P R O C U R A G E N E R A L E
DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sezioni Unite civili – Udienza pubblica del 17 novembre 2020
Causa n. 7, R.G. n. 12972/2019

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

osserva:

La prima sezione giurisdizionale centrale d'appello della Corte dei conti, con sentenza 7 marzo 2019, n. 50, impugnata nel presente giudizio, ha rigettato l'appello proposto dal Procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale per il Lazio avverso la sentenza n. 346, depositata il 14 giugno 2018, con la quale la prima sezione giurisdizionale ha dichiarato il difetto di giurisdizione contabile nei confronti di OMISSIS, e degli altri chiamati OMISSIS.

Con ricorso per cassazione del 10 aprile 2019, fondato su due motivi, il Procuratore generale presso la Corte dei conti ha impugnato la predetta sentenza ai sensi dell'art. 207 del Codice della giustizia contabile, contestando il dichiarato difetto di giurisdizione.

I soggetti convenuti sopra richiamati si sono costituiti nel presente giudizio depositando ognuno proprio controricorso, chiedendo che le sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino il ricorso inammissibile o infondato.

In sintesi la sentenza impugnata, confermando quella di primo grado, ha escluso la sussistenza di un rapporto di servizio tra il Ministero dell'economia e delle finanze (da

ora MEF) e OMISSIS (da ora MS), in una fattispecie nella quale quest'ultima rivestiva la qualifica di Specialista nell'attività di intermediazione e collocamento dei titoli del debito pubblico emessi dalla Repubblica italiana; e, in riferimento agli altri soggetti chiamati ha escluso la loro responsabilità erariale per insindacabilità delle scelte discrezionali di merito da loro adottate nella gestione di alcuni contratti relativi a prodotti finanziari "derivati" stipulati con MS.

Nella prospettazione della Procura ricorrente, l'attivazione di una clausola ATE (Early Termination Events) da parte di MS apposta ai sei contratti in questione, ha causato un danno erariale quantificato in euro 3.943.913.732.13 e l'esborso di parte di tale somma, pari a euro 3.109.183.204,00 a MS.

Con riserva di alcune precisazioni, tenuto conto della complessità della vicenda alla base del presente giudizio, e dell'entità degli atti di causa, si ritiene opportuno in questa sede rinviare alla sentenza impugnata per la descrizione dei fatti di causa, in particolare da p. 3 a p. 87.

Al primo motivo del ricorso in cassazione, il Procuratore generale della Corte di conti censura la violazione degli artt. 103, secondo comma Cost.; 1, 2, 3, 13, 15 e 17 del Codice della giustizia contabile (d.lgs n. 174/2016), ribadendo la sussistenza di un rapporto di consulenza instauratosi tra MS, quale Specialista nell'attività di intermediazione dei titoli del debito pubblico italiano, e il MEF; e rilevando che le modalità di svolgimento di tale rapporto, anche nella stipulazione dei contratti relativi a prodotti finanziari derivati in esame, erano tali da comportare una relazione funzionale di MS con la pubblica amministrazione, in grado di configurare un rapporto di servizio secondo la giurisprudenza contabile.

Al secondo motivo, con riferimento agli altri soggetti chiamati che hanno ricoperto in diversi periodi incarichi dirigenziali presso il MEF, si riafferma la loro responsabilità contabile derivante da "alcuni concreti episodi di *mala gestio* di prodotti finanziari derivati" stipulati con MS": in particolare si richiamano a tal fine la "struttura e natura" di tali prodotti, non classificabili come derivati di copertura, e l'inserimento nei relativi contratti di "condizioni anomale di contorno (presenza della clausola ATE … assenza

di *collateral* ecc.), tali da renderli ad altissimo rischio finanziario e legale e, dunque, da non dover essere negoziati" (p. 36-37 del ricorso).

Sotto profili parzialmente distinti, i soggetti convenuti prospettano l'inammissibilità del ricorso. In particolare, MS sostiene che "l'azione della Procura Erariale sarebbe del tutto inammissibile in ragione del fatto che le condotte contestate attengono alla presunta violazione di obblighi inerenti il rapporto contrattuale instaurato tra la Repubblica ed MS e non all'opinato svolgimento di "funzioni pubblicistiche" in tesi delegate alla Banca dalla Repubblica italiana.

La ricorrente OMISSIS, con riferimento al secondo motivo del ricorso, richiamando il contenuto della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, che ha rigorosamente limitato la ammissibilità del ricorso in cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione avverso sentenze dei giudici speciali, afferma che nel caso in esame non vi sarebbe stato alcun "arretramento" o diniego assoluto e astratto della giurisdizione, ma solo una corretta interpretazione da parte della sezione giurisdizionale di appello della Corte dei conti delle norme che regolano la possibilità per la Repubblica italiana, attraverso il MEF di gestire il debito pubblico anche mediante il ricorso a prodotti finanziari derivati. Il giudice contabile avrebbe anche valutato la compatibilità di tali strumenti con le finalità pubbliche perseguite. Pertanto, secondo questa prospettazione il ricorso si esaurisce "in una mera censura di presunti "*errores in iudicando",* e di conseguenza deve essere dichiarato inammissibile.

Nello stesso senso, il prof. OMISSIS osserva che "la Procura non censura, in realtà, un presunto arretramento dell'esercizio del potere giurisdizionale, ma la correttezza delle motivazioni, poste alla base del controllo effettuato dal giudice di appello sulla conformità a legge e ai principi di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 dell'azione amministrativa del MEF.

Anche il prof. OMISSIS, ponendosi nella medesima prospettiva e ribadendo di non aver adottato atti rilevanti nella gestione dei prodotti finanziari in questione, afferma

che il ricorso della Procura si limita a “censurare la correttezza delle “scelte motivazionali”, contestando, a tutto concedere, solo *errores in iudicando*.

Infine, il dott. OMISSIS eccepisce l’inammissibilità del ricorso della Procura, sia sotto il profilo da ultimo richiamato, sia perché, in realtà, esso censura la complessiva strategia di gestione del debito pubblico, in quanto tale insindacabile nella sede giudiziaria.

2. Ad avviso dello scrivente il ricorso è ammissibile.

Con riferimento all’eccezione sollevata da MS, si osserva che il ricorso, pur riconoscendo la fonte privatistica del rapporto, si basa sull’affermazione secondo la quale “il ruolo formale di controparte negoziale di Morgan non modifica in alcun modo la funzione di compartecipe delle operazioni in derivati di cui è causa, e quindi la giurisdizione contabile”. A questo proposito, si sostiene che “le proposte, i suggerimenti, le indicazioni della banca rispetto ad operazioni, tra l’altro del tutto incoerenti con le finalità perseguite dallo Stato (operazioni ad alto rischio finanziario), non sono manifestazioni di volontà negoziali … ma contribuiscono a determinare la volontà del MEF rispetto alle singole decisioni oggetto del giudizio (negoziazione dei derivati, ristrutturazione e chiusura)”.

La Procura ricorrente richiama a tal fine precedenti decisioni delle sezioni unite della Corte di cassazione (n. 1472/2003) in base alle quali è sufficiente, per integrare il rapporto di servizio, l’esistenza di una relazione funzionale che implichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli e agli obblighi volti ad assicurare la corretta gestione di tali beni.

Inoltre, lo stesso ricorso richiama una recente giurisprudenza della Corte di cassazione (ord. n. 486/2019) che ammette la compresenza della giurisdizione contabile e di quella

ordinaria nell'ipotesi di una controparte contrattuale della pubblica amministrazione (nel caso un *general contractor*): la Corte ha infatti affermato che la giurisdizione spetta alla "Corte dei conti qualora si assuma che il danno lamentato derivi dalla violazione degli obblighi afferenti all'attività ed alle funzioni svolte dal convenuto come "agente dell'amministrazione pubblica", in ragione del temporaneo rapporto di servizio pubblico sorto per effetto dell'esercizio di quei poteri, mentre spetta all'autorità giurisdizionale ordinaria nel caso in cui si assuma che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come "controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica".

Il ricorso è a nostro avviso ammissibile, dal momento che esso si basa sul presupposto dell'esistenza, nel caso in esame, di una relazione funzionale tra MS e MEF dalla quale deriva il rapporto di servizio, e che di conseguenza il *petitum* sostanziale della Procura è costituito dall'affermazione del rapporto di servizio e dalla violazione degli obblighi che ne derivano da parte di Morgan Stanley.

