

CERIMONIA DI INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO
2013

*RELAZIONE SCRITTA DEL PROCURATORE GENERALE
SALVATORE NOTTOLA*

Adunanza delle SS.RR. del 5 febbraio 2013
Presidente Luigi Giampaolino

ecc.), tanto da manifestare un'oggettiva inutilità rispetto alle finalità perseguite dall'Amministrazione appaltante.

La sentenza si segnala per il fatto di avere ripartito la responsabilità del danno accertato - costituito dal "*quanti minoris*" sul pagamento dei relativi lavori - tra il direttore dei lavori ed il responsabile unico del procedimento (RUP), che cumula tutti gli adempimenti necessari acciocché, dalla progettazione preliminare al collaudo dell'opera, tutte le fasi del procedimento si svolgano, non solo nel rispetto della legalità ma anche dei compiti specifici di tale figura delineati dalla normativa di settore.

c) - Gestione fondi e patrimonio pubblico, uso strumenti finanziari

- I giudizi di conto (V.P.G. Cinthia Pinotti)

Nell'ambito della vasta fenomenologia degli illeciti produttivi di danno erariale, rientranti nell'ampia casistica dell'attività contrattuale, un settore d'indagine delle Procure Regionali particolarmente critico e delicato è costituito dal danno erariale conseguente ai riflessi negativi derivanti dalla stipulazione di contratti in strumenti finanziari derivati.

Come noto, trattasi di una particolare categoria di strumenti finanziari che servono a gestire l'esposizione a rischi di mercato o di credito che un ente centrale o territoriale assume in relazione alla

propria attività.

Numerose Regioni, Province, Comuni, specie di grandi dimensioni, a partire dal 1996 (in virtù della legge 539 del 1995 che consentiva agli enti di effettuare operazioni di swap sui tassi di cambio) hanno iniziato a far ricorso a questo strumento per operazioni di ristrutturazione dell'indebitamento o per contrarre nuovi debiti.

Lo strumento ha assunto poi massiccia diffusione dal 2003 in poi in virtù della legge finanziaria per il 2002 (art. 41 comma 1) che ha dettato una disciplina organica per la conclusione di contratti derivati da parte degli enti territoriali, stabilendone condizioni e presupposti, disciplina cui hanno fatto seguito altre normative di settore più riduttive⁷².

Le insidie sottese alla stipulazione dei contratti derivati sono

⁷² Sulla base anche degli apporti derivanti dall'indagine conoscitiva avviata dalla Commissione finanze della Camera nel 2004 le leggi finanziarie 2007, 2008 e 2009 hanno imposto regole più rigorose nell'utilizzo dei derivati. In particolare, la legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) ha previsto che i contratti prima della sottoscrizione debbano essere comunicati al Dipartimento del tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze il quale deve verificarne la conformità alla normativa vigente e, ove ravvisi violazioni, deve informare la Corte dei Conti affinché possa intervenire in virtù delle proprie competenze. In ossequio al principio della trasparenza, inoltre, gli enti locali debbono trimestralmente fornire allo stesso ministero l'elenco delle operazioni effettuate nonché i dati relativi all'utilizzo del credito bancario a breve termine, ai mutui accesi presso soggetti esterni alla Pubblica Amministrazione, alle emissioni obbligazionarie e alle cartolarizzazioni. I criteri e gli obiettivi del legislatore della finanziaria 2007 sono stati condivisi anche nella finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) nella quale è stata maggiormente definita la necessità che le modalità contrattuali siano chiare e che esse vengano espressamente dichiarate in una nota allegata al bilancio. Con la legge finanziaria del 2009 la normativa precedente è stata ulteriormente modificata ed integrata, rimettendo ad uno specifico Regolamento del MEF l'individuazione delle tipologie di derivati consentiti, nonché le condizioni di rischio che possono essere assunte dagli Enti locali. Il mancato rispetto delle disposizioni regolamentari e l'assenza in contratto di una specifica attestazione della conoscenza dei rischi, vengono sanzionati con la nullità del contratto stesso. Vengono inoltre accentuati i controlli della Corte dei Conti e vengono ampiamente estesi gli obblighi informativi e di trasparenza.

molteplici. Come rilevato dalla CONSOB, (vedi indagini conoscitive del 2004 e del 2009) le operazioni di rinegoziazione dei derivati prevedono già in partenza condizioni di sfavore per gli enti o implicano l'assunzione di rischi aggiuntivi che fanno sì che la probabilità che gli enti stessi possano effettivamente beneficiare di tali contratti in termini di protezione dal rischio di tasso d'interesse si presenti come assai remota.

