

Luglio 2014

Gli enti locali possono prestare garanzie reali?

Avv. Domenico Gaudiello, partner, DLA Piper

Il tema delle garanzie che un ente locale può rilasciare é sempre di attualità e solleva problemi di particolare rilevanza sistematica.

In generale (e il discorso vale per tutta la pubblica amministrazione), il tema delle garanzie deve essere affrontato avendo sempre a mente il principio di imparzialità e buon andamento fissato nell'articolo 97 della Costituzione.

Questo articolo, come é noto, contiene sullo sfondo il richiamo all'ancor più generale principio di legalità, laddove impone che l'organizzazione e l'attività dei pubblici uffici si svolgano sulla base di quanto previsto dalle disposizioni di legge.

La disciplina delle garanzie che un ente locale può rilasciare si innesta nel contesto dei sopra menzionati principi e deve essere interpretata e applicata nel rispetto dei sopra descritti principi.

In termini operativi, l'ente locale può prestare solo le garanzie espressamente ammesse dalla legge (principio di legalità), osservando la parità di trattamento tra i creditori (principio di imparzialità) senza compromettere la gestione del patrimonio pubblico (principio di buon andamento).

1. Tutto ciò premesso, vediamo dapprima se esiste un novero tipizzato di garanzie rilasciabili dagli enti locali.

La ricerca deve muovere dal d.lgs. n. 267 del 2000, ovvero il Testo Unico degli Enti Locali.

Il Capo III del Titolo IV é rubricato proprio garanzie per mutui e prestiti. I due soli articoli che compongono detto Capo III riguardano rispettivamente la delegazione di pagamento (art. 206) e la fideiussione (art. 207).

Se si escludono le due previsioni qui richiamate, non é dato riscontrare nell'ordinamento degli enti locali (anche in disposizioni diverse dal Testo Unico degli Enti Locali) altre norme riguardanti le garanzie che un ente locale può rilasciare.

Da questo punto di vista una prima conclusione può essere già tratta: gli enti locali possono sicuramente prestare fidejussioni. In particolare, possono rilasciare una fideiussione laddove il debito da garantire sia stato contratto da soggetti terzi (aziende da essi dipendenti, società di capitali costituite ai sensi dell'art. 113 del TUEL) allo scopo di finanziare investimenti, come la realizzazione di opere pubbliche. Possono altresì rilasciare fidejussioni gli enti locali capofila nel contesto di emissioni obbligazionarie realizzate in pool con altri enti.

Fin qui ciò che concerne le garanzie personali ed esattamente le fidejussioni.

2. Discorso meno semplice è quello che riguarda la possibilità per l'ente locale di rilasciare garanzie reali. E, strettamente connesso a questo, è il dubbio circa la natura giuridica della delegazione di pagamento.

Al riguardo possiamo anticipare le conclusioni di questa breve disamina:

- gli enti locali non possono rilasciare garanzie reali, perché, a differenza di quanto previsto per le fidejussioni, non esiste una altrettanto esplicita previsione in tema di garanzie reali;
- la delegazione di pagamento è una garanzia atipica e non ricade nella categoria delle garanzie reali.

Le due conclusioni dianzi anticipate sono strettamente connesse e soprattutto affondano le loro ragioni proprio nell'art. 97 della Costituzione.

Una delle declinazioni concrete del principio di legalità è che gli enti locali come tutte le amministrazioni possono solo operare utilizzando gli strumenti formalmente previsti dall'ordinamento vigente ad essi applicabile.

In assenza di norme che ammettono espressamente il rilascio di garanzie reali, non è pertanto sostenibile che all'ente locale sia consentito costituire alcuna garanzia reale a garanzia di debiti contratti direttamente dall'ente o da terzi soggetti comunque collegati all'ente.

E vi è di più. Dal punto di vista sistematico questa posizione trova diverse importanti conferme.

