



22 LUGLIO 2020

Cessione del credito da appalto nei
confronti della pubblica
amministrazione e cartolarizzazione:
spunti ricostruttivi

di Simone Castrovinci Zenna

Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa
Università Luiss Guido Carli – Roma



Cessione del credito da appalto nei confronti della pubblica amministrazione e cartolarizzazione: spunti ricostruttivi*

di Simone Castrovinci Zenna

Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa
Università Luiss Guido Carli – Roma

Abstract [It]: Lo studio esamina la disciplina applicabile alla cessione dei crediti derivanti da contratti pubblici e vantati nei confronti di stazioni appaltanti. Il saggio muove dall'analisi della regolamentazione civilistica, per poi ricostruire la complessa normativa speciale che si è stratificata nel tempo, nonché alcune specifiche normative di settore. Infine, viene analizzata in chiave critica la disciplina applicabile alle cessioni dei crediti derivanti da appalti pubblici effettuate nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione.

Abstract [En]: The paper studies the regulation applicable to the assignment of receivables arising from public contracts. The essay starts with the analysis of the relevant provisions set forth by civil law and then examines the special regulations piled up over time. Finally, the study critically analyzes the regulation applicable to the assignment of public procurement receivables in a securitization transaction.

Sommario: 1. Premessa. 2. La disciplina del codice civile e della Contabilità di Stato. 3. La cessione dei crediti di impresa. 4. La cessione dei crediti derivanti da contratti pubblici. 5. Le operazioni di cartolarizzazione. 6. Conclusioni.

1. Premessa

1.1 La disciplina relativa alla cessione dei crediti vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni è il risultato di numerose disposizioni normative che si sono succedute nel tempo e che, per mere ragioni di sintesi, possono raggrupparsi in due 'insiemi' normativi:

- (a) disciplina 'generale' della cessione del credito, la quale trova come referenti normativi il Codice Civile (artt. 1260 ss.) nonché gli artt. 69 e 70 del R.D. 2440/1923;
- (b) la disciplina relativa alla cessione dei crediti derivanti da contratti di appalto pubblico, che trova la propria disciplina nelle disposizioni regolanti il settore della contrattualistica pubblica che si sono di volta in volta succedute nel tempo e in particolare: l'art. 9 dell'allegato E alla L. 2248/1865; l'art. 70, comma 3 del R.D. 2440/1923; l'art. 26, comma 5, della L. 104/1994 e l'art. 115 del D.P.R. 554/1999; l'art. 117 del D.Lgs. 163/2006; l'art. 106, comma 13, del D.Lgs. 50/2016 (di seguito, anche il "Codice dei contratti pubblici" o il "Codice").

* Articolo sottoposto a referaggio.

In aggiunta ai predetti gruppi normativi, occorre dare atto altresì:

- della L. 52/1991, che regola la cessione dei crediti d'impresa;
- della normativa in materia di certificazione dei crediti, volta a semplificare e a rendere più agevole, tra l'altro, la cessione di talune tipologie di crediti (tra cui quelli derivanti da contratti pubblici di appalto¹) mediante l'utilizzo di una specifica piattaforma informatica;
- della specifica disciplina contenuta nella L. 130/1999, dettata per il caso in cui la cessione dei crediti avvenga nell'ambito di una più ampia operazione di cartolarizzazione.

1.2 La linea di separazione tra i vari plessi normativi non è nitidamente tracciata a livello legislativo, con la conseguenza che gli stessi finiscono per lambirsi, intersecarsi e, talora, sovrapporsi, dando vita ad un sistema non scevro da contraddizioni, acute (anche) dai diversi obiettivi sottesi alle varie disposizioni, talora molto risalenti nel tempo.

Si procederà, dunque, ad esaminare i gruppi normativi e talune delle specifiche previsioni precedentemente indicate, al fine di identificare la disciplina risultante dall'intreccio di tali numerose disposizioni.

2. La disciplina del Codice Civile e della Contabilità di Stato

2.1 La disciplina generale (o, potrebbe dirsi, di diritto comune) relativa alla cessione del credito è contenuta negli artt. 1260 ss. del Codice Civile.

La cessione dei crediti si iscrive nel più generale fenomeno della circolazione della ricchezza e si caratterizza, sotto il versante economico, in quanto consente la circolazione di ricchezza futura, mentre il trasferimento dei beni ha ad oggetto ricchezza presente².

