Pubblicazione Trimestrale
ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Gennaio / Marzo
2026

DIREZIONE

Danny Busch, Guido Calabresi, Pierre-Henri Conac, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Giuseppe Ferri Jr., Raffaele Lener, Udo Reifner, Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi, Thomas Ulen

COMITATO DI DIREZIONE

Filippo Annunziata, Paoloefisio Corrias, Matteo De Poli, Alberto Lupoi, Roberto Natoli, Maddalena Rabitti, Maddalena Semeraro, Andrea Tucci

COMITATO SCIENTIFICO

Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Fulvio Cortese, Aurelio Gentili, Giuseppe Guizzi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Daniele Maffeis, Rainer Masera, Ugo Mattei, Alessandro Melchionda, Ugo Patroni Griffi, Giuseppe Santoni, Francesco Tesauro+

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

COMITATO ESECUTIVO

Roberto Natoli, Filippo Sartori, Maddalena Semeraro

COMITATO EDITORIALE

Adriana Andrei, Angela Maria Aromolo de Rinaldis, Sebstiano Belfi, Giovanni Berti De Marinis, Benedetta Bonfanti, Alessandra Camedda, Andrea Carrisi, Gabriella Cazzetta, Edoardo Cecchinato, Paola Dassisti, Antonio Davola, Angela Galato, Alberto Gallarati, Edoardo Grossule, Luca Serafino Lentini, Paola Lucantoni, Eugenia Macchiavello, Ugo Malvagna, Alberto Mager, Emanuela Migliaccio, Gianpaolo Panetta, Francesco Petrosino, Elisabetta Piras, Chiara Presciani, Francesco Quarta, Eleonora Rajneri, Carmela Robustella, Giulia Terranova, Davide Toccoli, Veronica Zerba (Segretario di Redazione)

COORDINAMENTO EDITORIALE

Ugo Malvagna

2026

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

La Rivista di Diritto Bancario seleziona i contributi oggetto di pubblicazione sulla base delle norme seguenti.

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione vengono assegnati dal sistema informatico a due valutatori, sorteggiati all'interno di un elenco di ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche, estratti da una lista periodicamente soggetta a rinnovamento.

I contributi sono anonimizzati prima dell'invio ai valutatori.

Le schede di valutazione sono inviate agli autori previa anonimizzazione.

Qualora uno o entrambi i valutatori esprimano un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche aggiunte e correzioni, la direzione esecutiva verifica che l'autore abbia apportato le modifiche richieste.

Qualora entrambi i valutatori esprimano parere negativo alla pubblicazione, il contributo viene rifiutato. Qualora solo uno dei valutatori esprima parere negativo alla pubblicazione, il contributo è sottoposto al Comitato Esecutivo, il quale assume la decisione finale in ordine alla pubblicazione previo parere di un componente della Direzione scelto ratione materiae.

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, via Verdi 53,
(38122) Trento – tel. 0461 283836

MARCO ANTONIOLI

Enti locali e legittimazione alla stipula dei contratti finanziari[1]

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali: organizzazione amministrativa e indebitamento degli enti territoriali – 2. Contratti pubblici, limiti oggettivi e contratti finanziari. – 3. Contratti finanziari conclusi ed enti territoriali tra quadro normativo e regime sanzionatorio. – 4. Autonomia privata della P.A. e limiti alla capacità contrattuale. – 5. Legittimazione degli enti territoriali e contratti derivati nella sentenza "Comune di Cattolica". – 6. Segue: incompetenza e difetto di legittimazione tra presupposti ed effetti. – 7. Enti locali, contratti finanziari, competenza e potere deliberativo (tra Sezioni unite e Consiglio di Stato). – 8. La costituzione di società a partecipazione pubblica tra provvedimento e contratto. Conclusioni.

1. *Considerazioni generali: organizzazione amministrativa e indebitamento degli enti territoriali*

Il presente incontro di studio investe il ruolo e i limiti dell'attività dei corpi pubblici nei mercati finanziari, dove una crescente destrutturazione delle regole erode i confini tra tecnica e diritto[2]. L'alea (seppure "razionale") che contrassegna i medesimi mercati entra in collisione con la *mission* che tali enti sono tenuti a perseguire, nell'ambito delle finalità istituzionali prefigurate da un tessuto normativo a fluidità crescente. Con il che la logica ordinante il sistema diviene quella dei corpi liquidi, per i quali ciò che conta è il tempo (ignorato, invece, dai corpi solidi)[3].

Nel contesto in esame o, intanto, va registrata subito un'importante esclusione: quella dello Stato, che partecipa al mercato dei capitali e a quello del debito, mediante l'emissione di titoli pubblici[4], restando in gioco, per converso, gli enti territoriali. Su di essi e, specialmente, sugli

[1] Testo redatto in seguito alla rielaborazione della relazione tenuta dall'autore, al convegno su "I derivati degli enti locali", tenutosi, il 31 ottobre 2025, nell'Università degli Studi di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, in corso Ercole I D'Este n. 37.

[2] Come rileva F. ANNUNZIATA, *La disciplina dei mercati finanziari,* XII ed., Torino, 2023, 13.

[3] Secondo Z. BAUMAN, *Liquid Modernity,* Cambridge, 2012, 2, «In a sense, solids cancel time; for liquids, on the contrary, it is mostly time that matters».

[4] In argomento, *ex aliis*, D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario,* in *Tratt. Cicu-Messineo,* Milano, 2024, 110-111.

enti locali (art. 2, co. 1, t.u.e.l.)[5] gravano oneri (destinati, in larga parte, al mantenimento del *welfare State*) da conciliare con la progressiva riduzione dei trasferimenti statali: una causa efficiente che li ha indotti, talora, ad esercitare il ruolo (inedito) di nuovi *players* nei mercati finanziari, con il chiaro obiettivo di attingere a risorse additive[6].

Con il che l'argomento si connette, più in generale, alla disciplina della spesa pubblica, suggerendo un approccio suscettibile di massimizzare l'interazione tra le discipline giuridiche: tanto che (in disparte la tematica della responsabilità contabile[7]) ciascuna di esse consente di diagnosticare la validità – o meno – dei contratti finanziari stipulati dagli enti territoriali e, non da ultimo, i relativi effetti.

Ed è muovendo da questa constatazione che intendo affrontare il tema sul tappeto, privilegiando un'angolazione: quella che investe l'attività di diritto privato di tali enti. Salvo considerare (non potendosi fare altrimenti) le (non poche) interferenze derivanti (sulla materia) da norme e principi di rango costituzionale, che tratteggiano la cornice dell'organizzazione pubblica e dei suoi poteri di *policy*. Non può omettersi di ricordare, infatti, che Regioni ed enti locali (dove l'*accountability* è valorizzata dall'esistenza di organi elettivi) sono enti necessari (artt. 114 ss. Cost.), costituiti a fini generali, muniti di tributi propri (art. 119, co. 2, Cost.), di funzioni proprie (art. 118 Cost.) e di altre eventuali ad essi delegate.

In questa cornice, solamente tratteggiata, vengono in considerazione, a mio parere, tre concorrenti profili: i) il primo è che

[5] In base al primo alinea: «Ai fini del presente testo unico si intendono per enti locali i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolane e le unioni di comuni».

[6] In senso analogo, D. IMBRUGLIA, *Derivati up front ed enti locali*, in *Giur. it*., 2020, 74.

[7] Sul tema, ad es., C. Conti. sez. contr. Lazio, delibera 12 aprile 2022, n. 42; C. Conti sez. centr. app., 1° marzo 2019, n. 50, in *Riv. C. conti*, 2019, 2, 193, C. conti sez. giur. Lazio, 15 giugno 2018, n. 346, in *GDA*, 2018, 6, 776. Si confrontino, in dottrina: G. COLOMBINI, *La giurisdizione contabile in materia di debito pubblico: una ipotesi da esplorare,* in *RTDP*, 2020, 113 ss.; A.M. QUAGLINI, *Sindacato del giudice contabile e scelte amministrative: il caso degli strumenti finanziari derivati nella gestione del debito pubblico italiano,* in *Riv. C. conti,* 2019, 2021, 1, 342 ss. Sul riparto tra le giurisdizioni per danno erariale in tema di contratti derivati: Cass. Sez. Un*.,* 1° febbraio 2021, n. 2157, in *Giur. Comm.,* 2022, 1, II, 185, e Cass. Sez. Un*.,* 5 aprile 2019, n. 9680, in *Foro amm.,* 2019, 11, 1786.

gli enti territoriali godono di un'autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, concorrendo ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari, derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea (art. 119, co. 1, Cost., in relazione all'art. 81 Cost.)[8]; ii) il secondo è che gli enti locali, nell'attuazione dell'autonomia e del decentramento, sono tenuti ad erogare prestazioni, intese a soddisfare i bisogni fondamentali delle comunità di riferimento, i cui livelli essenziali debbono essere garantiti (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.[9]; iii) l'ultimo profilo (ma non, certo, per importanza) è che i medesimi enti, inquadrandosi all'interno dell'ordinamento amministrativo (in disparte, ovviamente, la funzione legislativa riservata alle Regioni e alle Province autonome) adottano atti di natura amministrativa[10]: ciò con il corollario che gli atti preordinati alla stipula dei contratti, rientrando nell'ambito della pubblica evidenza[11], impongono di analizzare gli effetti che l'azione autoritativa (che si pone "a monte") è in grado di produrre sugli atti di autonomia privata (che, invece, si collocano "a valle").