Per questi motivi la normativa si è mossa nel senso di assicurare maggiore trasparenza contrattuale dell'operazione attraverso l'illustrazione di scenari di probabilità. Tuttavia le difficoltà dell'approccio normativo alla materia sono talmente elevate che ad oggi ancora non è stato adottato (se non in bozza) il regolamento del MEF previsto dalla finanziaria 2009 in materia di contratti derivati stipulati da Regioni ed enti locali.

L'utilizzo della finanza derivata concerne anche le amministrazioni centrali dello Stato che dagli anni 90 hanno fatto ampio ricorso a detti strumenti con possibili ripercussioni sui conti pubblici stante la natura di "debito sommerso" che i rischi collegati alla stipulazione dei contratti vengono ad assumere a tutti gli effetti.

L'entità in termini economico/finanziari del fenomeno appare evidente. Nel corso del 2012 l'Italia ha chiuso un debito derivato contratto con la Morgan Stanley (contratto stipulato nel 1994) con

una perdita di 2,6 miliardi di euro.

In risposta ad una interpellanza presentata sulla vicenda si è appreso che “alla data del 6 aprile 2012 il nozionale complessivo di strumenti derivati a copertura di debito emessi dalla Repubblica italiana ammonta a circa 160 miliardi di euro, a fronte di titoli in circolazione, al 31 gennaio 2012, per 1.624 miliardi di euro. “Degli strumenti derivati in essere circa 100 miliardi sono *interest rate swap*, 36 miliardi *cross currency swap*, 20 *swap ion* e 3,5 miliardi degli *swap ex ISPA*”.

Malgrado i chiarimenti non è ancora dato sapere ad oggi quanti dei contratti in essere prevedano delle clausole di estinzione anticipata (Additional Termination Event) come quella presente nel contratto con la Morgan Stanley.

Esigenze di trasparenza ed affidabilità dei conti pubblici, anche al fine di evitare fenomeni speculativi da parte della finanza internazionale, renderebbero opportuna la conoscenza di detto dato, specie alla luce degli importanti principi richiamati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 70 del 2012 in cui, proprio con riferimento alla mancata previsione di copertura finanziaria di oneri imprevisti derivanti da contratti derivati stipulati dalla Regione Campania, la Corte ha affermato che “*Questa Corte – sia pure con riguardo a fattispecie diversa – ha avuto modo di affermare (sentenza n. 52*

del 2010) che l'art. 62 dell'evocato decreto-legge ha, tra l'altro, la finalità di garantire che le modalità di accesso ai contratti derivati da parte delle Regioni e degli enti locali siano accompagnate da cautele in grado di prevenire l'accollo da parte degli enti pubblici di oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione. Ciò in considerazione della natura di questa tipologia di contratti, aventi caratteristiche fortemente aleatorie, tanto più per le finanze di un'amministrazione pubblica. In definitiva, proprio le peculiari caratteristiche di tali strumenti hanno indotto il legislatore statale a prevedere, limitatamente alle contrattazioni in cui siano parte le Regioni e gli enti locali, una specifica normativa non solo per l'accesso al relativo mercato mobiliare, ma anche per la loro gestione e rinegoziazione, che presentano, parimenti, ampi profili di spiccata aleatorietà in grado di pregiudicare il complesso «delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività» (sentenza n. 52 del 2010). La censura proposta dall'Avvocatura generale dello Stato si fonda proprio sul mancato adempimento sostanziale dei precetti contenuti nella norma interposta poiché la sintetica compilazione regionale non è idonea ad assolverne le finalità di ridurre – attraverso precise ed aggiornate informazioni sulla storia, sullo stato e sugli sviluppi di tali tipologie negoziali – i rischi connessi alla gestione e alla rinegoziazione e prevenire e ridurre gli effetti negativi che possono essere

