

LA "SUPREMACY CLAUSE ALL'ITALIANA".

REGIONI E STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE.

Con la sentenza n. 52 del 2010, in materia di prodotti finanziari derivati la Corte costituzionale ha confermato la tendenza alla compressione della potestà legislativa concorrente in favore di quella esclusiva dello Stato. Ha, infatti, ritenuto che la disciplina dei derivati riguardi un insieme di materie che toccano la "tutela del risparmio e mercati finanziari", "l'ordinamento civile" di competenza esclusiva dello Stato e il "coordinamento della finanza pubblica" di competenza concorrente e che, pertanto, in mancanza di un meccanismo di composizione si debba utilizzare il criterio della prevalenza, secondo il quale la disciplina deve essere inquadrata nell'ambito materiale "cui è riconducibile il nucleo essenziale delle norme censurate"¹.

Se è del tutto condivisibile, da un punto di vista politico, che lo Stato centrale decida di intervenire e di controllare in modo incisivo il ricorso da parte delle Regioni e degli enti locali a contratti finanziari di prodotti derivati, meno convincenti sono nella sentenza richiamata sia gli strumenti formali utilizzati per disciplinare il settore, sia, in alcuni punti, le argomentazioni della Corte in difesa di tali strumenti. Le regioni Veneto e Calabria, dunque, ricorrono in un giudizio di legittimità costituzionale nei confronti dello Stato impugnando l'art. 62 del decreto legge n. 112 del 2008 (poi convertito in legge n. 133 del 2008 con modificazioni),² nella parte in cui esso prevede che "Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica previsti agli articoli 119 e 120 della Costituzione alle Regioni, alle Province autonome di Trento e Bolzano e agli enti locali è fatto divieto di stipulare fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, contratti riguardanti gli strumenti finanziari derivati previsti all'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché di ricorrere all'indebitamento attraverso contratti che non prevedano modalità di rimborso mediante rate di ammortamento comprensive di capitale e interessi." In un momento successivo, la Regione Calabria ha proposto una seconda impugnazione nei confronti della legge 22 dicembre 2008 n. 203 (disposizioni per la formazione di bilancio annuale e pluriennale dello

¹ Così nella sentenza in epigrafe, al Punto 13 del Considerato in diritto.

² La conversione del decreto-legge con Legge n. 113 del 2008 apporta alcune modifiche sostanziali. Intanto aggiunge un primo comma nel quale si autoproclamano le norme dell'articolo come principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione. Inoltre, al comma successivo l'articolo specifica che il divieto di stipulare contratti è contemplato non più solo fino all'entrata in vigore del regolamento del Ministro dell'Economia, ma in ogni caso per un anno a decorrere dall'entrata in vigore del decreto legge.

Stato - Legge finanziaria 2009), il cui art. 3 ha sostituito e innovato l'art. 62 del decreto-legge impugnato; la Regione Veneto ha invece rinunciato al ricorso proposto.

Le argomentazioni della Consulta, tese a far prevalere l'unità economica della Repubblica, non sono sempre convincenti alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione. L'impressione è che l'enorme *deficit* pubblico del Paese non consenta alle Regioni di esercitare in pieno le prerogative che pure il Titolo V conferisce loro. Vi sarebbe, dunque, alla base della decisione una questione di opportunità che la Corte non poteva ignorare, ma che comprime oltre misura le competenze regionali in materia, quasi che ogni tentativo di autonomia finanziaria delle Regioni debba essere visto con particolare trepidazione solo perché la nostra condizione economica non permette a esse di assumersi le loro responsabilità e anche l'eventualità di prendere decisioni sbagliate.

Si poteva giustificare una potestà legislativa esclusiva statale in materia finanziaria prima della Riforma del 2001, quando la centralità dello Stato era prevista in Costituzione, ma dopo l'approvazione della Riforma, il testo dell'art. 117 comma 3 e 6 e dell'art. 119 non sembra potersi interpretare a favore di questa tesi³.