In via generale, le garanzie reali trovano la loro ragion d'essere nella esigenza del creditore di veder tutelato il proprio credito nei confronti di un debitore cui si applichino procedure concorsuali, in modo da non subire le conseguenze della falciatura fallimentare.

Nel caso di un creditore dell'ente locale, invece, l'esigenza appena richiamata non sussiste. La procedura di dissesto non espone il creditore al rischio di recuperare meno di quanto gli spetta. Il dissesto è una procedura di risanamento, volta a favorire la continuazione dell'ente locale, che è per definizione indefettibile.

Il rilascio di garanzie reali si scontrerebbe però col rispetto del principio di imparzialità che presidia l'agire della pubblica amministrazione. I creditori dell'ente locale sono tutti uguali e l'unico criterio discrezionale tra gli stessi è e resta quello cronologico.

È solo in base al criterio temporale che è possibile differenziare i creditori di un ente locale. Se ci fosse anche un solo creditore munito di un pegno su di un bene (del patrimonio disponibile) dell'ente locale, questo altererebbe il principio di imparzialità compromettendo il buon andamento dell'agere pubblico. Le conseguenze sarebbero ancor peggiori se si volesse ammettere che un ente locale, potendo rilasciare garanzie reali, possa in particolare costituire in pegno una partecipazione detenuta in una società costituita ai sensi dell'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali. Questo implicherebbe che in caso di escussione della garanzia reale da parte del creditore, la partecipazione verrebbe venduta senza rispettare le regole di alienazione dei beni pubblici, che sono imperativamente fissate dalla disciplina di contabilità pubblica. Il che chiaramente è quello che l'ordinamento non desidera.

Il principio di imparzialità viene dunque pregiudicato per il solo fatto che esistono creditori muniti di un titolo preferenziale su di un bene dell'ente.

Ciò è tanto più vero se si pensa che è proprio il Testo Unico degli Enti Locali (art. 159) che nel disciplinare le esecuzioni forzate nei confronti degli enti locali, precisa che l'ente locale può adottare apposite delibere per dichiarare impignorabili le somme necessarie a pagare i dipendenti per i successivi tre mesi, le rate di mutui e prestiti scadenti nel semestre in corso e l'espletamento dei servizi in corso.

A bene vedere l'art. 159 prevede che l'ente può rendere impignorabili le somme in questione con apposita delibera di impignorabilità, da adottarsi per ogni semestre e notificandola al tesoriere.

Se non ci fosse questo articolo, l'ente locale non potrebbe in alcun modo creare vincoli sulle proprie risorse a favore solo di determinati creditori. L'art. 159 fa riferimento a situazioni molto circostanziate e a vincoli di durata della impignorabilità altrettanto precisi. Il tutto a conferma dell'eccezionalità della misura e della assoluta atipicità dello strumento di garanzia (ammesso che garanzia sia il termine giusto) che l'ente può attivare in relazione ai pagamenti dovuti ai dipendenti, ai mutuanti e per l'espletamento dei servizi indispensabili.

È abbastanza evidente che il vincolo di impignorabilità, per quanto ponga in una situazione preferenziale le categorie di creditori che ne traggono vantaggio (nei limiti e modi fissati dall'art. 159), non è assolutamente equiparabile ad una garanzia reale. L'impignorabilità deriva da una delibera di giunta dell'ente locale e soprattutto riguarda una categoria indistinta di creditori, non uno specifico creditore.

3. Giungiamo quindi alle previsioni di cui all'art. 206 del Testo Unico degli Enti Locali, in materia di delegazione di pagamento.

In via generale, i pagamenti vengono effettuati dal tesoriere sulla base di appositi mandati di pagamento mediante i quali l'ente autorizza il tesoriere a versare al creditore l'importo fissato nel mandato. Il tesoriere dà seguito ed attuazione ai singoli mandati sulla base del criterio cronologico di emissione dei mandati stessi, onorando l'anzianità del credito.