2. *Contratti pubblici, limiti oggettivi e contratti finanziari*

Nell'ultimo contesto considerato va evidenziata, sul versante delle

[8] Si confronti, sul punto, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo,* IV ed., Bologna, 2025, 114.

[9] Tra i numerosi servizi erogati dai Comuni vanno menzionati, solo ad esempio, la polizia locale, la gestione del territorio, i servizi pubblici locali, la circolazione stradale, le infrastrutture. Sui "livelli essenziali delle prestazioni" (LEP), si confronti, da ult., C. Cost*.,* 3 dicembre 2024, n. 192, in *Giur. cost*., 2024, 6, 2174.

[10] Come rimarca, ad es., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo,* VI ed., Bologna, 2024, 327.

[11] Per tutti, M. IMMORDINO-N. GULLO, *I contratti della pubblica amministrazione,* in *Diritto amministrativo,* VIII ed., Torino, 2025, 366, definendola come «una complessa procedura che comporta una difformità di grande rilievo rispetto all'attività contrattuale di diritto comune. Essa costituisce una categoria procedimentale sostanzialmente applicabile a tutti i contratti dell'amministrazione». L'evidenza pubblica, pur risalente nel suo nucleo alle leggi di contabilità pubblica (ossia alla legge di contabilità dello Stato, adottata con r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), viene definita nell'art. 3, co. 1, lett. c), allegato 1.1. del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (c.d. "Codice dei contratti pubblici"). Va ricordato, inoltre, che la stipulazione dei contratti, in base all'art. 192 t.u.e.l., deve essere preceduta da un'apposita «determinazione a contrarre».

fonti del diritto, l'interazione di tre aree concorrenti: i) quella, di matrice europea, del regime dei contratti pubblici; ii) quella delle regole della finanza pubblica, avente ad oggetto i contratti – nei mercati finanziari - conclusi da tali enti[12]; iii) e, infine, quella (di teoria generale) della capacità di diritto privato degli enti pubblici (che colora, salda e ricomprende le due precedenti).

Con riguardo alla prima area, va rilevato che, in base alla disciplina del Codice dei contratti pubblici (c.c.p.)[13], contenuta nel Codice vigente (d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36), sia l'acquisto, che la vendita di strumenti finanziari rientrano tra i contratti esclusi: si tratta di un'opzione, rinvenibile, attualmente, negli artt. 13, co. 2, e 2, lett. m), dell'all. I.1.

[12] Un'ampia disamina, sul piano diacronico, del quadro normativo di riferimento (definito, al § 8, «tormentato e non sempre lineare») viene svolta nel *grand-arrêt* in cui le Sezioni unite hanno affrontato *in apicibus* il regime applicabile ad alcuni contratti di *interest rate swap*, conclusi tra il 2003 e il 2004 (Cass. Sez. Un*.,* 12 maggio 2020, n. 8770, *Comune di Cattolica,* al § 4.3., in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 6, II, 767, e in *Contratti*, 2020, 545, in *Società*, 2020, 116 ss.) alla quale le questioni sollevate sono state rimesse dalla Prima sezione civile, mediante ordinanza del 10 gennaio 2019, n. 493, adottata ai sensi dell'art. 374, co. 2, della legge processuale civile; si veda anche Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. internaz*., 2019, 4, 1225). Sulla pronunzia e, in particolare, con riferimento all'impatto sulla materia della nozione di ordine pubblico internazionale, al fine del riconoscimento di una decisione in ambito nazionale, ai sensi dell'art. 45 del Regolamento UE/1215/2012 del 12 dicembre 2012 ("Regolamento Bruxelles I-*bis*", entrato in vigore il 10 gennaio 2015, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), si veda l'analisi critica condotta da D. MAFFEIS, *L'indebitamento probabile degli enti locali dopo Cattolica alla prova dell'ordine pubblico internazionale,* in *Nuovo dir. civ.*, 2023, 4. Si consulti anche, sul punto, A. TRAVI, *Contratti degli enti locali per strumenti derivati e ordine pubblico internazionale*, in questa *Rivista,* 2024, 117 ss. Si richiama, infine, il decreto presidenziale adottato, ai sensi dell'art. 363-*bis*, co. 3, c.p.c. (Primo Presidente, decr. 3 marzo 2025, n. 5558).

[13] Sulla nuova disciplina dei contratti pubblici, in generale: AA.VV., *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici: primi orientamenti e sfide future,* A. Maltoni (a cura di), Torino, 2025; AA.VV., *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, M. Macchia (a cura di), Torino, 2024; AA.VV., *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, F. Mastragostino-G. Piperata (a cura di), Torino, 2024; AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici* (a cura di G. Tropea), Napoli, 2024; S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici,* IV ed., Milano, 2024; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici,* III ed., Torino, 2025.

al Codice[14], in attuazione della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici (art. 10, § 1, lett. f)[15].

Vorrei segnalare, sin da ora, come quest'esclusione germini una prima questione, forse, non adeguatamente presa in considerazione dalla letteratura che si è occupata dell'argomento. La Corte regolatrice del diritto (in un *grand-arrêt* del 2020) si è occupata di un ente pubblico, che procedeva ad una ristrutturazione del debito. Al riguardo, ha statuito che tale ente era tenuto a «selezionare con una gara la migliore offerta»[16] e, quindi, mediante l'esperimento di una procedura selettiva. Questa tesi, ricomprendendo i contratti finanziari nella costellazione dei contratti pubblici, li assoggetta ai relativi principi. Il che, verosimilmente, potrebbe avvenire (ma, per la verità, nella pronunzia la Corte non lo dice) in virtù dell'ampio richiamo, contenuto nel I alinea dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, s.m.i., ai «principi dell'ordinamento comunitario», che "reggono" l'attività amministrativa.

Sennonché, della fondatezza di una simile conclusione sembra lecito dubitare. Essa dequota, infatti, l'espressa esclusione dei contratti finanziari dall'ambito oggettivo dei contratti pubblici[17]. A sostegno di

[14] Per tutti, M. CLARICH, *op. cit.,* 54 e 435. Il Codice non si applica anche ai contratti attivi e a quelli a titolo gratuito (art. 13, co. 2, del Codice).

[15] In base a tale disposizione, i prestiti vanno esclusi dall'ambito di applicazione dei contratti pubblici, anche a prescindere dal fatto che siano legati, o meno, all'emissione di titoli ovvero d**i** altri strumenti finanziari o ad altre operazioni ad essi relative. In precedenza, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina degli appalti pubblici nei servizi finanziari era definito dall'art. 24, co. 1, lett. c) della Direttiva 2004/17/CE (che individuava tra gli appalti esclusi quelli «concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita ed al trasferimento di titoli o altri strumenti finanziari, in particolare transazioni degli enti aggiudicatori per reperire mezzi finanziari o capitali»), e dall'art. 16, co. 1, lett. d) della Direttiva 2004/18/CE (che escludeva dell'ambito di applicazione gli appalti «concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in danaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché i servizi forniti da banche centrali»). La trasposizione nell'ordinamento nazionale di tali disposizioni era contenuta nell'art. 19 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

[16] In termini, Cass. Sez. Un*.*, n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., al § 10.4.1.

[17] Per converso, l'osservanza dei principi che governano la materia è richiesta per i contratti "sotto-soglia", i quali rientrano nell'ambito oggettivo dei contratti pubblici. La distinzione tra contratti sopra e sotto-soglia, ormai risalente, deriva dal diritto dell'Unione. I contratti sotto-soglia (artt. 14 e 48 ss. c.c.p.), essendo di minor valore

tale interpretazione, di opposto tenore, può richiamarsi una pronuncia del Consiglio di Stato, pur riferita a delibere assunte da un Comune nel (lontano) 2003, nel 2004 e nel 2006, investite, nel 2012, da un provvedimento di secondo grado, che aveva disposto l'annullamento d'ufficio della delibera autorizzativa, alla quale l'ente pubblico attribuiva un effetto invalidante sui contratti di *swap* successivamente stipulati. In senso contrario l'art. 21-*sexies* della citata legge n. 241/1990, dispone che «il recesso dai contratti stipulati dalla pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto», con ciò escludendo, implicitamente, che gli effetti di un atto di autonomia privata possano essere eliminati in conseguenza del ritiro del provvedimento presupposto.

