



22554 14

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

Regolamento di giurisdizione

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 1713/2013
- Dott. MARIA GABRIELLA LUCCIOLI - Presidente Sezione - R.G.N. 2624/2013
- Dott. RENATO RORDORF - Rel. Pres. Sezione - Cron. 22554
- Dott. VITTORIO RAGONESI - Consigliere - Rep.
- Dott. AURELIO CAPPABIANCA - Consigliere - Ud. 07/10/2014
- Dott. VITTORIO NOBILE - Consigliere - CC
- Dott. ANGELO SPIRITO - Consigliere - C.I.
- Dott. GIACOMO TRAVAGLINO - Consigliere -
- Dott. PASQUALE D'ASCOLA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 1713-2013 proposto da:

BNL - BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso lo studio dell'avvocato ANGELO CLARIZIA, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati FRANCESCO TROTTA, GIANFRANCO GRAZIADEI, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

2014
470

contro

COMUNE DI MESSINA, in persona del Commissario Straordinario pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE G. MARCONI 19 C/12, presso lo studio dell'avvocato RAFFAELLA SCUTIERI, rappresentato e difeso dall'avvocato NINO PARISI, per delega in calce al controricorso;

- **controricorrente** -

nonchè contro

IFA CONSULTING S.R.L., DEXIA CREDIOP S.P.A.;

- **intimati** -

sul ricorso 2624-2013 proposto da:

BNL - BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso lo studio dell'avvocato ANGELO CLARIZIA, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati FRANCESCO TROTTA, GIANFRANCO GRAZIADEI, per delega a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

contro

COMUNE DI MESSINA, in persona del Commissario Straordinario pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE G. MARCONI 19 C/12, presso lo studio dell'avvocato RAFFAELLA SCUTIERI, rappresentato e difeso dall'avvocato NINO PARISI, per delega in calce al controricorso;



DEXIA CREDIOP S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.P. DA PALESTRINA 47, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO CARDARELLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIUSEPPE MASSIMILIANO DANUSSO, per delega a margine del controricorso;

- **controricorrenti** -

nonchè contro

IFA CONSULTING S.R.L.;

- **intimata** -

per regolamento di giurisdizione in relazione ai giudizi pendenti nn. 3251/2011 e 3343/2011 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di CATANIA;

uditi gli avvocati Angelo CLARIZIA, Antonino PARISI, Francesco CALDARELLI;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 07/10/2014 dal Presidente Dott. RENATO RORDORF;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. Pierfelice PRATIS, il quale chiede alla Corte di cassazione l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario per il ricorso r.g. n. 1713/2013 e del giudice inglese per il ricorso r.g. n. 2624/2013.



Premesso, **in fatto**, che:

- il Comune di Messina (in prosieguo indicato come il Comune), che in anni compresi tra il 2003 ed il 2006 aveva stipulato con la Banca Nazionale del Lavoro (in prosieguo BNL) sei successivi contratti d'investimento in derivati finanziari (*interest rate swap*), con delibera del 31 agosto 2006 indisse una procedura selettiva in vista dell'ulteriore ristrutturazione dei propri investimenti finanziari;
- con successiva delibera del 23 novembre 2006 il relativo incarico fu conferito alla Dexia Crediop s.p.a. (in prosieguo Dexia), che aveva avanzato una proposta, di modo che, a seguito di delibere del 27 e 28 giugno 2007, si pervenne alla stipulazione di un accordo con la stessa Dexia e con la BNL in forza del quale i precedenti contratti d'investimento in strumenti finanziari derivati già in essere con la BNL furono rimpiazzati con altri di analogo tipo, a condizioni parzialmente diverse, aventi ad oggetto strumenti finanziari in parte emessi dalla stessa BNL ed in parte dalla Dexia;
- nel marzo 2011 il Comune citò in giudizio Dexia e BNL dinanzi al tribunale di Messina per far dichiarare nulli i suindicati contratti (proponendo altresì ulteriori domande che in questa sede non rilevano), alla luce di una relazione di consulenza redatta dalla IFA Consulting s.r.l. in cui era evidenziato come la sottoscrizione degli strumenti derivati in questione avesse esposto l'amministrazione comunale a rischi non consentiti, implicando l'assunzione di oneri economici occulti, in contrasto con le finalità di contenimento del costo prescritte dalla legge n. 448 del 2001 e dal regolamento attuativo;
- con successiva deliberazione assunta dalla giunta municipale il 22 settembre 2011 e con determinazioni del segretario generale in data 3 e 7 ottobre 2011 lo stesso Comune procedette poi in via di autotutela ad annullare le deliberazioni con cui si era dato corso alla stipulazione di detti contratti e svincolò le somme accantonate per fronteggiare i relativi rischi;
- la BNL, che già si era costituita in giudizio dinanzi al Tribunale di Messina per resistere alle domande dell'ente territoriale, adì allora il Tribunale amministrativo Regionale per la Sicilia (in prosieguo Tar) chiedendo l'annullamento delle deliberazioni comunali di cui sopra;