prodotti da clausole contrattuali già vigenti e da altre eventualmente inserite nelle successive transazioni novative. La norma, nel disporre che “Gli enti di cui al comma 2 allegano al bilancio di previsione e al bilancio consuntivo una nota informativa che evidenzi gli oneri e gli impegni finanziari, rispettivamente stimati e sostenuti, derivanti da contratti relativi a strumenti finanziari derivati o da contratti di finanziamento che includono una componente derivata”, non si limita a richiedere un’indicazione sommaria e sintetica dei derivati stipulati dall’ente pubblico, ma pretende l’analitica definizione degli oneri già affrontati e la stima di quelli sopravvenienti sulla base delle clausole matematiche in concreto adottate con riferimento all’andamento dei mercati finanziari”.

Ciò premesso in linea generale, è comprensibile come il contenzioso tra enti/amministrazioni pubbliche da un lato e banche dall’altro, in materia di contratti derivati abbia principalmente interessato il giudice ordinario (penale e civile) e il giudice amministrativo, e solo in via residuale, e con grandi difficoltà applicative, la Corte dei conti nell’esercizio della funzione giurisdizionale di responsabilità. Il giudice penale, ha perseguito in diverse fattispecie a titolo di truffa aggravata la condotta di funzionari di banca che hanno venduto derivati ad enti locali prospettandone la vantaggiosità in danno dell’ente. Il giudice civile è giunto ad affermare che la carenza di una causa legittima rende nullo

il contratto di swap⁷³, il giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sentenza n. 5032 del 7 settembre 2011) ha ritenuto legittima la decisione di una Provincia di annullare nell'esercizio del potere di autotutela operazioni in strumenti finanziari derivati (nel riconoscere la liceità dell'annullamento in autotutela dei derivati da parte della Provincia di Pisa, il Consiglio di Stato ha posto l'evidenza sulla presenza di costi impliciti al momento della stipula dei contratti che non hanno permesso all'ente di valutare in concreto la convenienza economica delle operazioni).

I precedenti giurisprudenziali soprarichiamati apparentemente chiari nel delineare il confine tra contratto valido ed

⁷³ Il principio è stato affermato dal tribunale di Orvieto in una articolata pronuncia del 12 aprile 2012 resa in sede di reclamo ex art. 669 cp.p.c. avverso il provvedimento con cui in via cautelare era stato sospeso l'addebito di differenziali negativi connessi ad operazioni del tipo interest rate swap stipulate da un Comune. Nella pronuncia che conferma il provvedimento cautelare il giudice tra l'altro osserva che: "perché sia garantito un sano equilibrio tra le posizioni dei due contraenti, è indispensabile che lo scambio di flussi legato al differenziale tra i due rispettivi tassi di interesse, al momento della stipula dell'operazione, sia pari a zero, "altrimenti il contratto partirà squilibrato a favore di uno dei due contraenti, evidenziando una possibile patologia della fattispecie negoziale".

Il principio era già stato affermato in importanti pronunce dei giudici di merito, fra cui il Tribunale di Milano, sentenza del 14 aprile 2011, in cui si erano ritenuti nulli per carenza di causa i contratti di swap sottoscritti da enti locali che alla data della sottoscrizione presentavano un valore di mercato (Mark to market) negativo non compensato mediante l'erogazione da parte della banca di un corrispondente premio di liquidità.