Ciò detto, va evidenziato come anche in riferimento al quadro normativo evocato, applicabile *ratione tempore*, i "servizi finanziari" risultassero esclusi dagli obblighi di evidenza pubblica, per effetto dell'art. 5, co. 2, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, emanato in attuazione della Direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi. Ebbene, secondo i giudici di palazzo Spada, questa deroga «rende pertanto non obbligatoria la gara, perché non imposta nemmeno sulla base dei principi di massima concorrenzialità che presiedono all'armonizzazione a livello europeo delle discipline nazionali sui contratti pubblici»[18]. Se le Direttive europee (prima, la 92/50/CEE, poi,

economico, tendono a semplificare le procedure selettive, con finalità acceleratorie (per tutti, J. VAVALLI, *I contratti sottosoglia,* in AA.VV., *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici,* cit., 163 ss.). Si consideri anche che il d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"), nell'assoggettare i rapporti di lavoro con le società in mano pubblica alle disposizioni contenute nel codice civile (art. 19, co. 1), apporta una colorazione pubblicistica al reclutamento del personale, imponendo non già il ricorso alla pubblica evidenza, ma la previsione di «criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (art. 19, co. 1, prima parte). In argomento, per tutti, A. BELLAVISTA, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico,* in AA.VV., *Le società* in house, Napoli, 2020, 347 ss.

[18] Così, C. Stato, Sez. V, 30 giugno 2017, n. 3174, § 16. E, ancora: «Sul punto il Comune di Omegna richiama il generale obbligo per le amministrazioni pubbliche di affidare "a gara" i propri contratti passivi (obbligo previsto dall'art. 3, comma 2, della legge generale di contabilità dello Stato, di cui al regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440), trascurando tuttavia, da un lato, che anche in questo caso la delibera non opera

la 2004/17/CEE e la 2004/18/CEE e, infine, la 2014/24/UE) hanno escluso dall'ambito oggettivo dei contratti pubblici i contratti finanziari, non si vede come possano rientrarvi (anche se solamente in parte), in forza di una norma interna di rango legislativo, sotto-ordinata al diritto derivato dell'Unione e, come tale, ad esso cedevole.

3. *Contratti finanziari conclusi ed enti territoriali tra quadro normativo e regime sanzionatorio*

Vengo, ora, alla seconda delle tre aree che ho sopra individuato: quella che investe il regime dei contratti finanziari conclusi dagli enti territoriali. La materia ha conosciuto plurimi interventi restrittivi, i primi dei quali sono stati operati da tre "leggi finanziarie" consecutive: la prima (2002)[19], all'art. 41, co. 1, ha conferito al Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), di concerto con quello dell'interno, il potere di adottare un decreto, al fine di regolamentare l'accesso degli enti locali ai mercati finanziari[20]; la seconda (2003)[21], all'art. 30, co. 15, ha comminato la nullità ad «atti e contratti» con cui i medesimi enti si indebitino per finanziare spese diverse da quelle di investimento[22]; la terza (2004)[23], all'art. 3, co. 17, ha stabilito, da un lato, che gli enti in questione sono ammessi a ricorrere all'indebitamento solamente per finanziare spese di investimento; e, dall'altro lato, che costituisce indebitamento, agli effetti dell'art. 119, co. 6, Cost., «l'assunzione di mutui, l'emissione di prestiti obbligazionari, le cartolarizzazioni relative a flussi futuri di entrata, a

---

alcun richiamo al riguardo, e dall'altro lato che questo obbligo è nel caso di specie derogato dalla norma successiva contenuta nel sopra citato art. 5, comma 2, d. lgs. n. 157 del 1995» (ivi, 17, ult. parte).

[19] La legge 28 dicembre 2001, n. 448.

[20] Si veda, in proposito, il D.M. 1° dicembre 2003, n. 389.

[21] Si tratta della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

[22] «Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione».

[23] La legge 24 dicembre 2003, n. 350.

crediti e a attività finanziarie e non finanziarie, l'eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di swap (cosiddetto *upfront*)». In seguito, il decreto-legge 25 giugno 2008, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha modificato la suddetta disposizione, facendo divieto a Regioni, Province autonome (di Trento e di Bolzano) ed enti locali di stipulare contratti aventi ad oggetto derivati previsti dall'art., co. 3, t.u.f., di procedere alla rinegoziazione di tali strumenti finanziari e di concludere contratti di finanziamento includenti componenti derivate (art. 63, co. 3)[24].

In ultimo (solo sul piano diacronico e non, certo, per importanza), viene in gioco la legge 27 dicembre 2013, n. 147, che, al co. 572 dell'art. 1[25], ha modificato l'art. 62 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 («Contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali»)[26]: nel ribadire il precedente quadro vigente in materia, la norma commina la nullità del contratto, stipulato in violazione delle disposizioni previste dal medesimo articolo (art. 62, al co. 5)[27], costituenti principi fondamentali per il coordinamento della

[24] Si vedano anche l'art. 75, del d. lgs. 23 giugno 2011, n. 118, coordinato con il d. lgs. 10 agosto 2014, n. 126, la legge 23 dicembre 2014, n. 190 ("Legge di stabilità 2015"), e il decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 125.

[25] Come ha puntualizzato Cass. Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., al § 4.3.2., in forza di tale norma di legge, «è venuta meno, in via generale (omissis) la possibilità, da parte degli enti locali, di stipulare i contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti dall'art. 1, comma 3, del Tu.f. (D. Lgs. n. 58 del 1998)» (ivi, anche *subb* §§ 7.1.6., 8.3. e 9.8., nella parte motiva). Il medesimo *decisum* ha anche precisato, al § 8.2., che le disposizioni sopravvenute hanno reso «i derivati stipulati dalle pubbliche amministrazioni come contratti tipici, diversamente da quelli innominati conclusi dai privati (per quanto appartenenti all'amplissimo e medesimo genus)».

[26] L'art. 62 citato era stato sostanzialmente riscritto dall'art. 3 della legge 22 dicembre 2008, n. 203 ("Legge finanziaria 2009").

[27] Come ha chiarito Cass. Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., al § 7.3., nella parte motiva, si tratta di una nullità "di protezione", in quanto, «salvo eccezioni, l'accesso ai derivati è precluso (a pena di nullità eccepibile dal solo ente) agli enti locali». Tale nullità integra una forma di nullità relativa, azionabile dal "contraente debole", come il consumatore (artt. 36, 78, 124 e 134 del c. cons.) o l'investitore, nel settore bancario e finanziario (artt. 127 t.u.b. e 23 t.u.f.). Sulla tematica, per la bibliografia essenziale: M. GIROLAMI, *Nullità di protezione,* in *Enc. Dir, I Tematici, Contratto,* Milano, 2021, 701 ss.; G. D'AMICO, *Nullità non testuale,*

finanza pubblica e per la tutela dell'unità economica della Repubblica (artt. 117, co. 2, lett. e), e co. 3, 119, co. 2, e 120 Cost.) (art. 62, co. 1)[28].

4. *Autonomia privata della P.A. e limiti alla capacità contrattuale*

Passo, ora, al vaglio della terza area di analisi, quella che investe la *vexata quaestio* della capacità di diritto privato dei soggetti pubblici[29]. Qui viene in gioco la capacità degli enti locali a stipulare contratti, in

ivi, *Annali,* vol. IV, Milano, 2011, 798 ss.; PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione, e la sanatoria dei negozi giuridici,* Napoli, 2011; M. GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per uno studio della moderna nullità relativa,* Padova, 2008; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto,* Padova, 1999; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali,* Padova, 1995.

[28] C. Cost., 8 febbraio 2010, n. 52, in *Banca borsa tit. cred.,* 2011, 1, II, 1, e in *Giur. cost.,* 2010, 1, 626, ha dichiarato inammissibile (al § 5) la censura rivolta al co. 1. Secondo la Corte, si tratta (testualmente): «di clausole di mera qualificazione che - in ragione del loro contenuto, tra l'altro, non decisivo ai fini dell'individuazione dell'effettivo ambito materiale delle norme previste dall'articolo in questione (ex multis, sentenza n. 169 del 2007) - sono prive di reale forza precettiva; esse, dunque, per carenza di capacità lesiva, non sono idonee ad arrecare alcun vulnus a prerogative regionali costituzionalmente garantite». Nel merito, il giudice delle leggi ha disatteso le eccezioni di legittimità costituzionale, solevate da due Regioni, Veneto e Calabria, escludendo la lesione delle loro competenze legislative, venendo in rilievo quelle esclusive dello Stato in materia di «tutela del risparmio e mercati finanziari» (art. 117, co. 2, lett. e), di ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett. l), Cost.), e quella concorrente del coordinamento della finanza pubblica (art. 117, co. 3, Cost.). Inoltre, i giudici della Consulta hanno escluso il dedotto contrasto con l'art. 119 Cost., in quanto la normativa impugnata «stabilisce che è possibile ricorrere all'indebitamento ('senza limitazione alcuna, quanto agli strumenti utilizzabili') solo per finanziare spese d'investimento…». Il medesimo *decisum* soggiunge anche l'art. 119, ult. co., Cost., «pone un vincolo di equilibrio finanziario che si sostanzia nel consentire agli enti locali di ricorrere all'indebitamento solo per finanziare le spese di investimento». Si considerino anche gli artt. 202-203 t.u.e.l., che consente l'indebitamento dell'ente solamente per il finanziamento degli investimenti.