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio dal lato attivo, avente lo scopo di regolare le fattispecie nelle quali vengano trasferite (non già cose, bensì) diritti di credito³.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, tale cessione si realizza, in particolare, mediante un contratto talora definito a causa variabile⁴, così da evidenziare le numerose funzioni cui lo stesso può assolvere.

¹ In tal caso, le previsioni in materia di certificazione dei crediti si collegano a quelle raggruppate nella lett. (b), caratterizzandosi per il particolare strumento telematico della certificazione, che agevola la circolazione del credito stesso.

² In termini, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, III ed., Padova, 2015.

³ Corte Cost., 3-7 giugno 2013, n. 131.

⁴ Cass., 3 aprile 2009, n. 8145; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162; Cass., sez. III, 2 aprile 2001, n. 4796. In senso contrario, si registra in dottrina l'opinione di F. GALGANO, *op. cit.*, secondo il quale la cessione del credito non è un contratto a sé stante, ma è l'oggetto di un contratto traslativo di diritto, in quanto la cessione di cui parla l'art. 1260 c.c. rientrerebbe nell'ampia definizione contenuta nell'art. 1376 c.c. (*sub specie* di "trasferimento di un altro diritto") e andrebbe posta sullo stesso piano del trasferimento di un diritto reale: i due casi si diversificherebbero esclusivamente in considerazione dell'oggetto del contratto. In quest'ottica, non ci sarebbe un contratto sottostante alla cessione (l'Autore citato richiama altresì una risalente pronuncia della Cassazione, 23 luglio 1953, n. 2492, in *Giust. Civ.* 1953, 1, p. 2596, nonché Cass. 10

Infatti la cessione del credito potrà, ad esempio, avere una funzione traslativa (così ad esempio nel caso della ‘vendita’ in senso stretto del credito), solutoria (ad esempio nel caso della *datio pro solvendo*, ovvero della cessione di un credito in luogo dell’adempimento ex art. 1198 c.c.), di garanzia (nel qual caso si avrà una garanzia atipica, con una funzione analoga al pegno di crediti o di titoli⁵) ecc.. Inoltre, in base all’art. 1260 c.c. la cessione del credito potrà avvenire a titolo oneroso o anche a titolo gratuito.

Occorre poi osservare che la cessione del credito (specie ove la si ricostruisca muovendo dagli schemi dell’art. 1376 c.c.) è retta dal principio consensualistico, con la conseguenza che il credito passerà (a titolo derivativo⁶) dal patrimonio del cedente a quello del cessionario per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato⁷. Ove, invece, la cessione abbia ad oggetto un credito futuro, il trasferimento si attuerà nel momento in cui il credito viene ad esistenza, analogamente a quanto avviene per la vendita di un bene futuro⁸.

In base a quanto previsto dall’art. 1260 c.c., il creditore può trasferire il suo credito anche senza il consenso del debitore, purché tale credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Secondo il disposto del successivo art. 1264 c.c., la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l’ha accettata ovvero quando gli è stata notificata⁹.

gennaio 2001, n. 280), così come “*non c’è un contratto sottostante al trasferimento della proprietà*” (F. GALGANO, *op. cit.*, il quale conclude tale riflessione affermando che “*la cessione non è un contratto “a causa variabile”, allo stesso modo con cui non si può parlare – e nessuno parla – del trasferimento della proprietà come di un contratto a causa variabile*”). Da tale qualificazione discende altresì che, ove il credito ceduto sia inesistente (ad esempio in quanto nascente da un contratto che, successivamente alla cessione, è dichiarato nullo), dovrà applicarsi la disciplina dell’evizione (relativamente al trasferimento di cose, *cfr.* art. 1483 c.c.). Il cedente, ove la cessione sia a titolo oneroso, dovrà dunque garantire l’esistenza del credito al tempo della cessione (*nomen verum*), così come il venditore deve garantire il compratore dall’evizione; diversamente, ove la cessione sia a titolo gratuito, la garanzia è dovuta, così come nella donazione di cose è dovuta la garanzia per evizione, se espressamente pattuita (art. 1266 c.c.). La responsabilità del cedente, allora, non consentirebbe la prova liberatoria di cui all’art. 1218 c.c., trattandosi di obbligazione di garanzia avente ad oggetto l’assunzione di un rischio (oltre all’opera citata, *cfr.* Cass. 18 dicembre 1987, n. 9428).