- analogo ricorso al Tar propose la Dexia, chiedendo anch'essa l'annullamento delle medesime delibere comunali, ed in tale giudizio si costituì del pari la BNL;
- successivamente la medesima BNL, facendo riferimento ai due anzidetti giudizi amministrativi, ha proposto a questa corte altrettanti ricorsi per regolamento di giurisdizione;
- nel primo ricorso (r.g. 1713/13) la Bnl ha sostenuto che la controversia riguardante la validità degli atti di autotutela sopra menzionati ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di atti mediante i quali l'ente pubblico ha inteso unilateralmente sciogliersi da un vincolo contrattuale di natura privatistica, ormai perfezionatosi per effetto dell'avvenuta stipulazione dei contratti, da cui discendono posizioni di diritto soggettivo dell'altro contraente sulle quali il giudice amministrativo non ha titolo per pronunciarsi;
- nel secondo ricorso (r.g. 2624/13) la stessa Bnl ha prospettato la tesi per cui, in forza di una espressa clausola inserita nei contratti cui si è fatto prima cenno, mediante la quale le parti hanno previsto la devoluzione alle corti del Regno unito di Gran Bretagna ed Irlanda di ogni controversia inerente alla validità ed all'esecuzione di quei contratti, la giurisdizione competerebbe appunto al giudice britannico, ed, in subordine, ha insistito perché sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario;
- il Comune ha resistito con due distinti controricorsi;
- anche la Dexia ha depositato un controricorso, aderendo alle conclusioni rassegnate dalla difesa della BNL nel secondo dei due menzionati ricorsi;
- il Procuratore generale ha chiesto, in riferimento al primo ricorso, che sia affermata la giurisdizione del giudice ordinario ed, in riferimento al secondo, la giurisdizione del giudice inglese;
- ricorrente e controricorrenti hanno depositato successive memorie, insistendo nelle rispettive posizioni;
- con provvedimento adottato nel corso dell'odierna adunanza camerale si è proceduto alla riunione dei due ricorsi per regolamento di giurisdizione, attesa l'identità oggettiva e soggettiva dei giudizi di merito dai quali scaturiscono.

Considerato, **in diritto**, che:

- i due ricorsi per regolamento di giurisdizione dei quali si discute, come già accennato, riguardano altrettanti giudizi pendenti dinanzi al Tar, tra le medesime parti e con il medesimo oggetto, di modo che non soltanto appare opportuno esaminarli congiuntamente ma va subito chiarito che tutto quanto si dirà nel prosieguo della presente ordinanza è riferibile ad entrambi detti ricorsi, non potendosi ragionevolmente ipotizzare che essi abbiano un esito diverso l'uno dall'altro;
- ancora in via preliminare giova porre in luce come nella vicenda in esame s'intreccino due questioni di giurisdizione - l'una concernente il riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, all'interno dell'ordinamento nazionale, e l'altra derivante da una clausola convenzionale di proroga della giurisdizione in favore dell'autorità giudiziaria britannica - che si presentano però l'una consequenziale rispetto all'altra;
- qualora, infatti, dovesse ritenersi che la controversia instaurata dinanzi al tar per far accertare l'invalidità delle delibere di annullamento adottate in via di autotutela dall'amministrazione comunale messinese non fuoriesce dall'ambito della giurisdizione amministrativa, trattandosi unicamente di stabilire se l'ente pubblico abbia legittimamente esercitato una potestà autoritativa spettantegli e non investendo tale giudizio, se non di riflesso, la validità e l'efficacia dei contratti intercorsi tra il Comune e le due banche cui esso si è rivolto per i propri investimenti finanziari, resterebbe per ciò stesso esclusa l'operatività della clausola di proroga della giurisdizione in favore dei giudici britannici, che figura nei suddetti contratti, perché essa non varrebbe a trascinare dinanzi al giudice britannico anche una controversia riguardante la validità di atti (non già contrattuali, bensì) amministrativi promananti da un ente pubblico italiano;
- viceversa, ove si dovesse pervenire alla conclusione che la vertenza pendente dinanzi al tar, benché formalmente introdotta con una domanda di annullamento degli atti amministrativi di autotutela emessi dal Comune, ha in realtà ad oggetto la validità dei contratti stipulati dallo stesso Comune con le due banche sopra menzionate, non soltanto ne discenderebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo,