[29] Per la bibliografia essenziale sul tema: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato,* Torino, 2011; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione,* Padova, 2005; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo,* Milano, 2003; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa,* in *Enc. dir., Agg.,* vol. VI, Milano, 2002, 75 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti,* Milano, 1996; S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* in *Digesto (pubbl.),* vol. I, Torino, 1989, 531 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

funzione della gestione del rischio finanziario nel quadro degli scenari probabilistici[30]. Il che, già di per sé, rappresenta un'anomalia: il *leading case* evocato ("Comune di Cattolica"), osservava, infatti, che «l'aleatorietà costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa»[31].

Intanto, in ordine alla capacità in oggetto, l'*incipit* può essere identificato nell'art. 1, co. 1-*bis,* della citata legge n. 241/1990, in seguito alla novella adottata nel 2005[32]. Tale disposizione prescrive che, se la legge non dispone diversamente, la pubblica amministrazione «agisce secondo le norme di diritto privato». In base a questa norma (peraltro, non immune da critiche)[33], essa agisce «nell'adozione di atti di natura non autoritativa».

La formula utilizzata, tuttavia, può apparire pleonastica, in quanto l'impiego di atti di natura autoritativa, per definizione, esula dal raggio di applicazione delle regole privatistiche. Il legislatore, al più, può avere rimarcato come i corpi pubblici, quando agiscono *iure privatorum*, non abbiano necessità di una (specifica) base normativa, come avviene, invece, nell'esercizio del potere, conferito (nominativamente e tassativamente) nel rispetto del canone della legalità. Nel diritto privato, infatti, si registra un capovolgimento di prospettiva, perché ciò che non è vietato è ammesso: se così è, quindi, gli enti pubblici possono sempre agire *iure privatorum*, salvo i limiti previsti dalla legge.

In secondo luogo, il co. 1-*bis* citato certifica un fenomeno crescente: quello della consensualizzazione, che ha contagiato l'azione autoritativa, nella quale ha avuto ingresso. Di ciò costituiscono espressione anche gli accordi amministrativi (verticali e orizzontali), disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241/1990[34]. Nel medesimo senso

[30] Come ha statuito Cass., Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., al § 4.3.2., in forza di tale norma di legge, «è venuta meno, in via generale (omissis) la possibilità, da parte degli enti locali, di stipulare i contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti dall'art. 1, comma 3, del T.u.f. (D. Lgs. n. 58 del 1998)».

[31] Così, Cass. Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., ai §§ 8.2. e 9.8.

[32] L'alinea è stato inserito dall'art. 1, co. 1, lett. b), della legge 11 febbraio 2005, n. 15 («Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»).

[33] Ad es., secondo G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 257, la disposizione sarebbe «formulata in termini ambigui e involuti».

[34] Sui quali, per tutti, si veda l'analisi condotta da G. GRECO, *Accordi*

sembra deporre, altresì, la fuoriuscita della concessione dal regime pubblicistico, che è divenuta un contratto, sotto la spinta del diritto eurounitario[35]. Sicché, nel complesso, quantità e qualità dell'impiego,

amministrativi tra provvedimento e contratto, Torino, 2002, rimarcando il carattere generale dell'istituto, non circoscritto a specifiche fattispecie (ivi, 75 ss.). Va anche ricordato il tenore del secondo alinea della disposizione in esame, laddove si dispone che agli accordi amministrativi «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».

[35] In termini, P. PROVENZANO, *Le Concessioni,* in *Lineamenti di Diritto dei contratti pubblici*, G. Tropea (a cura di), Napoli, 2024, 247. In senso analogo, G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale ed esecuzione del contratto),* in *RIDPC*, 2022, I, 165 ss., secondo cui le concessioni avrebbero subito, ormai, una «mutazione genetica». Si consideri anche la rinegoziazione del contratto, che si iscrive nel principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice. Sicché, il nuovo Codice non soltanto esprime un netto favore per la conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), ma va, persino, oltre quanto prevede il codice civile (1467 c.c.), se è vero che, secondo una tesi, il rischio operativo viene potenziato, rispetto a quanto avviene per la figura dell'appalto di diritto comune (artt. 1655 ss. c.c.), in cui la rinegoziazione permane sconosciuta. Sul punto, tra gli altri: M. ANTONIOLI, *Appunti in tema di rischio operativo, equilibrio contrattuale e riparto tra le giurisdizioni, in AA.VV., Le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice degli appalti pubblici*, A. Maltoni-M. Antonioli (a cura di), *Atti del Convegno tenutosi il 24 novembre 2023 presso l'Università degli Studi di Ferrara*, Torino, 2024, 5 ss.; G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per un ripensamento di antichi paradigmi,* in *Dir. econ.,* 2024, 11 ss.; F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale,* in CERIDAP, 11 settembre 2023. Più in generale, sull'influenza del diritto civile sul diritto amministrativo, C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione,* in *Eur. dir. priv.,* 2013, 637 ss. Si confronti, sulla questione, A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?,* in *Eur. dir. priv.,* 4, 2021, 779 ss., muove da due constatazioni di fondo: in base alla prima, gli istituti del diritto civile sarebbero influenzati in misura crescente dalla tutela di interessi, come quelli collettivi, che trascendono gli interessi intestati al singolo; la seconda è che il diritto amministrativo è andato sempre più rivolgendosi ai diritti degli amministrati, stante la compresenza di norme "di relazione" accanto a quelle "di azione", in base alla celebre distinzione "guicciardiana": in particolare, l'Autore giudica il riferimento – contenuto nell'art. 1, co. 1-*ter*, della legge n. 241/1990 – ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative come l'«enunciazione più esplicita, diretta ad introdurre un diritto "comune" …» (ivi, 782). In un recente saggio, S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini,* in *GDA*, 4, 2023, 433 ss., ha giudicato «molto precaria» la separazione tra diritto pubblico e diritto privato. Secondo l'Autore, «noi, oggi, viviamo in un ordine giuridico contraddittorio», che mette in crisi le frontiere e le partizioni «tradizionali».

diffuso e crescente, di moduli consensuali tendono, congiuntamente, a sovvertire una tradizione risalente, che voleva gli enti pubblici agire, nella normalità, con modalità autoritative e, solo eccezionalmente, in forme private[36].

Vero è che il sintagma "autonomia contrattuale" presuppone la titolarità un potere di autodeterminazione, inteso alla produzione di effetti giuridici. Tale potere, denotando una matrice neo-kantiana, si collega al concetto di libertà, l'esercizio della quale consente di assumere (validamente) obbligazioni civili[37]. Questa (medesima) libertà, tuttavia, tende a configurarsi diversamente, quando viene imputata agli enti pubblici, in quanto l'autonomia contrattuale si manifesta (e si coniuga) in modo, per lo più, disomogeneo, rispetto a quanto avviene nel diritto comune. Ciò, soprattutto, perché la medesima autonomia viene funzionalizzata alla cura degli interessi collettivi[38]. In base all'art. 11 c.c., infatti, «le persone giuridiche pubbliche godono dei diritti secondo il diritto pubblico»: e la formula utilizzata rimarca proprio la specialità delle regole ordinanti la materia, che sconta una rete capillare di norme, per lo più, di carattere restrittivo.

Due esempi, a mio avviso, possono confermare questo approdo. Nel primo viene in gioco un *corpus* normativo complesso, come il Codice degli appalti pubblici e delle concessioni: in base ad esso, le stazioni appaltanti, pur dotate di autonomia contrattuale, sono tenute a «perseguire le proprie finalità istituzionali» (art. 8, co. 1)[39]. Si consideri

[36] «Il che significa che anche la presunzione di pubblicità è venuta meno…» (così, G. GRECO-M. CAFAGNO, *Pubblico e privato nei contratti, nei rapporti col personale e nella gestione di beni e servizi,* in AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Parte generale, Lezioni, G. Greco (a cura di), IV ed., Milano, 2021, 257).

[37] Come rimarca, da ult., G. ALPA, *Autonomia contrattuale,* in *Enc. Dir., I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 1 ss., a cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici sull'argomento.

[38] In questo senso, specialmente, C. MARZUOLI, *op cit*. In questa prospettiva, la capacità negoziale «non si esercita 'liberamente', cioè in piena applicazione del diritto comune», in dipendenza dei vincoli derivanti da norme di diritto pubblico (V. CERULLI IRELLI, *op. cit.,* 115). Si è, però, obiettato in contrario che la "funzionalizzazione" dell'attività di diritto privato della P.A. è, comunque, ben poca cosa, se comparata all'esercizio dei poteri autoritativi (G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* cit., 121-122). Anche se, in base a questa tesi, la funzionalizzazione, in realtà, non viene negata, ma retrocessa dal contratto alla procedura ad evidenza pubblica, preordinata alla sua conclusione.

[39] In tale cornice «le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia

anche un secondo caso, disciplinato nel "Testo unico delle società a partecipazione pubblica" (t.u.s.p.), introdotto dal d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175[40], il quale consente alle amministrazioni pubbliche di costituire società mercantili, secondo i tipi legali consentiti (art. 3), ovvero di acquisirne le partecipazioni (sempre) «per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali» (art. 4, co. 1) e nello svolgimento delle attività (tassativamente) indicate dalla legge (art. 4, co. 2).