⁵ In termini, Cass. 10 gennaio 2001, n. 280.

⁶ Il cessionario, dunque, non potrà acquistare diritti maggiori di quelli spettanti al dante causa (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*), per cui il cessionario risulterà esposto alle stesse eccezioni che il debitore ceduto avrebbe potuto opporre al cedente. Inoltre, ove il debitore ceduto fosse stato a sua volta cedente, potrà opporre al cessionario l’eccezione di compensazione (salvo non abbia accettato la cessione, *vd.* art. 1248, comma 2 c.c.). A ciò si aggiungano i rischi relativi all’inesistenza del credito (nota 4 che precede) ovvero all’inadempimento del debitore ceduto. Tutti questi elementi contribuiscono a rendere meno sicura la cessione del credito.

⁷ Da tale ricostruzione consegue che ove il cedente, in violazione dell’art. 1262 c.c., non consegna al cessionario i documenti probatori del credito, lo stesso risponderà dell’inadempimento di tale obbligazione se per tale ragione il cessionario non avrà potuto riscuotere il credito (Cass., 21 aprile 1983, n. 2747).

⁸ Cass. 17 gennaio 2012, n. 551; Cass., 19 giugno 2001, n. 8333; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1510.

⁹ In giurisprudenza si ritiene che non sia necessaria la notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario (Cass., sez. I, 21 dicembre 2005, n. 28300; Cass. 29 settembre 1999, n. 10788; Cass. 12 maggio 1998, n. 4774). Sul punto *cfr.* P. PERLINGERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja Branca*, 1962, per il quale la notifica non comporta l’adozione delle forme rigorose degli atti processuali, né nel caso dell’art. 1264 c.c., né in quello dell’art. 1265 c.c., ma, ai fini dell’art. 1265 c.c., la diversa forma di comunicazione deve presentare il requisito della data certa che di per sé non è un connotato esclusivo della notifica ex art. 137 c.p.c.. In quest’ottica, la disciplina formale delle notificazioni processuali non si può considerare come disciplina generale di tutte le notificazioni di diritto civile, le quali possono essere valide ed efficaci

Tale specifica previsione, ove coniugata con il principio consensualistico suesposto, dà vita alla regola in base alla quale la cessione del credito si realizza al momento stesso della cessione (principio consensualistico), ma è efficace nei confronti del debitore ceduto solo dal momento in cui è stata a questo notificata o è stata da questo accettata. Fino a quel momento, il debitore si libererà adempiendo nei confronti del cedente, salvo che il cessionario non provi che il cedente era comunque a conoscenza della cessione.

Dalle disposizioni sopra citate e, in generale, dalla disciplina della cessione del credito contenuta nel Codice Civile si è quindi desunta la vigenza di un generale principio di libera cedibilità del credito, in base al quale ogni credito può formare oggetto di cessione, salvo i limitati e specifici casi di esclusione previsti dalla legge, dalle parti o derivanti dalla natura personale del credito stesso (secondo quanto previsto dall'art. 1260 c.c.)¹⁰.

Nel contesto del Codice Civile, dunque, ai fini della cessione, intercorrente tra il creditore (cedente) e il terzo (cessionario): (a) non è previsto alcuno specifico requisito di forma; (b) non è necessaria l'accettazione del debitore ceduto; (c) la notifica e l'accettazione di cui all'art. 1264 c.c. (che non incidono sulla validità del negozio, ex art. 1260 c.c.) non richiedono particolari requisiti di forma¹¹ e rilevano quali condizioni perché la cessione divenga efficace (*rectius*, opponibile¹²) rispetto al debitore ceduto e a soggetti terzi.

2.2 Una disciplina parzialmente differente si ha nel caso in cui il debitore ceduto sia (non già un privato, bensì) un soggetto pubblico. Si tratta di una regolamentazione che – ove rapportata a quella contenuta nel Codice Civile – presenta un elemento caratterizzante, rappresentato dalla natura pubblicistica del debitore ceduto.