Qualunque sia la motivazione della Consulta in difesa dell'erario statale, appare difficile però accettare che la materia sia disciplinata mediante decretazione d'urgenza e su questo punto si è soffermata con particolare attenzione la difesa della Regione Calabria.⁴ Tuttavia, non è tanto sulla mancanza dei presupposti di straordinarietà e di urgenza che si deve far leva, perché non si può escludere la loro sussistenza in una situazione di grave dissesto economico e di continuo ricorso da parte delle Regioni e degli enti locali ai contratti derivati. Quel che qui si rileva è invece un uso disinvolto da parte delle istituzioni statali delle fonti che possono regolare i rapporti tra esse e le Regioni.

Infatti, ciò che desta maggiore preoccupazione in merito alla decisione è la convinzione che un decreto legge possa stabilire i principi fondamentali della materia, la cui determinazione nella potestà legislativa concorrente spetta sì allo Stato, ma non con una fonte diversa dalla legge, e anche che si possa rinviare a un regolamento ministeriale per l'individuazione della tipologia di contratti di strumenti finanziari derivati senza che vi sia una legge che disciplini limiti e criteri entro i quali il regolamento deve operare, lasciando perciò che l'autonomia finanziaria delle Regioni sia affidata al Ministro dell'economia⁵.

³ C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione e "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 1026 e ss.

⁴ Si veda a tal proposito succintamente il Punto 4 del Considerato in fatto della sentenza in epigrafe. Per le note critiche sull'uso del decreto legge in questa precisa circostanza si veda D. CHINNI, *La Corte i presupposti del decreto legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in www.giurcost.org (sent. n. 52/2010), in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza italiana*.

⁵ [Più precisamente il comma 2 dell'art. 62 del decreto appena citato, poi convertito con legge n. 133 del 2008, prevede che il](#) Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Commissione nazionale delle società e della borsa, possa emanare un regolamento che individui la tipologia degli strumenti finanziari derivati che le Regioni, le province autonome e gli enti locali possono stipulare e stabilisce i criteri e le condizioni per la conclusione delle relative operazioni

Per quanto riguarda l'uso della decretazione d'urgenza, il fatto che la Consulta abbia ritenuto la questione infondata (e non inammissibile) sembra costituire un elemento di novità e un primo spiraglio per un vaglio successivo, più stringente in merito ai rapporti tra decreto legge e lesione delle potestà legislative regionali⁶.

Quanto all'uso del regolamento, invece, si ricorda che la questione era già stata affrontata nella sent. n. 376 del 2003⁷, nella quale la Corte aveva riconosciuto la facoltà da parte dello Stato d'intestarsi anche funzioni di natura amministrativa persino nel caso di potestà concorrente. Si trattava anche in quel caso dell'adozione di un regolamento che attribuiva al Ministro dell'economia e delle finanze la potestà di dettare norme volte a contenere l'indebitamento e di monitorare gli andamenti della finanza pubblica; materia che sarebbe dovuta rientrare nella potestà legislativa concorrente nella quale lo Stato interviene dettando i principi fondamentali della materia. Anche allora la Corte scelse una lettura accentrata delle competenze finanziarie, dimostrando una scarsa fiducia sia nelle capacità di controllo di gestione da parte delle Regioni, sia nella loro attitudine a prendere decisioni che tengano conto di un quadro finanziario nazionale non roseo. Ritenne allora che l'art. 118 Cost. consente al regolamento di disciplinare materie che non rientrano nella potestà legislativa esclusiva statale, quando ciò sia necessario per assicurare il loro esercizio unitario sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Inoltre, superando ciò che essa stessa aveva stabilito nella sent. n. 303 del 2003, ha ritenuto che nel conferire il potere di coordinamento al Ministero dell'economia e delle finanze fosse sufficiente un semplice parere della Conferenza unificata Stato- Regioni- autonomie per assicurare il consenso dei livelli di governo inferiori sul modo di esercizio di tali funzioni⁸. In questa stessa sentenza, tuttavia, la Corte ha circoscritto l'uso del regolamento nei casi in cui si trovi a disciplinare solo funzioni strumentali, senza incidere sulle scelte autonome degli enti.

Anche nella sentenza in epigrafe s'intravede una volontà della Consulta di delimitare il campo di azione del regolamento ricordando che la potestà di coordinamento della finanza pubblica non deve mai realizzarsi mediante norme puntuali in grado di comprimere la possibilità d'intervento degli enti territoriali *sub* statali, anche se poi aggiunge che non solo è legittimo imporre vincoli di spesa alle Regioni "per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva"⁹, ma che ciò è anche incoraggiato da obblighi comunitari.

⁶ Si ricorda il lavoro di A. CONCARO, *Decreto-legge e nuovo titolo V della Costituzione*, in A. SIMONCINI, (a cura di), *La decretazione d'urgenza in Italia. L'emergenza infinità*, EUM, Macerata, 2006, 139 e ss. e quello di D. CHINNI, *op. cit.*, 2.

⁷ Si veda la ricostruzione di A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica come potestà legislativa e come funzione amministrativa (nota alla sentenza n. 376 del 2003 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2004, 763 e ss.

⁸ Nella sent. n. 303 del 2003 e poi nella successiva sent. n. 6 del 2004 la Corte condizionava l'esercizio accentrato di funzioni amministrative, anche in materie sottratte alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, alla previsione di procedure che, mediante una "intesa forte", garantissero la partecipazione degli enti *sub*-statali alla decisione.

⁹ Punto 12.3 del Considerato in diritto.

La Consulta, però, non è convinta della forza persuasiva di tale argomento e si rende conto che non è questa la strada per salvare dalla pronuncia d'illegittimità l'intervento puntuale ed esaustivo del Ministro dell'economia in tema di contratti derivati. E per contenere gli effetti di un'allegria finanza regionale, ha a disposizione un'unica soluzione, quella di dimostrare che la materia dei prodotti derivati rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato e che, di conseguenza, il regolamento statale rientra nelle previsioni dell'art. 117, comma 6 Cost. Questa argomentazione era già stata sostenuta nella sent. n. 425 del 2004¹⁰, che rappresenta, dunque, il precedente cui fare riferimento.

A questo fine escogita l'*escamotage* di far rientrare tale materia non più nel solo coordinamento della finanza pubblica, ma anche nella tutela del risparmio e dei mercati finanziari e nell'ordinamento civile, che sono a tutti gli effetti materie di competenza esclusiva dello Stato. Il principio di prevalenza rende possibile l'avocazione della materia derivati finanziari alla potestà esclusiva statale, anche se questa interpretazione desta qualche perplessità, soprattutto se si pensa che in questo modo verrebbe meno ogni finalità di autonomia regionale, che costituisce la ragion d'essere del nuovo Titolo V della Costituzione. Proprio su tale principio, però, autorevoli studiosi si sono soffermati criticamente, ricordandone l'intrinseca discrezionalità e indicandolo come strumento troppo spesso favorevole allo Stato e raramente alle Regioni¹¹.

Lascia sempre interdetti l'uso di un principio che si basa su argomentazioni quantitative: in questo caso poiché la materia dei derivati si ricollega non solo al coordinamento della finanza pubblica, ma anche a quello della tutela del risparmio e dei mercati finanziari¹² e alla materia dell'ordinamento civile- entrambe competenze legislative esclusive dello Stato- per un principio aritmetico la competenza statale attrae anche quella concorrente. E' proprio qui la parte più debole delle motivazioni della Corte.

Anche a voler seguire questo ragionamento, si resta scettici di fronte al tentativo della Consulta di ricondurre la questione concreta, oggetto della questione di costituzionalità, nella materia "tutela del risparmio e mercati finanziari". L'oggetto della discussione non è, infatti, la disciplina del mercato mobiliare, né la tutela dei singoli risparmiatori, che rientrano senza dubbio nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma la materia "finanza pubblica", che rientra in quella concorrente. La vera questione riguarda l'opportunità o meno che le Regioni possano stipulare contratti di derivati e non è rilevante a questo proposito il fatto che tale mercato non sia più gestito da soggetti pubblici.

Se avesse dichiarato incostituzionale l'art. 62, comma 3 del decreto poi convertito in legge per violazione dell'art. 117, comma 6, non essendo consentita l'emanazione di un regolamento statale in materia di competenza concorrente, si sarebbe risparmiata l'onere di dover collocare la materia dei

¹⁰ Menziona brevemente il problema M. BARBERO, *Golden rule: "non è tutto oro quel che luccica"!*, in *Le Regioni*, 2005, 675 e ss.

¹¹ R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 2009, 619 che ricorda come tale criterio possa essere interpretato come una rielaborazione dell'interesse nazionale. L'A. sembra inoltre confermare la tendenza all'attrazione delle materie verso una competenza esclusiva statale. Si veda anche G. DI COSIMO, *C'erano una volta le materie residuali*, in *Forum di quaderni costituzionali*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2010, che elenca i rari casi in cui il principio ha favorito le Regioni.

¹² [Punto 12.1 del Considerato in diritto.](#)

derivati in una competenza legislativa esclusiva dello Stato e avrebbe rafforzato il potere statale anche nell'ambito della competenza concorrente: per meglio dire, sacrificando all'altare dell'incostituzionalità la norma che rinvia al regolamento del Ministro dell'economia, la Corte avrebbe però rafforzato la convinzione che- pur in presenza di una materia concorrente- lo Stato può imporre con legge dei limiti stringenti alle Regioni in tema di finanza pubblica.

Sarebbe bastato fare leva sulle ragioni di coordinamento finanziario, (che pure sono presenti al punto 12.3 del Considerato in diritto), ricordando come il legislatore statale possa legittimamente imporre alle Regioni vincoli alle politiche di bilancio – anche se questi ultimi, indirettamente, vengono a incidere sull'autonomia regionale di spesa – per ragioni di coordinamento finanziario, quando deve prevalere l'esigenza di salvaguardare, proprio attraverso il contenimento della spesa corrente, l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva ai fini di perseguire obiettivi nazionali e anche al fine del rispetto dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, i quali impongono l'obbligo di rispettare un determinato equilibrio complessivo del bilancio nazionale, «secondo quanto precisato dalla risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997, relativa “al patto di stabilità e di crescita”»¹³.

La stessa Corte, in linea con le sue precedenti sentenze, anche in questa decisione ha voluto sottolineare che il legislatore statale ha la facoltà di adottare norme puntuali ai fini dell'attività di coordinamento finanziario che “per sua natura eccede la possibilità d'intervento dei livelli territoriali sub-statali”¹⁴. In qualche modo, dunque, la strada più semplice era già tracciata e la Corte, rinunciando a incasellare la materia dei derivati nella competenza esclusiva dello Stato, avrebbe anche evitato di ricorrere al sempre criticato principio della prevalenza e avrebbe risolto la controversia semplicemente affermando con vigore che in nessun caso la politica finanziaria delle Regioni deve mettere in pericolo la stabilità dello Stato.

Ben più chiare ed efficaci sono invece le argomentazioni della Corte riguardo alla disciplina transitoria prevista dal decreto legge e poi dall'art. 62, comma 6 della legge di conversione, che impone il divieto di ricorrere ai prodotti finanziari derivati fino all'entrata in vigore del decreto e comunque per un periodo minimo di un anno. Entrambe le Regioni avevano censurato tale articolo per violazione dell'art. 119, u. c. Cost., perché non consentirebbe alle Regioni stesse di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese d'investimento e allo stesso tempo dilazionerebbe, senza alcun limite, la possibilità di stipulare contratti di derivati.

La Consulta dichiara la questione non fondata ricordando anche di avere già espresso il suo orientamento nella sent. n. 425 del 2004, nella quale si era soffermata sulla distinzione tra <<indebitamento>> e <<investimento>>, sostenendo che la disciplina statale è chiamata a interpretare di volta in volta le due nozioni perché è del tutto comprensibile in questo campo, che pure appartiene alla materia economica, una certa discrezionalità politica da parte del legislatore¹⁵.