trattandosi nel diritto interno di una controversia rientrante nell'alveo della giurisdizione ordinaria, ma verrebbe necessariamente in gioco la già ricordata clausola di proroga convenzionale della giurisdizione internazionale, che a quei contratti attiene e che è destinata a trovare applicazione in una causa in cui della validità dei medesimi contratti si discuta, con un conseguente difetto di giurisdizione anche del giudice ordinario italiano;

- occorre per prima cosa interrogarsi, quindi, sui criteri di riparto in forza dei quali nell'ambito della giurisdizione domestica una siffatta vertenza è ascrivibile (o in astratto lo sarebbe, in assenza della ricordata clausola di proroga della giurisdizione internazionale), al giudice ordinario ovvero a quello amministrativo, ed occorre farlo previa corretta identificazione del *petitum* sostanziale della causa;
- la giurisdizione si determina, infatti, sulla base della domanda ma, a tal fine, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione ed in base al quale la domanda dev'essere identificata (cfr., *ex multis*, Sez. un. n. 25927 del 2011);
- in termini generali può convenirsi sul rilievo che, quando la stipulazione di un contratto di diritto privato da parte di una pubblica amministrazione sia preceduta da una ben distinta fase prodromica, in cui la medesima amministrazione definisca le modalità ed i termini del proprio agire contrattuale e proceda ad individuare la controparte con la quale intende stipulare il contratto, la legittimità degli atti amministrativi ricadenti in siffatta fase prodromica, trattandosi pur sempre di atti in cui si esplica una potestà amministrativa, è soggetta al vaglio del giudice amministrativo;
- resta ferma, invece, la giurisdizione ordinaria quando si controverta della validità del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione *iure privatorum*, contratto che ha forza di legge tra le parti (art. 1372, primo comma, c.c.), siano esse pubbliche o private;

- sulla scorta di tale criterio la giurisprudenza di queste sezioni unite è perciò costante nel distinguere, ai fini del riparto di giurisdizione, la fase anteriore da quella successiva alla stipulazione del vincolo contrattuale tra pubblica amministrazione e controparte privata, precisando che prima della stipula del contratto l'eventuale revoca o annullamento della deliberazione autorizzatoria è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al rapporto negoziale di natura privatistica costituente l'attuazione di tale scelta e quindi radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio stesso, mentre rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative agli atti negoziali e paritetici con riferimento ai quali, una volta sorti gli impegni negoziali da essi derivanti, la pubblica amministrazione non può più spendere alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela (si vedano, tra le altre, Sez. un. n. 12901 e 12901 del 2013; nonché Sez. un. n. 19046 del 2010 e n. 26792 del 2008);
- anche il Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, ha espresso un analogo orientamento, evidenziando la necessità di distinguere in questa materia gli atti prodromici, afferenti al processo decisionale, dai successivi atti negoziali con cui l'ente pubblico spende la sua capacità di diritto privato ponendo in essere il contratto con la controparte privata (Ad. Plen. n. 10 del 2011) e, da ultimo, ulteriormente precisando – in una fattispecie per molti versi assai simile a quella qui in esame – che, ove non sia possibile individuare una "*determinazione autoritativa proceduralizzata*", cioè un autonomo e ben distinto procedimento decisionale in grado di sintetizzare le valutazioni discrezionali in base alle quali l'amministrazione manifesta poi la propria volontà negoziale, l'annullamento dell'atto amministrativo in via di autotutela si prospetta come un mero artificio non idoneo a mascherare la realtà di un giudizio volto a sindacare direttamente i requisiti di validità del contratto, come tale esulante dalla giurisdizione amministrativa (Ad. Plen n. 13 del 2014);
- con particolare riguardo all'esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione, può aggiungersi che, se in generale esso incontestabilmente si connota come espressione di un potere di