In conclusione, nonostante le enunciazioni di principio, il «godimento dei diritti» delle amministrazioni avviene «secondo il diritto pubblico» (art. 11 c.c.), costituente una categoria, talora pervasiva, ordinante la loro capacità di diritto privato.

5. *Legittimazione degli enti territoriali e contratti derivati nella sentenza "Comune di Cattolica"*

Alla luce di questo generale (ma doveroso) preambolo, vorrei ritornare alla pronunzia "Comune di Cattolica", che suggerisce più di

---

contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge» (art. 8, co. 1, del Codice). Va anche ricordato che, nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, si applicano i principi di cui al Libro I, Parti I e II del Codice (art. 48, co. 1) e, principalmente, quelli del risultato, della fiducia e del mercato (artt. 1-4). Criticamente, M. ANTONIOLI, *I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento,* in AA.VV., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: primi orientamenti e sfide future*, *Atti del Convegno inaugurale VII Edizione del Master interuniversitario* Executive *di II livelli "Appalti pubblici, prevenzione della corruzione, sostenibilità ed innovazione",* A. Maltoni (a cura di), Torino, 2025, 29 ss.

[40] Su cui, tra gli altri, R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società,* 2005, 423 ss.; A. ROSSI, *Società a partecipazione pubblica,* in *Enc. Giur.* vol. XXIX, Roma, 1993, 1 ss.*;* e C. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica,* in *Digesto (disc. priv. dir. comm.),* Torino, 1997, 158 ss. Dopo l'entrata in vigore del citato Testo unico, specialmente: AA.VV., *Le società pubbliche,* F. Cerioni (a cura di), Milano, 2023, e AA.VV., *Le società pubbliche, "Regole e Mercati", Collana di Ateneo, Università* Mercatorum, vol. I, R. Fimmanò-A. Catricalà-R. Cantone (a cura di), Napoli, 2020, 33 ss.; AA.VV., Le società *in house*, cit., 2020; AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs. 175/2016 e 100/2017*, C. Ibba-I. Demuro (diretto da), Bologna, 2018; AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico. D. Lgs. 19 agosto 2016,* Milano, 2017; AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175,* G. Meo-A. Nuzzo (diretto da), Bari, 2016.

una riflessione, trattandosi di un *leading case* che ha analizzato diffusamente il quadro normativo di riferimento, giudicandolo «tormentato e non sempre lineare»[41]. Nell'illustrare i limiti più stringenti progressivamente introdotti dal legislatore, questa pronunzia, da un lato, li ha collegati «alla capacità degli enti di concludere derivati»[42], identificando in essa il presupposto del potere negoziale esercitato; e, dall'altro lato, ha evocato – in un contiguo passaggio – la «legittimazione dell'amministrazione a concludere contratti derivati»[43].

Si tratta, invero, di un punto di snodo cruciale, in quanto la legittimazione dell'ente, intesa come capacità a contrarre, è configurata come un presupposto a sé stante, richiesto per la stipula del contratto finanziario. Viene, così, in rilievo un requisito del soggetto (la titolarità del potere contrattuale) in grado di assolvere ad un ruolo autonomo, integrando un tratto identitario del contratto concluso dell'investitore pubblico. Si tratta, dunque, di un *a priori,* rispetto al contratto, suscettibile di condizionare l'autonomia negoziale dell'autorità amministrativa. Con il corollario che tale elemento concorre a sanzionare il contratto, che risulti discordante dalle regole che disciplinano la capacità di diritto privato degli enti pubblici. Perché tale capacità, come si è detto, è sì generalmente riconosciuta ai medesimi, ma solamente entro i limiti, peraltro angusti, previsti dall'ordinamento giuridico. Se così è, la sanzione di nullità del contratto, comminata dalla legge, opera su tale piano, privando di qualsiasi effetto il regolamento contrattuale, che il Comune, la Provincia o la Regione possono astenersi dall'adempiere, vuoi facendo valere la nullità testuale in via di eccezione, vuoi esperendo, in via preventiva, un'azione di mero accertamento, congiuntamente ai rimedi recuperatori di quanto è stato indebitamente versato[44].

Sotto l'angolazione considerata, le diverse questioni che possono

[41] Cass. Sez. un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., al § 8.

[42] In termini, Cass. Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., § 8.

[43] Ancora, Cass. Sez. Un., n. 8770/2020 (Comune di Cattolica), cit., § 8.3., ult. parte, aggiungendo che, prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 147/2013, l'ente locale poteva dirsi "legittimato" alla stipula dei (soli) derivati "di copertura", ma non a quelli "speculativi" (ivi, 8.3., in fondo).

[44] In argomento, ampiamente, P. GALLO, *Il contratto. Estratto*, Torino, 2019, 707 ss. richiamando l'insegnamento di un Maestro del processo civile, secondo cui tra le relative azioni si configurerebbe un rapporto di alterità (M. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1965, 39 ss.).

investire gli elementi del contratto (come, ad esempio, la determinabilità dell'oggetto del contratto, pur affrontate nella sentenza "Comune di Cattolica") non possono considerarsi alternative, rispetto a quelle che investono la capacità degli enti locali di stipulare contratti derivati, ponendosi su un piano di alterità assiologica. Ne deriva, come corollario, che la legittimazione a contrarre si configura come un presupposto additivo, che non interferisce con il regolamento negoziale, cumulandosi con questo, senza sostituirlo.

6. *Segue: incompetenza e difetto di legittimazione tra presupposti ed effetti*

Vale anche osservare che, nel diritto amministrativo, l'osservanza delle regole che, sul piano soggettivo, subordinano la legittimazione dell'ente, viene generalmente intesa in un senso più ampio, diversamente a quanto avviene, invece, nel diritto comune.

a) Basti considerare, in proposito, il regime degli atti di conferimento di incarichi[45] e i relativi contratti, adottati in violazione del d. lgs. 8 aprile 2013, n. 39[46], che l'art. 17 dichiara nulli. A questo proposito, si è osservato che «la giurisprudenza ricomprende nell'ambito della incompetenza anche il difetto di legittimazione»[47], il quale inficia gli

[45] Sul punto, si veda C. Cost., 23 luglio 2010, n. 283, in *Foro it*., 2011, 1, I, 29, e in *Giur. cost.,* 2010, 4, 3552. Secondo i giudici del palazzo della Consulta, «la differenza tra ineleggibilità e incompatibilità è data dal fatto che la prima situazione è idonea a provocare effetti distorsivi nella parità di condizioni tra i vari candidati nel senso che - avvalendosi della particolare situazione in cui versa il soggetto «non eleggibile» - egli può variamente influenzare a suo favore il corpo elettorale. La seconda, invece, è una situazione che non ha riflessi nella parità di condizioni tra i candidati, ma attiene alla concreta possibilità, per l'eletto, di esercitare pienamente le funzioni connesse alla carica anche per motivi concernenti il conflitto di interessi nel quale il soggetto verrebbe a trovarsi se fosse eletto. Di qui la conseguenza che il soggetto ineleggibile deve eliminare *ex ante* la situazione di ineleggibilità nella quale versa, mentre il soggetto soltanto incompatibile deve optare, *ex post*, cioè ad elezione avvenuta, tra il mantenimento della precedente carica e il *munus* pubblico derivante dalla conseguita elezione» (ivi, § 7, ult. parte).

[46] «Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge n. 190 del 2012».

[47] Così, D.U. GALETTA, *Attività amministrativa, provvedimenti e altri atti a regime amministrativo,* in AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo,* vol. I, *Parte*

atti a pubblica evidenza, preordinati alla stipula del contratto, la cui conclusione viene preclusa all'amministrazione. In uno schema conforme al c.d. modello "a doppio stadio"[48] la nullità testuale investe tanto il provvedimento presupposto (la delibera di conferimento), quanto il contratto presupponente (attributivo dell'incarico) con le relative conseguenze economiche. Non senza trascurare, infine, che, sempre nell'ambito del d. lgs. n. 39/2013, l'art. 18, co. 1, pone a carico dei componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati le conseguenze economiche degli atti adottati (art. 18, co. 1).

b) Non diversamente avviene in un secondo caso, anch'esso degno di nota, che si inserisce all'interno di un quadro normativo contrassegnato da una diffusa frammentazione: è il caso della nullità comminata dall'art. 3, co. 3, del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito dalla legge 15 luglio 1994, n. 444, agli atti di straordinaria amministrazione, adottati dagli organi collegiali prorogati: l'opzione a favore della nullità, anziché all'annullabilità – che, *ratione tempore,* poteva, persino, apparire inconsueta[49], specie anteriormente alla

generale, Lezioni, IV ed., Milano, 2021, 293-294. In senso analogo, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo,* in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo,* F.G. Scoca (a cura di), VIII ed., Torino, 2025, 294-295: «L'orientamento giurisprudenziale riconduce alla incompetenza anche i vizi relativi al verificarsi per l'esercizio in concreto del potere da parte dell'organo, ovvero relativi alla struttura dell'organo (come nell'ipotesi della costituzione e funzionamento di organi collegiali), che, in realtà, celano, piuttosto profili attinenti alla legittimazione».