Risulta pertanto necessario verificare le argomentazioni sulla base delle quali la sentenza impugnata ha ritenuto insussistente il descritto rapporto di servizio, da cui dipende anche la valutazione relativa all'affermato difetto di giurisdizione.

Gli altri convenuti sostengono invece l'inammissibilità del secondo motivo, dal momento che il ricorso della Procura si limita a censurare presunti *errores in iudicando*: affermano che la sezione di appello della Corte dei conti ha interpretato la normativa vigente in materia, accertando la coerenza dell'operatività in derivati del MEF con tale normativa, ed escludendo il contrasto con i principi di efficienza, economicità ed efficacia dell'attività svolta dal MEF.

Ora, come le sezioni unite della Corte di cassazione hanno già avuto modo di affermare, l'eccesso di potere denunziabile con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (che si verifica quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera

riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale) o difetto relativo di giurisdizione (riscontrabile quando detto giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici). In coerenza con la relativa nozione posta da Corte Cost. n. 6 del 2018, tale vizio non è configurabile in relazione ad *errores in procedendo*, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale del giudice amministrativo e dei giudici speciali, bensì solo la legittimità (cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., 6/7/2019, n. 18079; Cass., Sez. Un., 20/3/2019, n. 7926). Il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del giudice contabile (e del giudice amministrativo) è quindi circoscritto all'eventuale violazione dei limiti esterni della giurisdizione, e non si estende anche alla verifica degli *errores in procedendo*, [cfr. Cass. sez. un. n. 9687/2013; n. 16849/2012; e, da ultimo, n. 22569/2019, n. 7926/2019, o dalla negazione dell'esistenza di condizioni dell'azione (Cass. sez. un. n. 475/2015, n. 475 o dal mancato esame di questione procedurale (Cass. sez. un. n. 23395/2016)], nonché degli *errores in iudicando* (cfr. Cass., Sez. Un., 14/11/2018, n. 29285).

Peraltro, come le sezioni unite hanno già avuto più volte modo di affermare ai sensi dell'art. 386 c.p.c. la giurisdizione va determinata in base al *petitum* sostanziale della domanda (e cioè dello specifico oggetto e della reale natura della controversia) da identificarsi in funzione della *causa petendi*, e pertanto in ragione dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati.

Sotto altro profilo, la stessa giurisprudenza delle sezioni unite ha posto in rilievo che il vizio di eccesso di potere giurisdizionale delle decisioni dei giudici speciali, ricorre soltanto laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla pubblica

amministrazione), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (Cass. sez. un. n. 24468/2013). Si è altresì sottolineato che nei giudizi di responsabilità amministrativa, poiché in via generale l'amministrazione deve provvedere ai suoi compiti con mezzi, organizzazione e personale propri, la Corte dei Conti può valutare se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei rispetto al fine pubblico da perseguire, e la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti (per l'esclusione della sussistenza della violazione dei limiti esterni della giurisdizione contabile e di quelli relativi alla riserva di amministrazione, nella pronuncia con la quale la Corte dei Conti ritenga illegittimo il ricorso ad incarichi esterni in assenza dei presupposti previsti dalla legge, si vedano Cass. sez. un. n. 20728/2012; n. 831/2012). Si è in proposito ulteriormente osservato che la discrezionalità riconosciuta agli amministratori pubblici nell'individuazione della soluzione più idonea nel singolo caso concreto a realizzare l'interesse pubblico perseguito è legittimamente esercitata in quanto risultino osservati i criteri giuridici informatori dell'*agere* della P.A. dettati dalla Costituzione (art. 97), codificati all'art. 1, comma 1, L. n. 20 del 1994 («L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità»), come modificato dall'art. 3 L. n. 546 del 1993 («ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali»), ribaditi dall'art. 1 d.lgs. n. 29 del 1993 e dall'art. 1, comma 1, L. n. 286 del 1999 [«Le pubbliche amministrazioni devono: a) garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa (controllo di regolarità amministrativa e contabile); b) verificare l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati (controllo di gestione)»].

Pertanto le scelte degli amministratori, dovendo conformarsi ai suddetti criteri di legalità e a quelli giuridici di economicità (ottimizzazione dei risultati in relazione alle risorse disponibili), di efficacia (idoneità dell'azione amministrativa alla cura effettiva degli interessi pubblici da perseguire, congruenza teleologia e funzionale) e di buon andamento, sono soggette al controllo della Corte dei Conti, in quanto assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa. A tale stregua, non eccede la giurisdizione contabile non solo la verifica se l'amministratore abbia compiuto l'attività per il perseguimento di finalità istituzionali dell'ente, ma anche se nell'agire amministrativo abbia rispettato tali norme e principi giuridici, sicché la Corte dei Conti non viola il limite giuridico della «riserva di amministrazione» (da intendere come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico) nel controllare anche la giuridicità sostanziale (e cioè l'osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell'agire, logicità, e proporzionalità tra costi affrontati e obbiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale) dell'esercizio del potere discrezionale. L'insindacabilità "nel merito" delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti non comporta infatti che esse siano sottratte al sindacato giurisdizionale di conformità alla legge formale e sostanziale che regola l'attività e l'organizzazione amministrativa (Cass. sez. un. n. 17121/2018).

Se questi sono i principi consolidati nella giurisprudenza delle sezioni unite, deve qui valutarsi come essi si applicano nella peculiare fattispecie in esame nella quale, diversamente dalla casistica oggetto delle pronunce richiamate dalle parti nei loro controricorsi, la sezione giurisdizionale di appello della Corte dei conti ha negato la giurisdizione in relazione alla domanda proposta dalla Procura erariale.

Dalla giurisprudenza richiamata dalle parti non pare possa dedursi la conclusione dell’inammissibilità del ricorso.

In particolare, si osserva che la fattispecie all'esame del Consiglio di Stato, poi impugnata davanti alle sezioni unite e decisa con la citata (dai controricorrenti) sent. Cass. sez. un. n. 13976/2017, era nettamente diversa da quella in oggetto, dal momento che si riferiva ad un'ipotesi in cui il giudice amministrativo aveva esercitato la giurisdizione, rigettando la domanda di declaratoria di illegittimità di una sanzione amministrativa in quanto inderogabilmente discendente da una sentenza penale di condanna.

Pertanto, in quella come nelle altre sentenze richiamate dai controricorrenti, non veniva in esame una pronuncia che ha dichiarato il difetto di giurisdizione e nella quale il giudice contabile, escludendo la giurisdizione sia nei confronti di MS, per inesistenza del rapporto di servizio, sia nei confronti dei funzionari pubblici, ritenendo la loro attività non sindacabile, ha negato in radice la giurisdizione. Si noti in proposito che la stessa sentenza n. 13976/2017, più volte citata, contiene il principio di diritto secondo il quale "Perché, invece, si configuri un vizio di giurisdizione per c.d. rifiuto dell'esercizio della giurisdizione da parte del giudice speciale cui invece essa competa, è necessario che quel giudice non decida sulla situazione giuridica valutando la fondatezza della domanda, e, quindi, negandole tutela nel concreto esercizio della giurisdizione, ma affermi - contro la regola iuris che la giurisdizione sulla domanda gli attribuisce - che la situazione fatta valere non ha tutela in astratto cioè sul piano normativo, davanti alla propria giurisdizione perché la domanda riguardo ad essa formulata è estranea ad essa".

Nel caso in esame, il ricorso censura il rifiuto della giurisdizione, seppure attraverso l'esame della sussistenza dei presupposti che giustificano o negano la giurisdizione contabile.

E sotto diverso profilo, ai fini dell'ammissibilità del ricorso non pare possa darsi così scarso rilievo, come vorrebbe la difesa della dott.ssa OMISSIS, all'affermazione contenuta a p. 111 della sentenza impugnata, laddove all'esito della ricognizione della normativa rilevante, si afferma che "la possibilità di procedere alla ristrutturazione del

debito pubblico secondo le linee direttrici sopra elencate, con il rinvio ad un'ampia, **quasi illimitata possibilità di scelta tra i vari strumenti finanziari** è stata definitivamente ribadita dall'art. 3, comma 1, lett. c) del d.P.R. n. 398 del 2003, che richiama a sua volta il T.U.F..

In realtà la contestazione da parte della Procura ricorrente di tale interpretazione delle norme vigenti si risolve anche nella censura della argomentazione alla base della dichiarazione del difetto di giurisdizione, e quindi della astratta negazione della tutela degli interessi pubblici rappresentati dalla Procura erariale.