- supremazia, implicante una valutazione discrezionale dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto viziato, onde la verifica di eventuali profili d'illegittimità nell'uso di quel potere naturalmente ricade nella sfera di competenza del giudice amministrativo, quando – come nella specie – l'amministrazione abbia inteso avvalersi dell'autotutela per far venire meno atti ai quali abbia fatto seguito la stipulazione di un contratto di diritto privato, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo si presenta assai più problematico dovendosi indagare sul rapporto esistente tra quegli atti e quel contratto e sui relativi effetti;
- già in altra occasione si è avuto modo di chiarire che non è riconducibile alla giurisdizione amministrativa una controversia in cui si discuta non di annullamento ma di nullità degli atti amministrativi in forza dei quali la pubblica amministrazione ha assunto un impegno contrattuale, perché la declaratoria di nullità con cui l'amministrazione medesima unilateralmente affermi la radicale inidoneità di quegli atti a produrre effetti vincolanti, al contrario di quanto accade per l'annullamento in autotutela, non costituisce esercizio di potere autoritativo, né di potere discrezionale di apprezzamento del pubblico interesse, e deve perciò misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver al riguardo acquisito, trattandosi allora di accertare se sia o meno intrinsecamente nulla una manifestazione di volontà negoziale, ovvero se da essa sia o meno scaturito un rapporto contrattuale impegnativo per le parti (Sez. un. n. 12110 del 2013);
 - anche quando, però, l'amministrazione abbia inteso (non accertare essa stessa la nullità, bensì) annullare in via di autotutela atti qualificati come prodromici alla stipulazione di un contratto con controparti private, spetterà al giudice amministrativo decidere sulla legittimità dell'esercizio dell'autotutela solo a condizione che, come già sopra osservato, si sia in presenza di atti realmente prodromici rispetto alla successiva contrattazione, e non anche quando si tratti invece di atti dietro i quali si cela – per riprendere un'espressione adoperata dalla citata Ad. Plen. b. 13 del 2014 – un *"mero artificio che non impedisce di riconoscere che la materia del contendere ... è costituita non dal sindacato sulla legittimità di un atto d'imperio ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti"*;



- la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla legittimità dell'annullamento in via di autotutela, da parte dell'amministrazione, di atti definiti come prodromici rispetto alla successiva stipulazione di un contratto di diritto privato postula, d'altronde, che il vizio in conseguenza del quale la medesima amministrazione si è avvalsa del suo potere di autotutela attenga al modo in cui l'atto prodromico è stato posto in essere, o comunque sia esclusivamente ad esso proprio, non potendo viceversa costituire la mera proiezione di un vizio destinato in realtà ad inficiare la validità dello stesso contratto;
- l'amministrazione, una volta concluso il contratto, è del tutto carente del potere di sottrarsi unilateralmente al vincolo che dal contratto medesimo deriva: ipotizzare che essa abbia la possibilità di far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto, semplicemente imputando quei medesimi vizi agli atti prodromici da essa posti in essere in vista dell'assunzione del predetto vincolo negoziale, equivarrebbe a consentire una sorta di revoca del consenso contrattuale (sia pure motivato con l'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela) che la pariteticità delle parti negoziali esclude per il contraente pubblico non meno che per il contraente privato;
- non può dunque ammettersi che, pretendendo di adoperare il proprio potere discrezionale di autotutela per eliminare vizi in realtà afferenti (non già alle determinazioni prodromiche, in sé sole considerate, ed alle modalità procedurali ad esse solo proprie, bensì) al contratto ormai stipulato, l'amministrazione possa spostare l'asse della giurisdizione riconducendo nell'alveo di quella amministrativa una controversia sulla validità di un contratto di diritto privato, come tale rientrante nell'alveo della giurisdizione ordinaria;
- l'applicazione di tali principi nel caso di specie porta con certezza ad escludere che la controversia tra il Comune di Messina, la Bnl e Dexia, già instaurata dinanzi al giudice ordinario, ricada nella giurisdizione del giudice amministrativo in conseguenza dell'iniziativa con cui il Comune ha inteso annullare in via di autotutela atti qualificati come prodromici alla stipulazione dei contratti d'investimento in derivati finanziari di cui s'è fatta prima menzione;