Innovativo ed assai interessante per i suoi possibili riflessi sulla giurisdizione contabile, il passaggio della pronuncia del Tribunale di Orvieto, in cui si osserva che: "l'attività di rinegoziazione di uno swap "costituisce di per sé una deviazione dalla normale operatività in derivati che un ente pubblico può compiere in ossequio alle esigenze di copertura del debito". Secondo tale prospettazione, non può essere consentito ad un Comune, al fine di scongiurare l'imminente addebito di differenziali negativi, di ristrutturare il derivato accettando nell'immediato di incamerare liquidità ma al contempo accollandosi un nuovo derivato dal valore già negativo, spostando solo più in là nel tempo il rischio di andare incontro a flussi di cassa negativi. Tutto ciò non rientrerebbe nelle finalità conservative commesse all'attività finanziaria di un ente pubblico ma sfocerebbe, nella sostanza, in un'operazione negoziale non già di copertura bensì dal significato intrinsecamente aleatorio.

Altra importante sentenza è quella resa dal Tribunale di Milano in data 19 dicembre 2012 che ha condannato Depfa Bank PLC, Deutsche Bank AG, JP Morgan Chase Bank N.A. e UBS Limited in favore del Comune di Milano (il giudice ha dichiarato colpevoli i manager coinvolti nella vendita dei prodotti derivati al Comune di Milano disponendo la confisca del profitto dei reati per un totale di 88 milioni di euro).

invalido, pur di grande importanza dal punto di vista ricostruttivo, non sono integralmente applicabili ai giudizi in materia di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, atteso che negli stessi non si controverte in tema di validità/invalidità di atti, quanto in termini di liceità/illiceità di condotte poste in essere da amministratori pubblici, con dolo e colpa grave e produttive di danni erariali. Le iniziative sino ad oggi coltivate dalle Procure regionali volte a sanzionare condotte ritenute gravemente colpevoli da parte di amministratori pubblici che abbiano stipulato contratti rivelatisi oltremodo rischiosi e svantaggiosi, non sono state, salvo alcune eccezioni, confermate dalle sezioni giudicanti, e ciò a causa di una serie di fattori, primo fra tutti la difficoltà di giudicare ex ante, e cioè al momento della stipula del contratto, anche mediante il ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio, la sua vantaggiosità o svantaggiosità per l'ente, specie nei casi in cui il contratto sia ancora in esecuzione e non sia possibile prevederne i successivi sviluppi, e ciò sia ai fini dell'accertamento del danno (nella sua attualità) sia ai fini dell'accertamento della colpa grave (prevedibilità del rischio da parte del contraente, dovuta a colpa grave).

Così, la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Umbria, sentenza n. 44 del 9 maggio 2012 ha assolto i componenti di una Giunta municipale che avevano deciso di mutare la struttura del

tasso fisso in tasso variabile, collegato ad un contratto di finanza derivata (del tipo Interest Rate Swap, in sigla IRS, con clausole di Floor e di Cap) sul debito residuo dei mutui a tasso fisso.

La sezione nel respingere la domanda ha rilevato che *“alla peculiarità di ipotesi di danno erariale conseguenti alla stipula, da parte di soggetti pubblici, di contratti in strumenti di finanza derivata è collegata una specifica complessità di accertamento che ha indotto la Sezione, in altri casi, ad avvalersi di consulente tecnico nominato d’ufficio, al quale affidare l’intricata attività - implicante il possesso di specifiche competenze in matematica finanziaria e l’eventuale utilizzo di software’s appositamente predisposti - volta a rendere nota, in modo incontrovertibile, l’esistenza del danno erariale e, soprattutto, il problema della sua attualità”*; nella fattispecie concreta tuttavia l’affermazione di esenzione della responsabilità si è basata sul negligente comportamento della banca contraente che ha sottaciuto nella fase prodromica all’iter decisionale i rischi del contratto: *“così che la condotta dei convenuti non è stata ritenuta affetta da “colpa grave”, proprio in conseguenza “della formazione di una decisione su basi istruttorie incomplete e tali per ragioni non riferibili ai convenuti stessi”*.

