

STUDIO GHIDINI, GIRINO & ASSOCIATI

FERRI DEL MESTIERE

Ecco un altro capitolo nella saga sui contratti derivati degli enti locali

A chi bolla il tormentone dei derivati pubblici come un fenomeno meramente elusivo dei vincoli di bilancio va rammentato che fu la Finanziaria 2002 a legittimare gli enti locali a sottoscrivere derivati per la copertura del rischio di tasso o di cambio insito nelle loro esposizioni derivanti dall'emissione di titoli di debito a lunga scadenza. Sul tutto però risuonò la seducente sirena dell'up-front, ossia quella somma liquida che, quando il derivato va in perdita, la banca eroga al cliente a fronte di una rimodulazione peggiorativa delle condizioni originarie. Peggioramento equo e legittimo se volto a riequilibrare la posizione debitoria, non altrettanto se proteso ad aggravarla. Nel caso dei derivati pubblici il meccanismo venne spesso attivato già alla firma: questo consentiva alla giunta di turno di incamerare una liquidità immediata a prezzo di una salata modifica delle condizioni ottimali di partenza. Complice la crisi, gli enti territoriali si resero ben presto conto che lo stratagemma aveva nel tempo un costo pesantissimo. Fu così che nel 2008 il legislatore congelò le nuove stipulazioni che un brillante decreto del 2009 avrebbe dovuto sbloccare: nulla di fatto però, perché a tre anni e mezzo dalla sua approvazione il decreto attende ancora di essere pubblicato. Nel frattempo però i derivati esistenti camminano e generano perdite

crescenti. Motivo per cui molti enti territoriali hanno pensato di liberarsene attivando la procedura di autotutela, che consente all'ente, a date condizioni, di porre nel nulla il processo che ha condotto alla stipulazione. Si assiste così a un'affannosa rincorsa giurisprudenziale, volta a chiarire contorni e limiti del legittimo esercizio di tale potere. In un primo momento il Consiglio di Stato (sentenza 5032/11) ha riconosciuto la legittimità dell'esercizio di tale potere qualora nella stipulazione del contratto l'ente non sia stato in grado di svolgere una corretta valutazione sulla convenienza economica del derivato, e ciò in ossequio ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento che governano l'operato pubblico. Lo stesso Consiglio però muterà di avviso quando, disposta una nuova consulenza tecnica, dedurrà, con motivazione assai discutibile, che in realtà la convenienza c'era. A raffreddar gli spiriti arriva poi il Tar Toscana (263/13) che limita temporalmente, senza darne alcuna plausibile giustificazione, il legittimo esercizio dell'autotutela nei tre anni dalla stipulazione. Un nuovo tassello della vicenda è ora rappresentato dalla pronuncia del Tar Piemonte (343/13) che, ribadendo un principio già espresso in passato, ha ritenuto che nelle controversie sul legittimo esercizio del potere di autotutela sussiste la giurisdizione del giudice ammi-

nistrativo solo se il provvedimento si appunta su vizi procedurali dell'assunzione della delibera autorizzativa, restando alla cognizione del giudice ordinario vizi genetici o funzionali, come quelli relativi alla violazione degli obblighi informativi pre-contrattuali o a inadempimenti del contratto. Ciò detto, il Tar ritiene che la competenza ad autorizzare la stipulazione di un derivato, dato l'impegno di spesa pubblica, spetti in via esclusiva al consiglio comunale e che, come da prassi comunitaria in tema di appalti, l'ente avrebbe comunque dovuto bandire una gara invitando almeno cinque intermediari. Un semplice vizio in tale processo può far saltare il contratto. Pur non offrendo particolari motivazioni, la Corte piemontese ha ritenuto non irragionevole il termine di nove anni entro cui era stato esercitato il potere d'ufficio. Il quadro insomma è sempre più fragile e incerto e anche la tempistica oscilla pericolosamente da un estremo all'altro. Il rischio è che si faccia di tuttata l'erba un fascio, permettendo a entrambi gli attori l'innescare di liti cavillose. Un'accurata due diligence sui contratti in essere si renderebbe quanto mai urgente, sia per gli enti che per le banche, onde evitare imprevedibili sorprese. (riproduzione riservata).

Roberto Pavia
pavia@ghidini-associati.it