- non è infatti possibile identificare, nella vicenda in esame, dei veri e propri atti prodromici, nel senso dianzi chiarito, perché si è in presenza della stipulazione di contratti a trattativa privata, rispetto ai quali non si perviene ad individuare atti amministrativi dotati di una propria autonoma valenza rispetto al momento formativo della volontà negoziale dell'ente pubblico che unitamente a quella del contraente privato ha realizzato il consenso contrattuale;
- manca, cioè, quella "*determinazione autoritativa procedimentalizzata*" cui sopra s'è fatto cenno: tale non potendosi considerare la procedura selettiva indetta dal Comune con delibera del 31 agosto 2006, nella quale, come dal tenore della stessa delibera si evince, non è dato ravvisare in alcun modo gli estremi di un bando di gara, emanato in vista della stipulazione con l'aggiudicatario di un contratto ben determinato, trattandosi invece di una mera "analisi di mercato ad evidenza pubblica", volta sì ad individuare un istituto di credito col quale contrattare da parte del Comune, in vista dell'organizzazione di servizi connessi all'emissione di un prestito obbligazionario e degli investimenti in derivati finanziari a tale prestito connessi, ma lasciando ancora del tutto impregiudicato l'*an*, il *quomodo* ed i termini concreti della futura contrattazione, successivamente sviluppatasi;
- le ragioni d'invalidità addotte dal Comune per esercitare il proprio potere di autotutela non afferiscono specificamente ed autonomamente, d'altronde, né alla procedura selettiva dianzi richiamata (quantunque il Comune abbia inteso annullare anche la citata delibera del 31 agosto 2006) né agli altri atti che, dal punto di vista formale, sono stati oggetto dell'annullamento, in quanto i vizi ascritti a tali atti sono sostanzialmente i medesimi - l'assunzione di oneri economici occulti e di rischi non consentiti, in contrasto con le finalità di contenimento del costo prescritte dalla legge n. 448 del 2001 e dal regolamento attuativo - in relazione ai quali lo stesso Comune, ritenendo che inficiassero la causa dei contratti stipulati con Bnl e Dexia, già si era rivolto al giudice ordinario per far accertare la nullità di tali contratti, a conferma del fatto che il *petitum* sostanziale dei giudizi pendenti dinanzi al giudice ordinario ed al giudice amministrativo è il medesimo ed attiene, in definitiva, alla validità dei summenzionati contratti;

- la conclusione cui si è appena pervenuti impone però, come già all'inizio si diceva, di prendere in considerazione la clausola di proroga della giurisdizione, inserita nei contratti in questione, che rimette alla competenza esclusiva del giudice britannico la cognizione delle cause riguardanti la validità e l'efficacia di detti contratti;
- deve trovare pertanto applicazione l'art. 23 del regolamento 44/2001 Ce (trattandosi, per quanto appena osservato, non già di controversia in materia amministrativa, bensì civile e commerciale), in forza del quale, qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito ad un giudice di uno Stato membro la competenza a conoscere delle controversie nate da un determinato rapporto giuridico, detta competenza (salvo diverso accordo tra le parti, che nella specie non risulta però essere stato stipulato) è esclusiva;
- in conclusione, quindi, né il tar, dinanzi al quale pendono i due giudizi che hanno dato origine ai ricorsi per regolamento, né il giudice ordinario italiano risultano forniti di giurisdizione;
- la peculiarità della vicenda ed il non agevole intreccio, che ne è derivato, tra riparto interno di giurisdizione e profili di giurisdizione internazionale suggeriscono di compensare per intero tra le parti le spese dei regolamenti riuniti.

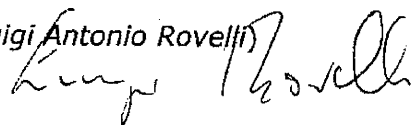
P.q.m.

La corte, pronunciando sui ricorsi riuniti, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano e compensa tra le parti le spese processuali.

Così deciso, in Roma, il 7 ottobre 2014.

Il Presidente

(Luigi Antonio Rovelli)



IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi 23 OTT 2014
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI