tutto quanto il legislatore appresti in funzione della tutela del denaro e patrimonio pubblico

⁴⁵ In tal senso, si v. Corte conti, sez. giur. Lazio, 6 luglio 2017, n. 163, per la quale "Ai sensi dell'art. 103, comma 2, Cost. la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre stabilite dalla legge, pertanto assume il significato di norma di riserva e di garanzia conservativa della giurisdizione della Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica. La Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 1 del nuovo codice di giustizia contabile ha giurisdizione nei giudizi di responsabilità amministrativa per danno all'erario. Nell'impianto della legge n. 20 del 1994, gli elementi che radicano la giurisdizione della Corte dei Conti sono il danno erariale e il rapporto di servizio con l'amministrazione pubblica. Tali elementi, oltre a differenziare la responsabilità amministrativa dalla responsabilità civile, rendono il giudizio di responsabilità partecipe della materia di contabilità pubblica, giustificandone l'attribuzione della giurisdizione alla Corte dei Conti".

funzione di delimitare, sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione delle norme di finanza pubblica. In mancanza di un criterio soggettivo di riferimento, l'estensione nei loro confronti dell'ambito della giurisdizione contabile, dovrebbe necessariamente conseguire ad una valutazione oggettiva puntuale, in ordine alla sostanziale sostituzione del soggetto privato a quello pubblico (in tal senso potrebbe ricorrersi al criterio della infungibilità dell'attività espletata), che non sia rimessa a criteri volatili, e che ne consenta la riconduzione alla materia della finanza pubblica.

In ordine al profilo afferente l'insindacabilità nel merito delle scelte amministrative di gestione del debito pubblico, la riforma costituzionale n.1/2021 e, in particolare, le regole enucleate al nuovo comma 1 dell'art. 97 della Costituzione, oltre che al comma 1 e 6 dell'art. 81 in combinato disposto con le previsioni attuative di cui alla legge n.243/2012 (di attuazione del comma 6 dell'art. 81 Cost.), laddove impongono non solo il rispetto dell'equilibrio di bilancio, ma anche quello della sostenibilità del debito pubblico, introducono un vincolo che appare idoneo a condizionare ex ante il ventaglio dei possibili strumenti utilizzabili dall'amministrazione (statale o dalle sue articolazioni) in ordine alle modalità di gestione del debito pubblico e che in quanto ha consistenza giuridica, quale postulato – anzitutto - della sua formale collocazione, non si sottrae al vaglio giurisdizionale⁴⁶.

L'obbligo per lo Stato (art. 81 Cost.) e per le sue articolazioni (artt. 97 e 119 Cost.) di rispettare i vincoli finanziari predetti, appare funzionale a sollecitare modalità virtuose nella gestione della finanza pubblica ed imputare forme di responsabilità in caso di loro violazione.

Il loro rispetto difatti postula una gestione finanziaria improntata al criterio di economicità (in tal senso la Corte Costituzionale ha ritenuto che l'obbligo di rispettare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico “si risolve nel criterio di economicità”⁴⁷), idoneo ad assurgere a parametro giurisdizionale della liceità/illegittimità sulle scelte finanziarie discrezionali proprio nella fattispecie della responsabilità amministrativa⁴⁸. Di qui l'emersione di nuovi paradigmi giuridici delle scelte finanziarie delle pubbliche amministrazioni, che hanno l'effetto di ridurre correlativamente gli spazi riservati all'insindacabile merito della p.a..

⁴⁶ Nello stesso senso, G. COLOMBINI *op. cit.*, pp.14-15.

⁴⁷ Corte Cost., 10.6.2013, n.133, in *Giur. Cost.* 2016, 3, 1029.

⁴⁸ Su cui, S. CALDARELLI, *op. loc. ult.* cit., 296 ss.