¹³ Sent. n. 267 del 2006.

¹⁴ Sent. nn. 237 del 2009 e 417 del 2005.

¹⁵ Sent. n. 425 del 2004, punto 6 del Considerato in diritto.

Il significato dei due termini non è, infatti, meramente contabile ed è influenzato da scelte politiche sia ispirate ai criteri adottati in sede europea ai fini del controllo dei disavanzi pubblici, sia da scelte politiche statali finalizzate al rispetto del patto di stabilità interno. I vincoli statali per essere efficaci e vincolanti devono essere uniformi, sicché le Regioni sono chiamate a rispettare la disciplina statale.

Detto ciò, non sussistono molti dubbi circa il fatto che la stipulazione dei contratti di derivati difficilmente può considerarsi investimento, data la loro natura altamente rischiosa, in grado di mettere a repentaglio l'equilibrio della finanza locale e regionale.

Quel che va segnalato è, dunque, un ritorno alla centralità statale e anche sovranazionale che limita l'autonomia regionale e che impone un modello difficilmente compatibile con un'interpretazione letterale del titolo V.

Non è certo la prima volta che si torna a parlare di ripristino implicito della clausola dell'"interesse nazionale", né dell'imposizione di "vincoli comunitari alle finanze pubbliche nazionali (volte) a imporre ... regole uniformi per tutti gli enti territoriali ed a condizionarne la formulazione concreta"¹⁶, tuttavia è sempre più palese che non si è ancora nemmeno elaborato un serio modello di federalismo fiscale che tenga conto di queste difficoltà oggettive.

La sentenza n. 52 del 2010 si presta anche a un'altra riflessione qui appena accennata. Ogni volta che le Regioni stipulano contratti ad alto rischio come quelli di derivati finanziari, si rischia di assistere a una deformazione della responsabilità politica. Gli effetti negativi e le ricadute economiche di queste scelte non sono valutabili nell'arco di una legislatura, poiché la struttura di questi strumenti finanziari prevede che ne siano procrastinati nel tempo gli effetti. Mediante strumenti finanziari derivati la maggioranza regionale si trova, infatti, a disporre nell'immediato di un capitale che consente una politica meno restrittiva, in grado di impegnare risorse economiche e di perseguire un indirizzo politico più impegnativo e propositivo, che in teoria dovrebbe essere valutato positivamente dagli elettori. Tuttavia l'onere di quelle scelte spesso ricade sulle maggioranze successive, oberate di debiti e quindi con minori capacità di realizzazione del proprio indirizzo politico.

È perciò anche al fine di evitare questo scenario e in nome della necessità di una decisione centrale unica che garantisca interessi su scala nazionale che il legislatore statale ha deciso di avocare a sé l'intera materia e soprattutto di prevedere un divieto temporale di stipulazione di tali contratti.

Va anche sottolineato lo sforzo della Corte costituzionale, che, se ha tentato di "forzare" la lettura del titolo V, ricorrendo ad un'originale interpretazione della "*supremacy clause*" statunitense, lo ha fatto perché il rischio di una finanza allegra da parte delle Regioni e degli enti locali è purtroppo assai diffuso e frequente negli ultimi tempi. Pertanto, pur assumendosene tutti i rischi, si è trovata a dover supplire la mancanza totale di un vero meccanismo di raccordo tra Stato e le Regioni, elaborato non da un organo tecnico, ma da un organo politico, nel quale un dibattito pubblico di rilievo nazionale possa finalmente

¹⁶ Così M. Barbero, *Golden rule: "Non è tutto oro quel che luccica"!* (Nota a Corte Cost. n. 425/2004), in *Le Regioni*, 2005, 676.

sollevare il problema della sempre minore autonomia delle Regioni in merito alle decisioni finanziarie e anche dei necessari vincoli posti dagli organi statali centrali, presenti anche nei sistemi federali più avanzati.

Probabilmente solo un Senato federale potrà assolvere questo compito, sollevando la Corte da decisioni così tormentate, sebbene coraggiose, se viste in un'ottica di tutela della finanza pubblica.