Detto percorso argomentativo è seguito anche dalla Corte dei conti, Sezione III centrale d’appello, sentenza n. 364 del 18 maggio 2012 i cui si afferma, sul punto relativo al danno *“pur nelle rilevate*

illegittimità che connotano la procedura di stipula del contratto di finanza derivata, non è dato inferire quoad effectum che dalla sua complessiva esecuzione sia conseguito un danno per le finanze comunali, non essendo dimostrato quel "complessivo aumento degli oneri pagati dal comune per il servizio del debito sottostante all'operazione di finanza derivata" e, in ordine alla colpa grave rileva: "Nella valutazione demandata a questo Collegio, bisogna (per così dire) "mettersi nei panni" dell'ente, al momento del contratto, per chiedersi se questo - stanti le aspettative - era ragionevole e/o economicamente conveniente: non, tuttavia, nell'ottica della convenienza pura e semplice bensì di prudenza e/o di sostenibilità finanziaria (banalmente: era il caso di assumere questo rischio? Quali benefici si sarebbero potuti ricavare nell'ipotesi positiva e quali sacrifici in caso negativo? Entro quali limiti il contratto derivato poteva diventare, per l'ente locale, una scommessa?). Ammesso, poi, che l'operazione fosse stata economicamente conveniente, era sostenibile ex se? Presentava un rischio adeguato con la specifica situazione finanziaria dell'ente? Il rischio stesso era stato apprezzato, in un'ottica di prudenza, da soggetto con specifica competenza in materia finanziaria?"

A diverse conclusioni giunge la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione siciliana, sentenza 2 marzo 2011 in cui l'affermazione di responsabilità si basa più che altro sulla effettuata sovrastima di talune entrate nei bilanci di previsione 2003 e 2004, del

Comune di Catania , condotta che avrebbe reso indispensabile, una volta conclamatasi l'indisponibilità di quelle entrate imprudentemente stimate, il ricorso all'oneroso strumento delle anticipazioni di tesoreria per far fronte alle spese programmate.

L'impiego - necessitato - di questo mezzo di approvvigionamento della provvista finanziaria previsto dall'art. 222 del TUEL ha comportato per il Comune il pagamento, all'allora concessionario del servizio di Tesoreria (Banco di Sicilia S.p.A.), di ingenti somme a titolo di interessi passivi.

L'esame della (peraltro scarsa) giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità derivanti dalla incauta sottoscrizione di contratti derivati, al di fuori dei presupposti di legge da parte degli enti territoriali e amministrazioni pubbliche, dimostra come le difficoltà derivanti dal difficoltoso accertamento del requisito del danno attuale e della colpa grave, potrebbero essere superate ove le azioni di responsabilità prendessero in esame il danno derivante dal mancato ricorso da parte dell'ente a tutti gli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento al fine di eliminare il pregiudizio o diminuirne l'entità, e ciò in base al principio civilistico di cui all'art. 1227 c.c. concorso del fatto colposo del debitore, in base al quale non sono risarcibili i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In altri termini, le notevoli aperture del giudice ordinario (nullità del contratto per mancanza di causa) e soprattutto del giudice amministrativo (legittimità dell'annullamento d'ufficio in via di autotutela del contratto potenzialmente dannoso per l'ente), dovrebbero suggerire agli enti l'adozione doverosa di iniziative volte alla risoluzione di contratti eccessivamente onerosi. In difetto di dette iniziative la condotta degli amministratori potrebbe essere censurata sotto il profilo della colpa grave ove si dimostri che le predette in base ad un giudizio di ragionevole prevedibilità avrebbero avuto notevoli possibilità di essere accolte.

Giudizi di conto.

Il giudizio di conto rappresenta storicamente e per scelta del costituente (art. 103 della Costituzione) una delle materie tradizionalmente sottoposte alla giurisdizione contabile.

Detto giudizio si fonda sul dovere pubblico che grava sui soggetti ai quali è demandata una funzione implicante maneggio di denaro o beni pubblici di rendere conto della correttezza di gestione.

Tale (doveroso) accertamento avviene dinanzi alla Corte dei conti, giudice esclusivo in ragione della sua particolare posizione costituzionale ed ha il carattere di giurisdizione sostanziale ed obiettiva. Come affermato dalla Corte costituzionale, in diverse pronunce, requisito indispensabile del giudizio sul conto è quello