[48] Ovvero "a doppi effetti" (*mit Doppelwirkung*). Sul tema resta fondamentale lo studio di G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati,* Milano, 1977.

[49] A fronte della progressiva e crescente confluenza nell'ordinamento di previsioni legislative, che comminavano la nullità degli atti amministrativi, si è registrato, nel 1992, un punto di rottura con l'intervento dell'Adunanza plenaria, quando il termine "nullità", frequentemente utilizzato dal legislatore, non è stato più inteso «in senso atecnico», come riferito ad un atto amministrativo affetto da violazione di legge, ma «nel senso proprio», con la conseguente privazione di qualsiasi effetto (C. Stato, Ad. plen., 5 marzo 1992, n. 5, in *Foro it.,* 1992, III, 435). La questione riguardava la nullità comminata dall'art. 5, co. 18, della legge 8 gennaio 1979, n. 3. La decisione ha dichiarato la nullità dell'assunzione di un impiegato non di ruolo da parte di un ente locale, salvo restando il diritto alla retribuzione dell'impiegato pubblico, in applicazione dell'art. 2126 c.c. La tematica si collega alla nullità di diritto delle assunzioni agli impieghi dello Stato senza concorso, da parte del Testo unico (legge 10 gennaio 1957, n. 3), in relazione alla costituzionalizzazione dell'accesso per concorso da parte dell'art. 97 Cost. In senso favorevole, S. CASSESE, *Un nuovo*

codificazione di tale patologia all'interno dell'azione amministrativa (art. 21-*septies* della citata legge n. 241/1990)[50] – si prefigge di travolgere l'efficacia degli atti (amministrativi) assunti da organi i quali, versando in regime di *prorogatio*, difettano dell'autonomia contrattuale.

c) In un terzo (ed ultimo) caso, espressamente affrontato proprio nell'ambito degli investimenti in strumenti strutturati come i derivati, l'imputabilità al vizio dell'incompetenza non è suscettibile di essere posta in dubbio: la questione è quella è quella dell'identificazione (all'interno dell'ente locale) dell'organo competente a deliberare la stipula dei contratti; anche se, in tale evenienza, viene in rilevo una patologia meno grave, rappresentata dalla (mera) annullabilità (e non

orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego, in *Foro it.,* 1993, III, 32. Analogamente, C. Stato, Ad. plen., 5 marzo 1992, n. 6, in *Foro it.,* 1992, 438, respingendo la domanda intesa ad ottenere l'accertamento di un rapporto di pubblico impiego ed accogliendo, invece, la domanda per l'applicazione del disposto del già citato art. 2126. Anteriormente all'adozione dell'art. 21-*septies* della citata legge n. 241/1990, restano fondamentali gli studi di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo,* Torino, 2002, e M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo,* Milano, 2004.

[50] Ciò in forza della legge 11 febbraio 2005, n. 15. Sulla nullità dell'atto amministrativo e sul suo ingresso nel processo amministrativo, con riferimento all'art. 31, c.p.a., esiste, ormai, un'ampia bibliografia, che viene qui riportata, circoscrivendo i richiami operati ai contributi più recenti: M. ANTONIOLI, *La nullità dell'atto amministrativo tra destrutturazione e tutela giurisdizionale,* in *Dir. proc. amm.,* 2024, 3, 505 ss.; G. MATTARELLA, *Potere e validità,* in *Enc. Dir., I tematici, Potere e costituzione,* vol. V, M. Cartabia-M. Ruotolo (diretto da), Milano, 2023, 672 ss.; F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo,* in *Nuove autonomie,* 1/2021, 135 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo,* in *Digesto (disc. pubbl.), Agg.,* Torino, 2017, 551 ss.; C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo, in Dir. amm.,* 2017, 43 ss.; M.R. SPASIANO, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell'atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali,* in *Dir. e proc. amm.,* 2017, 2, 631 ss.; A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime,* in *Dir. pubbl.,* 2015, 674 ss.; G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi,* in *Dir. pubbl.,* 2015, 662 ss.; P. LAZZARA, *Nullità (dir. amm.),* in *Enc. Giur. on line,* 2013, 1 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità,* Torino, 2012; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo,* Napoli, 2012. Si confronti anche l'analisi condotta da N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo,* in *Enc. Dir., Annali,* vol. I, Milano, 2007, 855 ss.

già dalla nullità) dell'atto provvedimentale[51], presupposto dall'atto di autonomia privata (art. 21-*octies* e *novies* della legge n. 241/1990).

In proposito, un orientamento consolidato della Suprema Corte, confermato dalla sentenza "Comune di Cattolica", pur riconducendo la difformità rilevata al paradigma della nullità (anziché in quello dell'annullabilità), ritiene che la competenza ad adottare l'autorizzazione a contrarre sia attribuita (non già alla Giunta, ma) all'organo consiliare[52]. Ciò in base a due (assorbenti) considerazioni, la prima delle quali è che tale organo delibera sugli atti fondamentali e, segnatamente, «sulle spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi» (artt. 42, co. 2, lett. i), e 183 t.u.e.l.); la seconda, invece, è che il Consiglio risulta investito dei poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo (art. 42, co. 1, t.u.e.l.), con l'effetto che i suoi poteri decisionali, alla luce anche dell'*accountabilit*y, consentono il coinvolgimento degli schieramenti di minoranza, potenziando il controllo esercitato sull'operazione finanziaria[53].

Tale approdo sembra rafforzato proprio dalla previsione, contenuta nell'art. 7, co. 1, lett. c), t.u.s.p., secondo cui la deliberazione di partecipazione alla costituzione di una società, in caso di partecipazioni

[51] Secondo "Comune di Cattolica", cit., § 10.8.: «l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani … 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».

[52] Così, "Comune di Cattolica", cit., § 10.6.: «Deve perciò affermarsi che, ove l'IRS negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, l'operazione economica debba, a pena di nullità della pattuizione conclusa, essere autorizzata dal Consiglio comunale, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - per il principio di trasparenza della contabilità pubblica - anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap».

[53] In questo senso si è espressa la citata sentenza "Comune di Cattolica", cit., §§ 10.3. e 10.4., osservando che «l'organo consiliare deve valutare la convenienza delle operazioni che porranno vincoli all'utilizzazione di risorse future precisando che l'attività negoziale dell'ente territoriale deve avvenire secondo le regole della contabilità pubblica che disciplinano lo svolgimento dei compiti propri dell'ente che utilizza risorse della collettività. Pertanto, ove il Comune intenda procedere ad un'operazione di ristrutturazione del debito, deve individuare le principali caratteristiche e le modalità attuative di essa e, poi, selezionare con una gara la migliore offerta in relazione non solo allo scopo che mira a raggiungere, ma anche alle modalità che vuole seguire, dovendo la P.A. conformare la sua azione ai principi di economicità e convenienza economica» (ivi, 10.4.1.).

comunali, va adottata con deliberazione del Consiglio comunale (e non della Giunta). Non di meno, ben poco persuasivamente, questa tesi è stata disattesa dai giudici di palazzo Spada, secondo i quali, in sintesi, «la conclusione di *swap* non può essere considerata un atto di assunzione di una spesa pluriennale, ma deve essere qualificata come atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, legittimamente adottabile dalla giunta comunale, in virtù della sua residuale competenza gestoria *ex* art. 48, comma 2, del testo unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000»[54].

Il percorso argomentativo, tuttavia, denota (almeno) due concorrenti aporie: la prima è che l'attribuzione della competenza al Consiglio (art. 42, co. 2, lett. i), t.u.e.l.) non può, davvero, risultare governata (come, invece, assumono i giudici di palazzo Spada) da una logica «addirittura antitetica» a quella da esercitarsi sulle spese pluriennali[55], nel cui ambito, per converso, la Cassazione ha ricondotto l'autorizzazione alla stipula di contratti finanziari, in considerazione del fatto che i relativi effetti si riverberano sugli esercizi successivi dell'ente[56]; la seconda è che la competenza della Giunta, essendo residuale, postula

[54] C. Stato, Sez. V, n. 3174/17, cit., § 13, in fondo, riformando la sentenza impugnata, la quale «statuiva che l'annullamento d'ufficio era legittimo con riguardo ai vizi di incompetenza della giunta ad autorizzare la stipula di contratti comportanti spese per l'ente locale e di mancato esperimento di una previa gara per individuare il soggetto con il quale stipulare gli swap» (C. Stato, Sez. V, n. 3147/17, cit., § 2). Nel caso in oggetto risultava gravata la delibera con cui la Giunta del Comune di Omegna aveva disposto l'annullamento in autotutela, in virtù dell'art. 21-*nonies,* della citata legge n. 241/1990, nonché delle precedenti delibere con cui la stessa amministrazione aveva autorizzato, prima, la stipula e, poi, la successiva rimodulazione di alcuni contratti di *swap* per la ristrutturazione del proprio debito nei confronti della Cassa Depositi e Prestiti (CDP) per mutui di natura pluriennale, con l'effetto di produrre la "caducazione automatica" dei contratti conclusi. Il giudice del gravame ha ribadito il proprio consolidato indirizzo, ribadendo che le pubbliche amministrazioni non sono legittimate, per sopravvenute ragioni di inopportunità, di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni in corso di esecuzione, avvalendosi del potere di autotutela pubblicistica, attraverso la revoca, e*x* art. 21-*quinquies* della medesima legge (si veda, sul punto, C. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, in *Foro it.,* 2015, 12, III, 673). A questa stessa conclusione è approdata anche la High Court of Justice, Queen's Bench Division*,* 12 ottobre 2021, *Deutsche Bank c. Comune di Busto Arsizio*, affermando che «the Transactions did not require City Council Approval» (§ 343).