Sul punto, osserviamo anche che la sentenza impugnata non indica alcun giudice quale titolare della giurisdizione in materia, e sotto il profilo dell'ammissibilità del ricorso legittima la censura di "arretramento" della giurisdizione sostenuta nel ricorso.

Esaminato in questa prospettiva, il ricorso afferma la sussistenza del vizio di rifiuto dell'esercizio della giurisdizione, che la Sezione giurisdizionale di appello della Corte dei conti ha dichiarato in relazione alla richiesta di tutela degli interessi pubblici fatti valere in giudizio, e pertanto a nostro avviso rientra nel ristretto ambito per il quale è ammesso il sindacato della Corte di cassazione ex art. 111, ult. comma Cost..

Infine, in riferimento all'ulteriore eccezione formulata nel controricorso depositato dal dott. OMISSIS, si osserva che il ricorso afferma in premessa, ed in contrasto con la sentenza impugnata, che non intende in alcun modo contestare "la complessiva gestione del debito pubblico dello Stato italiano", ma unicamente esercitare l'azione per la responsabilità contabile dei dirigenti del MEF chiamati in giudizio in relazione ai contratti ed agli atti di gestione specificamente indicati nell'atto di citazione (p. da 9 a 18 dell'atto di citazione) e riportati in sintesi a p. 35-36 del ricorso. E nello stesso motivo (v. p. 38-47 del ricorso) la Procura erariale contesta la legittimità degli atti di gestione che hanno condotto alla stipulazione, ed all'inserimento della clausola ATE, soprattutto alla ristrutturazione ed alla chiusura dei contratti relativi a derivati.

Anche questa eccezione deve essere pertanto rigettata.

3. Con riferimento all'esame nel merito del primo motivo del ricorso MS, appare innanzitutto necessario chiarire quali sono i rapporti contrattuali dai quali è scaturito, secondo l'atto di citazione emesso dalla Procura regionale per il Lazio il 27 giugno 2017, il danno erariale pari a euro 3.943.913.732,13 cagionato dai soggetti chiamati per i quali si è chiesto la condanna al risarcimento a favore dello Stato-Ministero dell'economia e delle finanze.

Secondo la ricorrente, il danno erariale deriva "dalla illecita stipulazione e negoziazione, successiva chiusura anticipata e contestuale ristrutturazione - avvenuta tra dicembre 2011 e gennaio 2012 - di alcuni contratti relativi a prodotti finanziari derivati sottoscritti dallo Stato italiano (Ministro Economia e Finanze) con OMISSIS (MS)".

I singoli contratti, indicati nell'atto di citazione e riportati in sintesi a p. 3 del ricorso, si riferiscono a *receiver swaption, interest rate swap, cross currency swap,* stipulati in date diverse (alcuni nel corso degli anni Novanta del secolo scorso) e poi ristrutturati nel tempo. Ad avviso della Procura ricorrente il danno erariale si è attualizzato con il pagamento alla banca, nel dicembre 2011 – gennaio 2012 di euro 3.109.183.204,00 in conseguenza della macro-operazione di ristrutturazione e chiusura delle predette posizioni contrattuali proposta da Morgan Stanley e accettata dal MEF, alle condizioni indicate dalla banca e senza alcuna opposizione (importo a cui la Procura ha aggiunto i costi di finanziamento e il saldo dei flussi finanziari negativi, per un totale di 3.943.913.732,13).

Pur contestandosi in generale "la grave e inescusabile sottovalutazione del rischio insito nelle specifiche operazioni in derivati oggetto dell'atto di citazione" sia MS, ad avviso della Procura in rapporto di servizio con il MEF, sia i dirigenti chiamati, "avrebbero dovuto nella prima fase prevedere il rischio astenendosi dalla stipula dei predetti contratti e, nella seconda fase, opporsi motivatamente (in presenza dei relativi

presupposti) alle richieste della banca, impedendo così il verificarsi dei danni finanziari contestati".

In particolare, oltre alle negligenze indicate, alla base della realizzazione del danno era stato l'inserimento di una clausola di risoluzione anticipata ad effetti estintivi espressamente richiamata in ogni contratto che prevedeva tra le circostanze estintive (Early Termination Events, ATE) quella secondo la quale in presenza di una esposizione creditoria nei confronti dello Stato oltre limiti prefissati, la banca MS maturando un credito correlato avrebbe avuto la facoltà di chiedere il rientro sotto la soglia prevista e, in caso d'inadempienza, la risoluzione di tutti i contratti stipulati.

Inoltre, gli stessi soggetti "non valutavano gli altri elementi dello schema negoziale, ed in particolare l'assenza di garanzie di collateralizzazione" poste al fine di assicurare la durata fisiologica dei contratti derivati.

Nel ricorso (p. 4 ss.) sono poi descritte le singole operazioni finanziarie e la mancata opposizione, anche contenziosa, nei confronti di MS in presenza dell'attivazione della clausola ATE.

Peraltro, data la complessità della materia, è opportuno precisare le modalità secondo le quali si giunse nella seconda fase ora descritta alla ristrutturazione ed alla chiusura delle posizioni contrattuali in esame, indicate sommariamente nel ricorso, che rinvia all'atto di citazione ed agli altri atti di causa.

In particolare, la cosiddetta "attivazione della clausola ATE da parte di MS" non si realizzò formalmente, ma la comunicazione da parte di MS dell'intenzione di avvalersene provocò, secondo la incontestata ricostruzione proposta dai controricorrenti, una negoziazione tra le parti all'esito della quale fu scongiurata la suddetta attivazione, dapprima mediante "un accordo per modificare le caratteristiche contrattuali di sei derivati (su complessivi diciannove all'epoca esistenti tra MS e la Repubblica italiana); successivamente, "nel gennaio del 2012 dei sei ristrutturati a dicembre 2011, quattro furono estinti".

Tali operazioni di ristrutturazione e chiusura comportarono l'esborso della somma indicata da parte del MEF.

La controricorrente Cannata riferisce infine che all'epoca erano in vigore diciannove contratti derivati tra il MEF e MS, e dopo gli eventi ora descritti ne rimasero in essere tredici: pertanto l'accordo tra le parti scongiurò la formale attivazione della clausola ATE in relazione a tutti i diciannove contratti stipulati.

4. Ora, dopo queste precisazioni, deve esaminarsi la tesi di fondo su cui si basa il ricorso per sostenere la sussistenza di un rapporto di servizio tra MS e MEF, secondo la quale "le attività di supporto tecnico istruttorio e consulenziale in materia di derivati finanziari" erano tali per cui il "supremo Ente pubblico contraente, pur essendo formalmente "informato ed esperto" in materia finanziaria, nella sostanza si rimetteva, nella vicenda *de qua*, alle indicazioni che provenivano dalla MS".

Peraltro, nella prima parte del ricorso al fine la dimostrare la natura consulenziale della attività svolta in concreto da MS, la Procura si sofferma a lungo su un altro, e distinto, rapporto che la stessa banca, unitamente ad altri intermediari finanziari, intratteneva con il MEF al fine di assicurare il collocamento dei titoli del debito pubblico della Repubblica italiana.

In tal senso, e significativamente, la ricorrente sostiene in premessa che "L'individuazione del ruolo di consulente-advisor svolto dalla banca estera nella vicenda di cui è causa e la conseguente affermazione della giurisdizione contabile passa in primo luogo attraverso **la valorizzazione del ruolo di Specialista o *Primary Dealer*** del debito pubblico: OMISSIS non è un qualsiasi contraente privato che negozia prodotti derivati finanziari con un ente pubblico, ma svolge un compito addirittura essenziale nell'ambito della gestione del debito pubblico italiano, in virtù del modello organizzativo prescelto dallo Stato, il quale ultimo consente di attribuire alla relazione

funzionale con lo Stato i caratteri della continuità e della autorevolezza, essenziali ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile".

Il ruolo dello Specialista, nella stessa prospettazione della Procura distinto da quello del contraente negoziale di prodotti finanziari derivati, è disciplinato da varie disposizioni, contenute in atti primari e secondari, che in questa sede si richiamano in sintesi, rinviando agli atti di causa nei quali essi sono più ampiamente descritti.

In particolare, essi sono definiti dalla stessa Procura quali "operatori ammessi alle negoziazioni nei mercati all'ingrosso dei titoli di Stato".