La delegazione di pagamento così come disciplinata dal citato art. 206, invece, si riferisce al pagamento di più rate (a valere su più esercizi) e dunque coinvolge scadenze future.

Si tratta di uno strumento previsto esclusivamente per la gestione ed il pagamento delle rate di ammortamento di mutui e prestiti.

In tal senso, la delegazione di pagamento va notificata al tesoriere ed impone al tesoriere di pagare direttamente ai creditori, utilizzando le risorse relative alle entrate dei primi tre titoli, l'importo ad essi dovuto come menzionato nella delegazione, al maturare di volta in volta delle scadenze indicate nello stesso atto di delegazione. Il tesoriere dà corso al pagamento della singola rata senza attendere che venga preventivamente emesso apposito mandato di pagamento. Solo nel caso delle delegazioni di pagamento, infatti, il tesoriere dà luogo al pagamento dovuto senza preventiva ricezione del mandato di pagamento da parte dell'ente con riferimento a quello specifico importo.

Come si può evincere, la delegazione di pagamento costituisce un meccanismo organizzativo delle procedure di pagamento di mutui e prestiti cui l'ente locale può ricorrere per assicurare speditezza nell'esecuzione dei pagamenti, senza dover emettere il mandato di pagamento prima di ogni rata.

4. Fin qui le caratteristiche principali della delegazione di pagamento. E quanto sin qui detto non consente in alcun modo di assimilare la delegazione di pagamento ad una garanzia reale.

Il discorso non cambia nemmeno se si intende dare rilievo al fatto che l'art. 206 prevede che la delegazione di pagamento costituisce un titolo esecutivo. A ben vedere, se la delegazione di pagamento costituisce un titolo esecutivo con riferimento alle rate che ne sono oggetto, questo significa solo che il creditore potrà direttamente iniziare l'esecuzione forzata nei confronti dell'ente (nella forma dell'esecuzione presso il tesoriere) e non che le entrate (dei primi tre titoli del bilancio dell'ente locale) corrispondenti agli importi maturati in base alla delegazione siano divenuti di proprietà del creditore una volta che il tesoriere non abbia tempestivamente pagato. La norma non prevede questo meccanismo di appropriazione, che è tipico solo dell'escussione di una garanzia reale. Né tanto meno la disciplina vigente e la prassi in materia ammettono che la delegazione di pagamento consenta una corsia preferenziale al creditore in caso dissesto dell'ente locale.

5. Vi è da dire che in alcune occasioni, il giudice contabile, in sede consultiva, ha offerto alcune prospettive interpretative che sembravano offrire maggior spazio all'utilizzo di garanzie da parte dell'ente locale (si veda la delibera della Corte dei Conti, sez. contr. Regione Lombardia n. 409 del 2013), adombrando anche la costituzione di garanzie reali (si veda la delibera della Corte dei Conti, sez. contr. Regione Lombardia n. 874 del 2010) in un caso isolato (relativo alla necessità di costituire una garanzia reale per il rimborso di un finanziamento contratto per la realizzazione di un'opera prevista da una delibera CIPE). È altrettanto vero però che lo stesso giudice contabile, pur riconoscendo detti spazi di autonomia, non ha mai messo in discussione le ragioni fondamentali per le quali l'ordinamento esclude il rilascio di garanzie reali da parte dell'ente locale.

6. In conclusione: non esistono norme che consentono il rilascio di garanzie reali da parte degli enti locali. Anzi, da più parti il sistema normativo di riferimento conferma la contrarietà a norme imperative delle garanzie reali, perché lesive del principio di imparzialità e di buon andamento. La delegazione di pagamento è una modalità tecnico-contabile per assicurare ora per allora il rimborso delle rate dei mutui e prestiti, prevedendo ora per allora in capo al tesoriere l'obbligo di dar corso ai pagamenti delle singole rate senza attendere il preventivo mandato di pagamento. La sua natura di titolo esecutivo agevola l'esecuzione del credito, senza minimamente alterare la titolarità delle risorse dell'ente locale.