[55] Così, C. Stato, Sez. V, n. 3174/17, *cit.*, § 13, sempre in fondo.

[56] Ancora, "Comune di Cattolica", cit.

(indefettibilmente) che la legge non conferisca la competenza ad alcun altro organo del medesimo ente locale: il che è non è, così come ha convincentemente statuito la Suprema Corte.

7. *Enti locali, contratti finanziari, competenza e potere deliberativo (tra Sezioni unite e Consiglio di Stato)*

A questo punto, l'identificazione della competenza ad adottare la delibera autorizzativa alla stipula di un contratto finanziario pone sul tappeto un'altra questione, che investe la tutela giurisdizionale: se una delibera, presuntivamente viziata, non è stata tempestivamente gravata dinanzi alla giurisdizione amministrativa, la sua (eventuale) inoppugnabilità è (o non è) in grado di produrre effetti ostativi, rispetto ai poteri cognitivi del giudice ordinario?

In linea di massima, la risposta a tale quesito appare di segno negativo. Ciò perché viene in gioco la validità del contratto (presupponente), che dà esecuzione alla delibera (presupposta). La cognizione di questa non viene direttamente investita dal giudizio, involgente la cognizione di diritti soggettivi. Con la conseguenza che l'autorizzazione alla stipula, munita di valenza provvedimentale, rappresenta un (mero) antecedente logico della pretesa azionabile dall'ente locale[57]. In tale ambito (ed entro i limiti considerati) l'autorità giudiziaria, va ritenuta in grado di sindacare la legittimità (o meno) della delibera prodromica alla conclusione del contratto, la cui cognizione, operando in via incidentale, viene ammessa entro il perimetro della disapplicazione, prevista dall'art. 5 della c.d. "Legge abolitiva del contenzioso amministrativo" (legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E)[58].

[57] È la tesi propugnata da E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi,* Milano, 1950*,* 119 ss., sulla quale, da ult., F. CINTIOLI, *Disapplicazione,* in *Enc. Dir., Annali,* vol. III, Milano, 2010, 274 ss.

[58] In questo senso, da ult., Cass. Sez. Un., 25 maggio 2018, n. 13193, secondo la disapplicazione è ammessa anche nelle liti in cui sia parte la pubblica amministrazione, smentendo così la tesi opposta, propugnata da molta giurisprudenza (Cass. Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2244, in *Foro amm*., 2015, 6, 1652) e condivisa da una parte della dottrina. Sull'istituto esiste una vastissima letteratura, su cui si richiamano gli studi di E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.,* Milano, 1950, e R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale,* Milano, 1980. Tra gli altri Autori, si vedano, specialmente, F. CINTIOLI, *op. cit.*, 269 ss., e A.

In proposito, la Corte di cassazione, ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria in una controversia avente ad oggetto la validità e l'efficacia di un contratto di *"collar swap",* concluso da un ente locale con un ente creditizio, laddove i poteri di autotutela avevano investito non già un provvedimento, ma un atto di autonomia privata[59]. Nel *decisum* si legge che la disapplicazione non può essere preclusa dall'omessa impugnazione del provvedimento dinanzi alla giurisdizione amministrativa, controvertendosi in materia di diritti soggettivi, anziché di interessi legittimi[60]. Sicché, l'autorità giudiziaria è ammessa a conoscere (seppure incidentalmente) la delibera dell'ente, non ostante l'inoppugnabilità di questa.

E, in disparte i rilievi che precedono, va ritenuto assorbente un ulteriore rilievo. L'art. 62, V alinea, del citato decreto-legge n. 147/2013, commina la nullità (direttamente) al contratto, stipulato in violazione delle disposizioni previste dal medesimo articolo, senza, neppure, prendere in considerazione l'autorizzazione preordinata alla sua stipula (e con essa gli eventuali effetti vizianti). Per converso, la

---

ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile, in Dir. proc. amm.,* 1983, 47 ss. Per la manualistica, da ult.: V. CERULLI IRELLI-A. CARBONE, *Corso di giustizia amministrativa,* Torino, 2025, 81 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa,* XI ed., 2024, Torino, 24 ss.; A. TRAVI, *Giustizia amministrativa,* XVI ed., Torino, 2024, 129 ss.; M. CLARICH, *op. cit.*, 2023 ss.

[59] *Così, Cass., Sez. un*., 27 maggio 2022, n. 17245.

[60] V. CERULLI IRELLI-A. CARBONE, *op. cit*., 83, secondo cui, «per quanto concerne la possibilità di disapplicazione di un provvedimento inoppugnabile (per il quale, cioè, è scaduto il termine per l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo) risulta pacifico che non si abbia nessuna preclusione». In questo senso, Cass. Sez. II, 26 maggio 2006, n. 12646, in *Foro amm.-CdS*, 2006, 9, 2471, affermando che il potere di sindacato e di disapplicazione di un atto amministrativo presupposto, attribuito dall'art. 5 l. 20 marzo 1865, All. E, al giudice ordinario, non resta escluso per effetto della sua mancata tempestiva impugnazione, atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità attiene alla tutela degli interessi legittimi e non dei diritti soggettivi. In proposito, Cass. Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390, in *Foro amm.-CDS,* 2007, 5, 1373, ha puntualizzato che il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo resta escluso soltanto se la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo, nel contraddittorio della parte e con autorità di giudicato, ma non, invece, nel caso in cui l'atto non sia stato tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo, concernendo l'istituto della inoppugnabilità la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi. Sulla figura dell'interesse legittimo, per tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*.

nullità comminata (già) dall'art. 30, co. 15, della legge n. 289/2002 ("finanziaria 2003") era munita di uno spettro più ampio, accomunando «atti e contratti», con l'effetto di ricomprendere gli atti prodromici alla formazione del vincolo contrattuale. E, nella prospettiva appena considerata, il collegamento tra potestà e autonomia costituisce un originale laboratorio, in cui il giudice dei diritti può fare uso di tutti i propri poteri cognitivi, mentre i tratti di specialità appena evocati consentono, persino, di ipotizzare che le formule utilizzate dalla legge siano coerenti con l'esclusione dei contratti finanziari dall'ambito oggettivo dei contratti pubblici.

8. *La costituzione di società a partecipazione pubblica tra provvedimento e contratto. Conclusioni*

Non diversamente da quanto avviene per i contratti finanziari, il Codice dei contratti pubblici, all'art. 13, co. 3, ult. parte, esclude dal proprio ambito la disciplina delle società a partecipazione pubblica, di cui al già citato d. lgs. n. 175/2016 (il c.d. "decreto Madia"). Tale decreto, per un verso, impone l'indicazione delle finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche (art. 4)[61]; e, per altro verso, assoggetta all'evidenza pubblica gli atti di autonomia privata per la costituzione di società commerciali ovvero l'acquisto di partecipazioni nelle stesse, non soltanto introducendo specifici «oneri di motivazione analitica» (art. 5)[62], ma imponendo specifici requisiti di forma alle delibere preordinate a tali operazioni (art. 7)[63].

[61] Si confronti, sul punto, anche A. MALTONI, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici,* in *Dir. economia,* 2019, 179 ss.

[62] Il riferimento è agli specifici oneri di motivazione (co. 1) e alla trasmissione dell'atto deliberativo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) o alle Sezioni riunite, in sede di controllo, della Corte dei conti (commi 3 e 4).

[63] Va ricordato anche che, in base all'art. 7, co. 1, La deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società è adottata con:

«a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali;

Sennonché, il Testo unico lascia aperta un'importante questione nell'ambito degli appalti pubblici, un tempo vivacemente dibattuta, risolta in seguito al recepimento della Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (nota come "Direttiva ricorsi")[64]. In base ad essa, la decisione di un organo da ricorso può considerare il contratto «privo di effetti» (art. 2 quinquies). Nella trasposizione interna di tale canone, laddove l'aggiudicazione venga annullata ovvero l'affidamento sia avvenuto senza bando, è il giudice amministrativo a pronunciarsi sulla sorte del contratto stipulato. L'inefficacia di questo è, ora, in grado di essere comminata quale conseguenza dell'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura di gara (artt. 121-122 c.p.a.)[65]: e, se si conviene sul fatto che l'aggiudicazione assuma il ruolo di fatto costitutivo dei diritti[66], il suo annullamento giurisdizionale non può integrare un (semplice) antecedente logico-giuridico del contratto, rientrando nell'oggetto del processo. Anche se la cognizione della procedura di affidamento, congiuntamente al contratto, viene assoggettata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con l'effetto di dirimere il riparto tra le giurisdizioni (art. 133, co. 1, lett. l), c.p.a.).

---

c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche». Le medesime modalità, in base all'ult. co. dell'art. 7, sono previste per: «a) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società; il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione».

[64] In argomento, specialmente, AA.VV., *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Atti del Convegno tenutosi il 20 maggio 2011 nell'Università degli Studi di Milano*, G. Greco (a cura di), in *Quad. RIDPC*, Milano, 2011, e G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo,* vol. II, Parte speciale, Letture, V ed., Milano, 2019, 233 ss.

[65] Come rimarca, ad es., F. CINTIOLI, *op. cit*., 279. L'inefficacia del contratto presuppone l'annullamento dell'aggiudicazione, in un rapporto di pregiudizialità necessaria, secondo N. PAOLANTONIO, *I riti compatti,* in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), IX ed., Torino, 2023, 569 ss. Anche se la caducazione del contratto non costituisce una conseguenza automatica dell'annullamento, in assenza di una specifica statuizione sul punto, che risulta riservata al giudice amministrativo (così, ad es., C. Stato Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1839).

[66] Sulla natura costitutiva della relativa pronunzia sia consentito rinviare a M. ANTONIOLI, *Direttiva ricorsi e processo amministrativo,* in AA.VV., *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* cit., 117 ss.

Diversamente avviene, invece, per la costituzione di società a partecipazione pubblica[67], la cui materia esula dalla giurisdizione esclusiva. Sul punto, può giovare il supporto offerto da alcune disposizioni contenute nel d. lgs. n. 175/2016, le quali si occupano del regime degli atti di autonomia privata e, specialmente, del rapporto configurabile tra tali atti e la delibera presupposta[68].

a) Il primo caso, che riguarda la gestione delle partecipazioni pubbliche (art. 9, co. 8), è quello della nomina (o della revoca) dei componenti di organi interni della società, da parte del socio pubblico (art. 9, co. 7)[69]. In tale evenienza, non vengono in considerazione "anormalità"[70] involgenti l'azione autoritativa[71]. Se la gestione delle partecipazioni avviene in violazione dei commi da 1 a 5 dell'art. 9, ovvero non siano rispettati gli «impegni assunti mediante patti parasociali», va esclusa l'invalidità delle delibere societarie, «restando ferma la possibilità che l'esercizio di voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato» (art. 9, co. 6, ult. parte).

b) Il secondo caso è rinvenibile nell'art. 8, co. 2, in virtù del quale «l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo, avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione, rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima»[72]. La sanzione comminata discende dal *vulnus* arrecato alla pubblica evidenza, che, in diretta

---

[67] Secondo C. IBBA, *Introduzione,* in AA.VV., *La società a partecipazione pubblica,* cit., 5, le disposizioni contenute nel decreto Madia si configurerebbero come un *«diritto speciale che s'innesta sul diritto societario comune».*

[68] A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle P.A. nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica,* in *Munus,* 2019, 3.

[69] «Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società».

[70] Secondo l'espressione utilizzata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* vol. II, II ed., Milano, 1988, 733 ss.

[71] In base al co. 6, ult. parte, dell'art. 9, infatti, resta ferma «la possibilità che l'esercizio di voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato».

[72] Si esamini, in proposito, P. GALLO, *op. cit.*, 841 ss., rimarcando la distinzione dell'inefficacia dalla nullità, ritenuta risalente a Windscheid. L'Autore rileva come il termine "inefficacia" viene utilizzato, con frequenza, nel codice civile: solo ad es., in materia di clausole vessatorie non approvate, di condizione, di simulazione, *etc.* (artt. 1341, co. 2, 1353 e 1414 c.c.).

successione, combina l'atto autoritativo con l'atto di autonomia negoziale. Il *deficit* provvedimentale germina un effetto viziante, che si riverbera sull'acquisto operato, con la conseguenza che l'accertamento dell'inefficacia del titolo di acquisto non può che spettare al giudice dei diritti.

c) Un terzo caso, previsto dall'art. 7, co. 6, si occupa (non già dell'acquisto di partecipazioni societarie, ma) della costituzione di una società, vuoi in assenza dell'atto deliberativo delle amministrazioni partecipanti, vuoi qualora tale atto «sia dichiarato nullo o annullato». In tutte queste ipotesi «le partecipazioni sono liquidate secondo quanto disposto dall'articolo 24, comma 5», t.u.s.p., in tema di revisione straordinaria delle partecipazioni[73]. E, ancora, sempre in base all'art. 7, co. 6, «se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 del codice civile». Tanto questa previsione, quanto quella che dispone la liquidazione delle partecipazioni (art. 24, co. 5), si collocano (entrambe) entro il perimetro del diritto privato. Non di meno, l'art. 7, co. 6, accomuna due ipotesi difficilmente sovrapponibili: se la mancanza della delibera di autorizzazione va, certamente, attribuita alla cognizione dell'autorità giudiziaria, non altrettanto può dirsi per l'invalidità di tale delibera, specie quando viene in gioco l'annullabilità, costituente l'area naturale di intervento del giudice amministrativo (art. 29 c.p.a.)[74]. Se così è, sembra verosimile che il sindacato sugli atti prodromici, produttivo di effetti costitutivi, vada condotto in via principale e non incidentale[75]: con il corollario che, laddove sia

[73] Ai sensi del quale: «In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti dal comma 4, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile».

[74] Sia consentito rinviare a M. ANTONIOLI, *Soci pubblici, costituzione di società e circolazione delle partecipazioni dopo il Testo unico e il decreto correttivo,* in AA.VV., *Le società* in house, cit., 45 ss.

[75] Così, specialmente, A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle amministrazioni nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica,* cit., 952 ss., rimarcando il nesso di presupposizione tra provvedimento e atto societario.

divenuta inoppugnabile, la delibera autorizzativa assunta in violazione del Testo unico non potrà essere disapplicata dal giudice ordinario[76].

d) In conclusione, l'alluvione normativa può costituire una delle ragioni della complessità del sistema, comparabile ad una sorta di *patchwork*. Così, il regime delle società in mano pubblica appare disomogeneo già al suo interno, prima ancora che rispetto ad altri settori. Lo si è visto comparandosi la disciplina dei contratti pubblici con quella dei contratti finanziari stipulati dagli enti territoriali. Ancora, il quadro composito della sequenza provvedimento-contratto non appare sempre coerente, a fronte di un paradigma frammentato, specie per quanto attiene alla tutela erogabile e al riparto tra le giurisdizioni. In proposito, la disamina condotta ha consentito di considerare modelli differenziati: più spesso, le sorti del contratto sono correlate agli effetti vizianti della delibera che autorizza la stipula[77], così come avviene in tema di acquisto di partecipazioni ovvero di costituzione di società, da parte del socio pubblico, giungendosi, nel secondo caso[78], a comminare *tout-court* l'inefficacia del contratto (artt. 7, co. 6, e 8, co. 2, t.u.s.p.)[79]; talora, invece, sono comminate sanzioni che investono (direttamente) il contratto stipulato, svalutandosi il suo collegamento con l'autorizzazione presupposta.

Quest'ultimo sembra essere il caso dei contratti in materia finanziaria conclusi dagli enti locali: e, forse, è proprio la specialità che contrassegna il settore ad innervare i rimedi esperibili[80], rafforzando, in

[76] Trattandosi di un «istituto di diritto processuale», in quanto «è nel processo che trova il suo naturale svolgimento» (F. CINTIOLI, *op. cit*., 270).

[77] Si confronti, G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo),* in *Dir. proc. amm.,* 2007, 326 ss.

[78] Si ricorda che, nel primo caso, invece, le partecipazioni devono semplicemente essere liquidate.

[79] L'equiparazione appena rilevata, sul piano degli effetti, tra il paradigma della nullità e quello dell'annullabilità appare marcatamente innovativa, risultando disallineata ad una dicotomia che, nel diritto amministrativo, è stata tradizionalmente molto netta, risultando funzionale alla configurazione delle situazioni sostantive e, di conseguenza, al riparto tra le giurisdizioni.

[80] La nozione dell'istituto, di matrice anglosassone, correlabile ai *torts*, rimarca l'esistenza di un collegamento più stretto alla violazione e all'interesse protetto, rispetto al diritto, con cui, tuttavia, si connette (in questo senso, nella dottrina civilistica, A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali, Enc. Dir., I tematici*, vol. I, voce *"Contratto",* G. D'Amico (diretto da), Milano, 2021, 1031 ss., anche per i numerosi richiami contenuti in nota alla bibliografia esistente. Si veda, inoltre, V. VARANO,

tal modo, l'autonomia della tutela dei diritti, a discapito dell'azione autoritativa, con l'effetto che la nullità del contratto e il suo accertamento esulano dalla tutela annullatoria del giudice amministrativo, fino a renderla recessiva.

Remedies, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.),* Torino, 1997, 571 ss., anche per i richiami bibliografici.