La loro base normativa si rinviene nel d.lgs n. 58 del 1998, ed in particolare nelle disposizioni di cui agli artt. 61 ss. che attribuiscono al Ministro dell'economia e delle finanze il compito di individuare le caratteristiche delle negoziazioni all'ingrosso degli strumenti finanziari e di autorizzare e disciplinare i mercati all'ingrosso dei titoli di Stato. Sul sito del MEF si trova la seguente definizione: Gli Specialisti in Titoli di Stato sono quei particolari operatori chiamati a svolgere l'importante funzione di market maker, per cui essi hanno **precisi diritti e obblighi** nei confronti del Tesoro. Hanno l'obbligo di sottoscrivere le aste dei titoli di Stato e di garantire una costante liquidità del mercato secondario ed hanno l'esclusivo diritto di partecipare alle riaperture successive alle aste, alle operazioni di riacquisto e di concambio nonché di essere, a parità di condizioni, gli interlocutori privilegiati nell'ambito della costituzione dei sindacati per il collocamento dei titoli.

In particolare, il D.M. 22 dicembre 2009, n. 216 contiene il regolamento che disciplina le caratteristiche delle negoziazioni all'ingrosso, ivi comprese quelle relative ai titoli di Stato e all'art. 23 è prevista la normativa organica in tema di "Specialisti in titoli di Stato italiani".

La qualifica di Specialista è acquisita a domanda della banca o impresa di investimento, ed all'esito di selezione da parte del MEF tra gli aspiranti che presentino una serie di requisiti, quali il possesso di una struttura organizzativa

idonea, la partecipazione efficiente al mercato dei titoli di Stato, in termini di qualità, continuità e quantità, con una aggiudicazione minima su base annua di una quota non inferiore al tre per cento dell'ammontare nominale complessivo collocato in asta (comma 2, lett. b), e la partecipazione efficiente alle sedi di negoziazioni all'ingrosso dei titoli di Stato italiani in termini di contributo al volume al volume degli scambi, alla liquidità e alla profondità del mercato, mediante la formulazione, su base continuativa, di quotazioni, in acquisto e in vendita, impegnative e competitive in termini di prezzo e di quantità (comma 2, lett. c).

La posizione certamente non subordinata o dipendente del MEF nei confronti degli Specialisti, è confermata dalla funzione di valutazione e monitoraggio ad esso attribuita (art. 23, comma 3), e dal potere ministeriale di stabilire il numero massimo di operatori ammessi all'iscrizione nell'elenco degli Specialisti.

Altre disposizioni di dettaglio sono state previste nel decreto dirigenziale MEF n. 993039 del 2011 (Decreto dirigenziale Specialisti), nel quale oltre ad alcune disposizioni tecniche si indicano le modalità operative degli aspiranti Specialisti, prima della valutazione e iscrizione dell'elenco, "tenuti a garantire la totale riservatezza riguardo alle informazioni cui tale status dà accesso" ed i "privilegi" cui sono ammessi gli Specialisti (art. 9 del decreto). In particolare, il Tesoro garantisce agli Specialisti "l'accesso esclusivo alle riaperture riservate alle aste dei titoli di Stato che prevedono questa opzione nonché alle aste di concambio e riacquisto" e "la preferenza per la partecipazione alle altre emissioni in valuta e per le operazioni in derivati".

Alla base del rapporto con gli Specialisti vi è pertanto l'interesse del MEF a collocare in modo efficiente il debito pubblico sul mercato secondario, assicurandosi la necessaria liquidità. Vista la assoluta rilevanza che la gestione del debito pubblico ha assunto negli anni recenti non sembra necessario ulteriormente soffermarsi sul punto.

Ciò che invece rileva in questa sede è che nella normativa primaria e secondaria richiamata non si rinviene alcun riferimento ad una pretesa attività di consulenza nei confronti del MEF cui sarebbe tenuto lo Specialista.

Né tale carenza ci pare sia sanata dall'esame in concreto delle relazioni instauratesi tra MEF e MS quale Specialista del debito pubblico.

Sul punto la Procura ricorrente afferma che "in concreto, il complesso di queste attività relative al ruolo di Specialista si è estrinsecato nella fattispecie in appuntamenti fissi mensili collettivi, in numerosi incontri bilaterali tra il MEF (e MS *ndr*), dove vengono discussi gli andamenti di mercato, le strategie degli investitori che operano con tale Specialista, le scelte di politica di emissione e gestione del debito ad ampio raggio (aste, sindacazioni, potenziali nuovi strumenti, liability management, ecc.)".

A ciò si aggiunga quanto affermato nella relazione MEF 15 marzo 2017, dalla quale la ricorrente estrapola affermazioni che riferiscono "un'intensa attività di comunicazione … con cui la banca e il MEF si scambiano opinioni circa quanto sta accadendo sui mercati e quali misure risulti di volta in volta efficace intraprendere per fronteggiare gli andamenti in corso".

Queste modalità di svolgimento del rapporto, unitamente al rilievo pubblicistico del ruolo dello Specialista, che la Procura desume dalla regolamentazione richiamata, inducono la stessa ricorrente a ritenere che "l'attività consulenziale è immanente al modello dello *Specialist* ed è un fatto dimostrato che il modello del *Primary dealer* (o *Specialist*), adottato nel nostro Paese presupponga lo svolgimento di una attività di supporto consulenziale".

Ora, oltre a non superare il dato normativo, questa descrizione dei rapporti tra MEF ed MS non considera a nostro avviso adeguatamente la concreta necessità di una continua interlocuzione tra i funzionari e i dirigenti del MEF e gli Specialisti, al fine di scambiarsi le informazioni necessarie a programmare la gestione di un debito

pubblico imponente, quale è quello italiano. Gli obblighi di partecipazione alle aste cui sono tenuti gli Specialisti, e lo svolgimento in modo efficace ed efficiente, come richiesto dalle norme, della funzione di collocamento del debito, e quindi di intermediazione, presuppongono, diremmo strutturalmente, lo scambio di continue informazioni al fine di assumere le decisioni che ognuna delle due controparti deve continuamente adottare.

Ciò peraltro, come ritenuto anche dalla sentenza impugnata, non implica né la sussistenza di un rapporto di consulenza né, a maggior ragione, di un rapporto di servizio.

In tal senso, le argomentazioni della sentenza impugnata (p. 96 ss.) appaiono interamente condivisibili, laddove si sottolinea che "il supporto tecnico degli Specialisti all'Ente Stato non comporta, sotto alcun profilo, la loro partecipazione alle determinazioni di quest'ultimo, né li trasforma in co-gestori del debito pubblico e delle attività connesse e in corresponsabili delle relative scelte".

Inoltre, la ricorrente non si confronta con ulteriori elementi, in fatto e in diritto, che conducono al rigetto della sua tesi. Innanzitutto, non valuta che all'epoca, come pacificamente espresso negli atti di causa, operavano presso il MEF venti Specialisti del debito pubblico, e pertanto il ruolo di uno solo di essi, nel caso MS, non poteva essere tale da svolgere un ruolo di consulente in grado di orientare in modo decisivo, univoco ed essenziale le decisioni del MEF.

In secondo luogo, non tiene conto dell'esistenza di articolate procedure interne al MEF, relative alle decisioni concernenti le emissioni dei titoli del debito pubblico ed alla stipulazione di contratti relativi a prodotti finanziari derivati, nonché della evidente funzione che queste procedure assumono al fine di "processare" le informazioni ricevute dai vari operatori di mercato e di assumere autonomamente le decisioni di competenza.

Anche qui si condivide la sentenza impugnata, che sottolinea come queste scelte "non possono, ad ogni evidenza, essere né delegate, né condivise, rappresentando uno dei poteri più importanti di uno Stato Sovrano".

Con specifico riferimento alla qualificazione del rapporto di consulenza, ed alla possibilità che esso costituisca un rapporto di servizio, il ricorso non sembra convincente nella valutazione dei principi contenuti nella consolidata giurisprudenza di queste Sezioni unite. In sintesi, poiché molti precedenti sono richiamati negli atti di parte, essa afferma che può aversi responsabilità contabile di un professionista esterno al quale sia stato affidato da un ente pubblico "tutte le volte in cui il professionista debba ritenersi inserito in modo continuativo, ancorché temporaneo, nell'apparato organizzativo della P.A., assumendo particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali e, cioè, tutte le volte in cui la relazione tra l'autore dell'illecito e l'ente pubblico danneggiato integri un rapporto di servizio in senso lato" (Cass. Sez. un. n. 19891/2014). La stessa pronuncia sottolinea in motivazione che "la più qualificata dottrina e la 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 alle 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, benché 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 (Cass. civ. sez. un. 9 febbraio 2011, n. 3165; Cass. civ. sez. un. 3 luglio 2009, n.15599 ; Cass. civ. 9 settembre 2008, n.22652). Sul piano sistematico, l'ampliamento della responsabilità

erariale a soggetti non ricompresi nell'apparato amministrativo è dunque avvenuto attraverso il cavallo di troia del rapporto di servizio in senso ampio, applicabile, tra l'altro, al professionista esterno chiamato a svolgere una certa attività in favore dell'ente pubblico e a quel punto soggetto anche ai vincoli connessi alla funzione alla quale ogni attività amministrativa è, per definizione, orientata".

Questi principi sono stati ribaditi in più recenti pronunce, da ultimo in Cass. sez. un. n. 21871/2019, che ha riaffermato "il principio, consolidato nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite, secondo cui sussiste il rapporto di servizio, costituente il presupposto normativo della attribuzione alla giurisdizione della Corte dei Conti della azione di responsabilità per danno erariale, allorché un ente privato esterno all'Amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse di quest'ultima e con risorse pubbliche, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, in tal modo inserendosi pur temporaneamente nell'apparato organizzativo della P.A.; mentre resta irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o dì servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi indifferentemente secondo gli schemi generali, previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto od in parte (*ex multis,* Cass. sez. un. n.13330/2010; n.11229/2014; n.12086/2016; n.14436/2018)".

In applicazione di questi principi è stato riconosciuto il rapporto di servizio nel caso di una società concessionaria che svolgeva in modo continuativo il servizio pubblico di raccolta dei rifiuti: le Sezioni unite hanno ritenuto sussistente l'inserimento temporaneo della società nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, che integra in sé - a prescindere dalla esistenza o dalla natura giuridica dell'atto pubblico di investitura del soggetto - il rapporto di servizio costituente il presupposto normativo della attribuzione alla giurisdizione della Corte dei Conti della azione di responsabilità per danno erariale. La giurisdizione contabile è stata affermata anche nei casi di un'associazione che eroga con risorse pubbliche prestazioni assistenziali a persone

disabili (Cass. sez. un. n. 19086/2020), e di una società appaltatrice del servizio di conteggio e riepilogo settimanale dei tickets sanitari incassati da una ASL.

A nostro avviso risulta manifesta la differenza con il caso oggetto del presente giudizio, nel quale non ricorre qualsivoglia trasferimento in capo ad MS di funzioni pubbliche da parte del MEF o di qualche attività inserita funzionalmente nell'ambito della pubblica amministrazione., restando per quanto detto i compiti degli Specialisti nettamente distinti rispetto alle funzioni del MEF relative alle emissioni dei titoli del debito pubblico.

In questo senso, anche la giurisprudenza richiamata dalla Procura ricorrente per sostenere la propria tesi si rivela in realtà contraddittoria con la tesi sostenuta nel ricorso. E' questo il caso della sentenza Cass. sez. un.. n. 328/2018, concernente le funzioni svolte dall'arbitro di calcio. Riaffermando i principi ora richiamati relativi alla necessità di una compartecipazione alla funzione pubblica del soggetto privato esterno all'amministrazione, ai fini dell'integrazione del rapporto di servizio (tra le altre, Cass. sez. un. n. 24671/2009; n. 11229/2014; n. 16240/2014; n. 26942/2014; n. 7663/2017), le Sezioni unite hanno affermato che l'arbitro di calcio "nell'esercizio della sua funzione, dirige e controlla le gare, è cioè colui che è chiamato ad assicurarne, a tutti gli effetti, il corretto svolgimento nell'osservanza del regolamento di gioco. La compilazione del referto di gara costituisce, in tale contesto, un elemento fondamentale, in quanto è l'atto ufficiale che contiene il resoconto dei fatti salienti della partita e attesta il suo risultato, con le relative conseguenze anche con riguardo ai concorsi pronostici e alle connesse vincite. Ne consegue … che l'arbitro è investito di fatto di un'attività avente connotazioni e finalità pubblicistiche, se non altro in quanto inserito, a pieno titolo, nell'apparato organizzativo e nel procedimento di gestione dei concorsi pronostici da parte del CONI, con il connesso impiego di risorse pubbliche: sussiste, pertanto, quella relazione funzionale e quella compartecipazione con l'ente pubblico sopra indicate, idonee a configurare la responsabilità contabile e quindi a radicare la giurisdizione della Corte dei conti".

Come si vede, dalla lettura integrale della motivazione emerge la differenza con il caso in esame, nel quale non si è verificato alcun inserimento nell'apparato organizzativo, o trasferimento di funzioni, e nel quale resta indimostrato che l'attività dello Specialista assuma caratteristiche fondamentali, decisive ed essenziali nello svolgimento della funzione della pubblica amministrazione. Nello stesso senso, non si ricavano elementi a favore della ricorrente dalla ord. Sez. un. n. 26942/2014 che, "in tema di appalto pubblico per opere stradali, circa i danni subiti da ANAS s.p.a. a causa dell'indebito riconoscimento di riserve nella procedura di accordo bonario ex art. 31 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (ora, art. 240 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)", ha affermato che "sussiste la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti verso gli organi e i dipendenti dell'ANAS stessa, attesa la sua perdurante natura pubblicistica, e verso i componenti della commissione di collaudo, attesa la relazione funzionale che li lega all'ente pubblico appaltante". La stessa pronuncia ha infatti escluso la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti verso i componenti della commissione di accordo bonario, "attesa l'estraneità all'ente pubblico appaltante determinata dalla funzione conciliativa, verso il contraente generale, attesa la natura contrattuale dell'iscrizione di riserve incidenti sul sinallagma negoziale, e verso il direttore dei lavori, atteso che questi, nell'appalto affidato a contraente generale, opera per quest'ultimo, anziché come agente pubblico".

Nell'ulteriore precedente citato nel ricorso, le Sezioni unite hanno riconosciuto la responsabilità contabile a carico degli amministratori di una società concessionaria del servizio pubblico della pubblicità e delle affissioni per il mancato versamento degli introiti al comune concedente (Cass. sez. un. n. 7663/2017): anche in questo caso è evidente il trasferimento della funzione pubblica e l'inserimento del privato nel plesso dell'amministrazione, circostanze che non ricorrono nel caso in esame.

5. Una volta escluso che il rapporto tra Specialisti e MEF si configuri come un rapporto di consulenza che possa dar luogo ad una relazione funzionale in grado di trasformarsi

in rapporto di servizio, è necessario valutare se i rapporti, pacificamente di tipo contrattuale, intervenuti tra le parti in occasione della stipulazione, ristrutturazione e chiusura dei contratti per cui è causa possa dar luogo a responsabilità contabile di MS e degli altri soggetti chiamati.

Innanzitutto, devono qui richiamarsi le disposizioni, contenute in accordi di regolazione, decreti ministeriali e norme primarie, ampiamente citate nella sentenza impugnata e negli atti di parte, dalle quali si evince la legittimità della stipulazione da parte dello Stato italiano di contratti relativi a prodotti finanziari derivati. In sintesi, la possibilità di tale scelta è stata consentita fin dagli anni Novanta del secolo scorso, dall*'International Swap Dealers Association Master Agreement,* recepito con l'accordo di massima di regolazione di successive transazioni dal D.M. 22 gennaio 1997, cui è seguita la disciplina del D.M. 22 aprile 2005, recante Direttive per l'attuazione delle operazioni finanziarie, ai sensi del d.P.R. 30 dicembre 2003, n. 398. A questi atti vanno aggiunti la più volte citata nota dell'allora Direttore generale del Ministero del Tesoro del 26 febbraio 2001, indirizzata al Ministro, nella quale la scelta di operare la gestione del debito pubblico anche mediante contratti quali quelli in questione è stata inserita in una cornice strategica e di lungo periodo, e il dato oggettivo per cui tutte le operazioni in derivati furono approvate con decreti dei ministri succedutisi al MEF.

Più in generale, deve poi richiamarsi l'ampia rassegna normativa svolta nella sentenza impugnata per affermare che "la decisione del Ministero di operare in strumenti finanziari derivati poggiava su una solida base normativa". La possibilità di avvalersi di tali strumenti risale, inizialmente per ristrutturare solo debiti esteri, all'art. 8 della legge n. 887/1994, poi estesa anche ai prestiti in valuta nazionale con D.M. 10.11.1995; con l'art. 2, comma 165 della legge n. 662/1996 il Ministro del Tesoro è stato autorizzato a ristrutturare il debito pubblico "interno ed estero attraverso operazioni di trasformazione di scadenze, di scambio o sostituzione di titoli di diverso tipo, o altri strumenti operativi previsti dalla prassi dei mercati finanziari". Ancor più

ampia è l'elencazione degli strumenti finanziari cui il MEF è stato abilitato a ricorrere dall'allegato 1, sez. C, al TUF (p. 111 della sentenza impugnata).

Infine l'art. 3 del d.P.R. n. 398/2003 ha previsto che il Ministro è autorizzato a "procedere, ai fini della ristrutturazione del debito pubblico interno ed estero, al rimborso anticipato dei titoli, a trasformazioni di scadenze, ad operazioni di scambio nonchè a sostituzione tra diverse tipologie di titoli o altri strumenti previsti dalla prassi dei mercati finanziari internazionali".

A conferma della liceità della strategia seguita nell'ultimo ventennio dal MEF, deve poi notarsi che il legislatore è intervenuto, nel limitato caso degli enti locali e territoriali, disciplinando la materia del ricorso agli strumenti derivati, dettando norme specifiche, dapprima di autorizzazione e in epoca successiva di divieto, ma non disponendo nulla in tal senso nei confronti del MEF e quindi dell'organo statale autorizzato alla gestione del debito pubblico nazionale.

Il percorso certamente non lineare della normativa specifica che ha riguardato gli enti territoriali si apre con l'art. 35 della legge n. 724 del 1994, che ha stabilito espressamente la possibilità per tali enti di ricorrere al mercato dei capitali attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari destinati esclusivamente al finanziamento degli investimenti, in attuazione dell'art. 119 Cost., e con l'art. 2 del Regolamento di attuazione n. 420 del 1996, nella parte in cui ha previsto il ricorso a strumenti derivati mediante l'attivazione di *currency swap* come copertura obbligatoria del rischio di cambio nel caso di emissioni obbligazionarie in valuta, la cui finalità è quella di evitare l'esposizione al rischio di cambio, con precipua attenzione, come espressamente evidenziato dal legislatore, a non "introdurre elementi di rischio". L'art. 41 della legge n. 448 del 2001 (finanziaria per il 2002), al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica (comma 1), ha esteso agli enti locali la facoltà di emettere titoli obbligazionari (e di contrarre mutui) con rimborso del

capitale in un'unica soluzione alla scadenza - cd. titoli *bullet* - previa costituzione di un fondo di ammortamento del debito o conclusione di *swaps* per l'ammortamento del debito (comma 2, previsione poi abrogata dall'articolo 62, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dall'articolo 3 della legge n. 203 del 2008).

E' qui significativa la previsione legislativa di un potere di coordínamento finanziario in capo al Ministero dell'economia e delle finanze, a conferma della netta distinzione dei ruoli, della capacità giuridica e della *expertise* che il legislatore identifica nello Stato centrale, e quindi nel MEF da un lato, e negli enti territoriali e locali dall'altro.
Successivamente, il d.m. n. 389 del 2003 e la circolare del 27 maggio 2004 del Ministero dell'economia e delle finanze hanno regolato l'accesso al mercato dei capitali da parte degli enti territoriali relativamente alle operazioni derivate effettuate e agli ammortamenti costituiti dopo il 4 febbraio 2004, elencando le operazioni di finanza derivata vietate e consentite (unicamente nella forma *plain vanilla)* agli enti locali, i quali dovevano trattare solo con intermediari titolari di un *rating* non inferiore a quello indicato.
La legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) ha poi chiarito la necessità che le modalità contrattuali, gli oneri e gli impegni finanziari in derivati siano espressamente dichiarati in una nota allegata al bilancio e che gli enti locali attestino di essere a conoscenza dei rischi e delle caratteristiche degli strumenti finanziari utilizzati.
Infine, la legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014), modificando l'art. 62 del d. l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, ha definitivamente vietato agli enti locali il ricorso a strumenti finanziari derivati ed alla rinegoziazione dei contratti derivati in essere alla data di entrata in vigore della legge.

Per completezza, con riferimento alla legislazione speciale per gli enti territoriali ora richiamata, si osserva che recenti pronunce della Corte di cassazione hanno valutato sia la validità dei contratti per interest rate swap, sia i limiti della responsabilità contabile degli amministratori di tali enti.

Nel primo caso, la sentenza delle sezioni unite n. 8770/2020 ha dichiarato la nullità di alcuni contratti relativi a prodotti derivati conclusi da un piccolo comune (OMISSIS), affermando che "In tema di contratti derivati stipulati dai Comuni, la normativa che ne aveva autorizzato la conclusione (fino al relativo divieto introdotto dalla l. n. 147 del 2013), così rendendo tipici contratti che, altrimenti, fra privati, rimanevano innominati, aveva carattere eccezionale ed era di stretta interpretazione, poiché aveva consentito alla P.A. di stipulare dei contratti che, in quanto aleatori, non avrebbe potuto, di per sé, sottoscrivere. Tale normativa andava intesa, pertanto, nel senso che il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere tali contratti era limitato ai derivati di copertura, con esclusione di quelli speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi; inoltre, i contratti in esame dovevano essere stipulati con intermediari finanziari qualificati, determinandone con precisione l'oggetto, con l'indicazione del "mark to market", degli scenari probabilistici e dei costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e rendere evidente all'ente ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, in quanto tale caratteristica comporta una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole della contabilità pubblica, perché introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio".

Dalla massima citata, si evince che la sentenza ha esaminato unicamente la legislazione che ha consentito la temporanea facoltà riconosciuta agli enti locali di stipulare contratti per derivati, in particolare *interest rate swap* con previsione di *up front*, ma non ha in alcun modo considerato e valutato la legislazione statale richiamata, primaria e secondaria, che ha autorizzato senza distinzioni tra derivati speculativi e di copertura, la conclusione di tali contratti.

Questo convincimento è confermato dai principi sui quali la sentenza si fonda, ricavati dalla legislazione speciale relativa agli enti territoriali. Le sezioni unite hanno infatti osservato che "L'autorizzazione alla conclusione di un contratto di "swap" da parte dei Comuni italiani, in particolare se del tipo con finanziamento "upfront", ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero nel loro mantenimento in vita, ma con

rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, di competenza della giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico; in particolare, tale autorizzazione compete al Consiglio comunale ove l'"IRS" negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, con la ricomprensione dei costi occulti che gravano sul rapporto".

Ed ancora, in relazione ai limiti posti dalla Costituzione all'indebitamento degli enti locali, le sezioni unite hanno affermato che "in tema di derivati conclusi dagli enti pubblici, gli importi ricevuti a titolo di "upfront" rappresentano un finanziamento e vanno qualificati come indebitamento, ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost. (che all'ultimo comma dispone che gli enti territoriali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento), anche per il periodo antecedente l'approvazione dell'art. 62, comma 9, del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modif., dalla l. n. 133 del 2008 e, successivamente, sostituito dall'art. 3 della l. n. 203 del 2008, che ha solo preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con il detto "upfront". Lo stesso non può dirsi della collegata operazione di "swap" che va guardata nel suo complesso, al fine di verificare se l'effetto che produce può consistere sostanzialmente in un indebitamento. In tema di derivati conclusi dagli enti pubblici, gli importi ricevuti a titolo di "upfront" rappresentano un finanziamento e vanno qualificati come indebitamento, ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost., anche per il periodo antecedente l'approvazione dell'art. 62, comma 9, del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modif., dalla l. n. 133 del 2008 e, successivamente, sostituito dall'art. 3 della l. n. 203 del 2008, che ha solo preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con il detto "upfront". Lo stesso non può dirsi della collegata operazione di "swap" che va guardata nel suo complesso, al

fine di verificare se l'effetto che produce può consistere sostanzialmente in un indebitamento".

La seconda sentenza richiamata (Cass. n. 9680/2019), intervenuta nelle more della fissazione del presente ricorso, ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi di giurisdizione proposto dal sindaco di un piccolo comune (OMISSIS) e dal funzionario responsabile dell'area amministrativo-finanziaria del comune avverso la pronuncia della sezione giurisdizionale centrale della Corte dei conti che aveva riconosciuto la loro responsabilità erariale in relazione ad un'operazione in derivati del tipo *interest rate swap*.

In questo caso la Corte di cassazione non ha rilevato la violazione dei limiti esterni alla giurisdizione contabile, osservando che la sentenza appellata si basava su "una valutazione che non è riferita alla scelta del mezzo (quindi dell'operazione in derivati in sé, *ndr*), bensì alla diligenza dei ricorrenti nella gestione ed attuazione della scelta di avvalersene una volta fatta". L'assenza di diligenza è stata individuata nella stipulazione del contratto senza avere, in concreto, "le competenze idonee a garantire che quella stipula avvenisse con la piena consapevolezza delle sue implicazioni poi rivelatesi dannose per il comune". Ed ancora più nello specifico, è stato addebitato al funzionario responsabile "di avere concluso il contratto senza avere esperienza sulle operazioni derivate e senza avvalersi di una preventiva consulenza sul contenuto del contratto, ed al sindaco (unitamente ad altri amministratori) di avere consentito tale conclusione e di avere adottato la deliberazione senza i pareri previsti dall'art. 49 del d.lgs n. 267/2000".

Il caso descritto risulta pertanto nettamente distinto da quello in esame, per la specialità della normativa riguardante gli enti territoriali, la peculiarità degli addebiti e per la fattispecie riguardante un piccolo comune manifestamente carente della necessaria competenza tecnica.

Né possono ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale argomenti a favore della illiceità del ricorso a strumenti derivati nella gestione del debito pubblico da parte dello Stato. Nella sentenza n. 52 del 2010, giudicando sull'impugnazione da parte di alcune

Regioni dell'art. 62 del d.l. n. 112 del 2008, conv. in legge n. 133/2008, che conferiva al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di individuare le tipologie di contratti derivati che le Regioni e gli enti locali erano abilitati a stipulare, ha affermato che il legislatore statale ha previsto "con l'impugnato comma 3, **limitatamente alle contrattazioni in cui siano parte le Regioni e gli enti locali, una specifica normativa per il loro accesso al relativo mercato mobiliare**, sia pure demandandone la disciplina attuativa, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ad un regolamento ministeriale, volto ad individuare, in modo puntuale, sia la tipologia dei contratti, sia le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli enti in questione hanno la facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento. Ciò il legislatore ha fatto, tenuto conto della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame, all'evidente scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività".

La Corte costituzionale ha ritenuto che allo Stato, in quanto titolare della competenza in materia di tutela del risparmio e mercati finanziari (art. 117, secondo comma, lett. e), è conferito il potere di individuare le tipologie dei contratti che gli enti territoriali possono stipulare: essi, per minore expertise e mezzi rispetto allo Stato centrale, ed in quanto destinatari di una finanza derivata, possono legittimamente essere limitati nella capacità di stipulare contratti derivati proprio dal Ministro dell'economia, che per contro non è soggetto a tali preclusioni.

6. Le vicende relative all'attuazione della richiamata normativa statale sono state d'altro canto regolarmente comunicate dal MEF alla Corte dei conti in sede di controllo, come risulta dagli atti, ed in particolare dall'elenco delle relazioni redatte dal MEF riportate nel controricorso MS. In tale sede non sono mai stati sollevati dubbi di legittimità in relazione alla strategia seguita dal MEF nella gestione del debito pubblico

anche mediante il ricorso a strumenti finanziari derivati; ed anzi, proprio sulla base delle relazioni semestrali che il ministero è tenuto ad inviare, i rappresentanti delle sezioni unite di controllo della Corte dei conti hanno riferito nel maggio 2015 alla Commissione parlamentare di indagine sulle tematiche relative agli strumenti finanziari derivati che "la strategia di operatività in derivati seguita dal MEF nel corso degli anni a supporto della gestione del debito pubblico statale" è stata orientata "a ridurre sia il carico di interessi a valere sul bilancio dello Stato, sia i rischi che possono nascere dagli interventi attuati nella gestione del debito". Più ampiamente, si vedano gli ampi stralci riportati in atti, e il testo integrale della relazione dalla quale non si evince "una gestione delle posizioni in essere nel portafoglio derivati che consente di trarre benefizio dalla conformazione della curva dei tassi d'interesse e dal livello assoluto della volatilità".

7. Così chiarito che MS quale Specialista non ha svolto attività di consulenza idonea a costituire un rapporto di servizio, e che il legittimo utilizzo da parte del MEF dei prodotti finanziari derivati in questione è avvenuto mediante contratti e successive rinegoziazioni, per quanto attiene alla posizione della banca convenuta resta unicamente da valutare se la sentenza impugnata abbia correttamente escluso che anche nell'ambito delle negoziazioni relative possa essersi costituito un rapporto di servizio.

Il ricorso fonda questa censura affermando che "la fonte del rapporto è ininfluente ai fini della configurazione del rapporto di servizio", e che "le proposte, i suggerimenti, le indicazioni della banca rispetto ad operazioni, tra l'altro del tutto incoerenti con le finalità perseguite dallo Stato (operazioni ad alto rischio finanziario), non sono manifestazioni di volontà negoziali – se non apparentemente e formalmente – ma contribuiscono a determinare la volontà del MEF rispetto alle singole decisioni oggetto del giudizio (negoziazione dei derivati, ristrutturazione e chiusura), che si inseriscono nella gestione del debito pubblico … L'abusiva prospettazione di attivazione della clausola ATE, l'inclusione del contratto ex ISPA sotto il quadro contrattuale ISDA, le

condizioni inique della chiusura ristrutturazione del 2011, costituiscono altrettante degli obblighi di servizio, rivenienti dalla particolare relazione di durata e dal ruolo svolto in concreto dalla banca, in quanto rappresentano una palese violazione del dovere di fedeltà e lealtà del consulente… In sostanza, … la banca estera, con il suo comportamento, ha consapevolmente proposto e suggerito allo Stato, incidendo sulla sua volontà, di stipulare derivati ad altissimo rischio (es. le *swaption*), per di più in presenza di una clausola che rimetteva alla stessa banca un potere risolutivo unilaterale assoluto (ATE ed in assenza di qualsiasi forma di garanzia, pure obbligatoriamente prevista negli accordi negoziali ("collateralizzazione" contra vedo ric. Cannata).

Ora, a nostro avviso una tale prospettazione contiene una serie di salti logici, di presunti accertamenti in fatto e conseguenze sul piano giuridico che risultano non condivisibili.

Una volta sgombrato il campo, per quanto detto, dalla pretesa dimostrazione del ruolo di consulente della banca in quanto Specialista del debito pubblico, la Procura ricorrente avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza di tale ruolo almeno nella veste di contraente di MS, e di soggetto in grado di determinare in modo essenziale e decisivo la volontà del MEF.

Questa evenienza appare indimostrata.

Innanzitutto, come dimostrato dalla legislazione richiamata, lo Stato italiano ha autonomamente scelto di avvalersi degli strumenti derivati nella gestione del debito pubblico, autorizzando il MEF ad operare sul mercato.

In generale, non vi è stata alcuna induzione indebita da parte della banca, potendoci qui limitare al richiamo della nota, indirizzata al Ministro *pro-tempore*, del 26 febbraio 2001 del Direttore generale del Tesoro, più volte citata in atti e descritta nel suo contenuto programmatico (utilizzo di *receiver swaption* al fine di perseguire l'allungamento della *duration* del debito e la stabilizzazione dei tassi di interesse nel lungo periodo), ed i vari decreti ministeriali richiamati dalle parti, per dimostrare il

protrarsi ventennale di una strategia di gestione del debito pubblico che contemplava il ricorso ai derivati.

In secondo luogo, non può non rilevarsi che, al di là dell'incontestato prestigio e competenza di molti funzionari, dei dirigenti e ministri che si sono succeduti nel periodo considerato, il MEF è legislativamente classificato "controparte qualificata" ai sensi dell'art. 6, comma 2-quater del TUF e dell'art. 24 della direttiva 2004/39/CE che include in tale categoria i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici: il MEF è pertanto soggetto strutturalmente adeguato alla gestione del debito anche attraverso gli strumenti contrattuali in esame, e così non potrebbe non essere, essendo la sede qualificata dello Stato italiano cui è demandata la funzione della gestione del debito sovrano.

Sul punto, e significativamente, nell'intento di descrivere il MEF come un soggetto che si adeguava "supinamente ai memoranda periodicamente inviati dalla Banca al Ministero", la ricorrente non conferisce alcun valore all'esame delle procedure interne al MEF di valutazione e decisione in ordine alle proposte pervenute da operatori privati quali MS, dettagliatamente riportate nella sentenza impugnata (p.98-100). All'esito di questa indagine di merito, la sentenza desume la logica conclusione secondo la quale "Il Ministero, dunque, a differenza di quanto affermato nella citazione e nell'appello, sottoponeva le proposte della Banca a rigorosa analisi volta a verificarne la fattibilità sotto ogni profilo".

Perdono quindi rilievo le reiterate argomentazioni in fatto della ricorrente circa la "soggezione" del MEF a fronte dei 7 memorandum inviati da MS nel corso della negoziazione che poi si tradusse nell'accordo di chiusura stipulato tra le parti, potendosi intendere invece che proprio la prospettazione di diverse soluzioni è chiaro sintomo di una negoziazione in corso, nei tempi stretti previsti, nella quale gli esponenti del MEF, anche verbalmente, esponevano il proprio punto di vista al quale MS rispondeva con ulteriori memorandum.

Da ultimo, la previsione della clausola ATE nei contratti in esame non può essere considerata un atto contrario alle norme, ai principi di efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa ovvero viziata da irragionevolezza e abnormità.

Come affermato dalla sentenza impugnata la clausola era contenuta nell'allegato agli accordi intercorsi tra MS e la Direzione generale del Tesoro fin dal 1995, approvati con il citato D.M. 22 gennaio 1997 (decreto Ciampi).

Pertanto, l'utilizzo di clausole di "Early Termination Events" nell'ambito delle operazioni in derivati gestite dal MEF costituisce una prassi risalente nel tempo e pacificamente ammessa, come confermato dai riferimenti contenuti in varie relazioni trasmesse dal Ministero alla Corte dei conti, richiamate anche nella sentenza impugnata.

Inoltre, come sottolineato dalla difesa OMISSIS, la clausola in esame non conferiva unicamente una facoltà di risoluzione anticipata ad una delle parti, ma prevedeva (v. allegato 26 al controricorso OMISSIS) il ricorso ad una trattativa, e quindi ad uno strumento di gestione ai fini della ristrutturazione dei rapporti in essere in presenza di una determinata esposizione creditizia. Ciò che nella specie si è realizzato, con l'avvio della trattativa tra MS e MEF sopra descritta, e la stipulazione degli accordi citati.

In proposito, ci pare che il ricorso non colga nel segno dal momento che la censura viene rivolta soprattutto al testo della clausola più che agli accordi che scaturirono dalla trattativa che seguì alla comunicazione dell'intenzione di MS di avvalersi della stessa clausola, che in quanto tale non fu in realtà direttamente attivata.

Sotto un diverso profilo, non può neppure imputarsi ai soggetti chiamati la mancata previsione di una garanzia collaterale (cd "collateral"): questa sarebbe stata costituita dall'accantonamento di somme pari al valore negativo che MS avrebbe potuto pretendere in caso di superamento dei parametri della propria esposizione creditizia. Di conseguenza, anche la previsione di questa garanzia, come affermato anche dalla sentenza di primo grado, sul punto non specificamente contestata nell' appello dalla

Procura erariale, non avrebbe evitato il pagamento delle somme contestate da parte del MEF.

8. Se per queste ragioni non può ritenersi che la previsione della clausola ATE, oltre al ricorso ai derivati, sia fonte di responsabilità contabile a carico dei soggetti chiamati, per violazione dei principi di razionalità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1, comma 1 legge n. 20/1994), a nostro avviso le ulteriori argomentazioni della Procura, reiterate nel ricorso, risultano invasive della sfera della discrezionalità e delle scelte di merito rimesse alla pubblica amministrazione.

Basti qui ricordare che secondo la consolidata giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, "nel giudizio di responsabilità amministrativa, al giudice contabile è posto il divieto di sindacare nel merito le scelte discrezionali dell'amministrazione. Pertanto, l'organo giurisdizionale non può sostituirsi all'amministrazione nel compiere scelte d'opportunità, trasformandosi da "operatore di giustizia" ad "amministratore". Tuttavia, tale disposizione non può essere interpretata nel senso che l'azione discrezionale dell'amministrazione non sia sottoposta al vaglio di alcun parametro normativo, sicché la stessa si trasformi in espressione di puro "arbitrio". Affinché l'azione dell'amministrazione sia legittima è necessario che la stessa non si ponga in contrasto con la normativa di riferimento rappresentata dall'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, dall'art. 1, lett. h), della L.R. n. 48/1991, dall'art. 110, comma 6, del d.lgs. n. 267/2000, nonché dall'art. 14 della L.R. n. 7/1992 (Cass. sez. un. 29920/2017; ex multis, n. 10069/2011; 33366/2018).

Il superamento dei limiti previsti per l'esercizio giurisdizione contabile appare a nostro avviso palese in alcune espressioni contenute nel ricorso.

In primo luogo, la vicenda che ha condotto agli accordi in questione ed all'esborso a favore di MS da parte dello Stato italiano appare nel ricorso del tutto decontestualizzata dagli avvenimenti eccezionali che ne furono la causa storica. La

totale assenza di prevedibilità della situazione venutasi a creare a causa della crisi finanziaria del 2008, che comportò per l'Italia il rischio di *default* nel 2011, comprovata da troppi dati oggettivi perché li si debba in questa sede richiamare, non viene in alcun modo posta in relazione con l'azione amministrativa che il MEF, tramite i suoi dirigenti, dovette intraprendere.

Alla mancata considerazione di tale eccezionalità degli eventi, si collega una loro valutazione, che come condivisibilmente affermato dalla sentenza impugnata, "è carente della necessaria visione d'insieme" ed "è caratterizzata da un sindacato ex post e non ex ante, inconcepibile nell'ambito di operazioni oggettivamente rischiose (ma consentite dalla legge) e a lungo termine e pertanto con uno scenario macroeconomico e storico difficile da prevedere, anche con sofisticati strumenti di analisi probabilistica dei mercati" (p. 121 ss.).

Questa conclusione trova esplicita conferma nell'esegesi dell'atto di citazione contenuta nella sentenza della sezione d'appello della Corte dei conti, che sottolinea come la Procura "critica tutta la strategia ministeriale volta alla riduzione degli oneri correnti, sostenendo che in tal modo si aumentano i profili di rischio degli esercizi futuri" e " contesta la scelta quale controparte nei contratti derivati, della OMISSIS", affermando anche che "sarebbe stato necessario, nel contesto storico fino al 2007, privo di tensioni sui mercati, perseguire l'obiettivo di aumento della duration non mediante l'attività in derivati ma emettendo BTP a lungo termine".

Nello stesso senso, sembra a nostro avviso una incursione nella sfera delle scelte che si collocano nella sfera della politica finanziaria, e non in quella dell'attività amministrativa, la censura secondo la quale il MEF avrebbe dovuto "opporsi alla chiusura e ristrutturazione di quelle medesime posizioni alle condizioni e modalità proposte dalla controparte" (p. 37 del ricorso). Questa contestazione non valuta le probabilità del possibile successo, o del probabile insuccesso, dell'apertura di un contenzioso giudiziario con una banca di primario rilievo nel panorama internazionale, né le conseguenze di tipo reputazionale in grado di incidere negativamente sulla già

precaria situazione nella quale i dirigenti del MEF si sono trovati a dover gestire il debito pubblico italiano all'acme della crisi finanziaria del 2011.

Pertanto, anche il secondo motivo del ricorso deve essere rigettato, indipendentemente dall'esame dei concreti compiti loro attribuiti e degli atti adottati dai dirigenti del MEF chiamati in giudizio.

Peraltro, dall'esame delle concrete funzioni da essi temporaneamente svolte nel lungo tempo trascorso, possono ricavarsi ulteriori dubbi circa l'effettività del loro apporto causale in relazione ad alcuni degli atti contestati: in riferimento al prof. OMISSIS, Capo dipartimento del Tesoro dal 2001 al 2004, può citarsi in tal senso la contestazione consistente in una frase di assenso scritta manualmente in calce ad un appunto della OMISSIS dal quale non si evinceva la specifica operazione alla quale si riferiva.

PER QUESTI MOTIVI

chiede che la Corte rigetti il ricorso, con i conseguenti provvedimenti di legge .

per il Procuratore Generale

Renato Finocchi Ghersi, Avvocato Generale

Roma, 12 novembre 2020