anche se non effettuate nelle forme di cui all'art. 137 c.p.c., tenuto conto che non si può escludere in via di principio un'attenuazione delle forme notificative in relazione all'interesse tutelato nei singoli istituti, nelle singole norme o assetti negoziali. Osserva pertanto parte della dottrina (G. PASANISI, *Semplificazione della forma della cessione dei crediti certificati e della notifica dopo la legge di conversione del D.L. 66/14: il legislatore è vicino a raggiungere la meta*, Giustamm.it, 8/2014) che sotto tale aspetto “*l'unica differenza tra la norma dell'art. 1264 e quella dell'art. 1265 sta in ciò, che per quest'ultima disposizione la « notifica » deve avere una data certa e tale risultato non si consegue soltanto con la notificazione tramite ufficiale giudiziario, ma anche in altre forme, quali, ad esempio, notifica mediante notaio o raccomandata senza busta, in modo che la scrittura formi un unicum corpus con il foglio sul quale è stato apposto il timbro postale di spedizione*”.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 1261 c.c., in base al quale magistrati, avvocati e notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari dei diritti sui quali è sorta contestazione davanti all'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni; all'art. 447 c.c. che prevede l'incapacità dei crediti alimentari e, in genere, di quelli inerenti ai rapporti di famiglia. Ove, invece, la cessione derivi dal patto tra creditore e debitore, lo stesso non sarà opponibile al cessionario se non si prova che egli lo conosceva al momento della cessione (art. 1260, comma 2 c.c.).

¹¹ Cass. 13 maggio 2014, n. 10335; Cass. 28 gennaio 2014, n. 1770.

¹² Sul punto, *cf.* anche M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1992.

Può peraltro preliminarmente osservarsi che le previsioni in parola sono assai risalenti nel tempo – risultando antecedenti all’emanazione del Codice Civile del 1942 – e si saldano con le puntuali norme che regolamentano i pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni¹³.

Così, il R.D. 2440/1923 (di seguito, per brevità, la “Contabilità di Stato”), specifica che “*le cessioni, le delegazioni, le costituzioni di pegno e gli atti di revoca, rinuncia o modificazione di vincoli devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata, autenticata da notaio*” (art. 69, comma 3, della Contabilità di Stato) e che “*le cessioni, le delegazioni, le costituzioni di pegno, i pignoramenti, i sequestri e le opposizioni relative a somme dovute dallo Stato, nei casi in cui sono ammesse dalle leggi, debbono essere notificate all’amministrazione centrale ovvero all’ente, ufficio o funzionario cui spetta ordinare il pagamento*” (art. 69, comma 1, della Contabilità di Stato).

In base a quanto previsto dal successivo art. 70 della Contabilità di Stato, le cessioni dovranno inoltre indicare il titolo e l’oggetto del credito che si intende cedere (comma 1) e non potranno cedere, con un solo atto, crediti verso amministrazioni diverse (comma 2).

Le previsioni in esame, dunque, prescrivono, a pena di inefficacia¹⁴, che – ove il debitore sia una pubblica amministrazione¹⁵ – la cessione del credito dovrà rivestire specifici requisiti di forma (*i.e.* atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio), di contenuto (art. 70 commi 1 e 3) e andrà notificata all’amministrazione, al fine di consentire una migliore tutela dell’interesse pubblico.

Ove la cessione del credito derivi da un contratto ancora in corso di esecuzione, poi, in base all’art. 9 della L. 2248/1865, Allegato E, sarà necessaria l’adesione dell’amministrazione interessata¹⁶ (su tale previsione si tornerà nel successivo paragrafo 4.1).

Al di fuori delle regole di forma previste dalla Contabilità di Stato (e al netto della previsione di cui al citato art. 9 della L. 2248/1865, Allegato E, di cui si dirà a breve), il contratto di cessione – rispetto al

¹³ Sul punto, per tutti, si rinvia a M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

¹⁴ Cass., sez. trib., 6 marzo 2013, n. 5493; Cass., sez. III, 23 novembre 2000, n. 15153.

¹⁵ Sotto un profilo soggettivo, le previsioni contenute nella Contabilità di Stato, in coerenza con il periodo storico in cui sono state emanate, si riferiscono testualmente alle sole amministrazioni statali. L’art. 69 della Contabilità di Stato, come modificato dalla L. 231/2005, specifica che “*Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica. Alle predette amministrazioni devono intendersi equiparate l’Agenzia del demanio e l’Agenzia per le erogazioni in agricoltura, in considerazione sia della natura delle funzioni svolte, di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato, sia della qualità, relativamente all’Agenzia per le erogazioni in agricoltura, di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea ai sensi del decreto legislativo 27 maggio 1999, n. 165, e successive modificazioni*”. Sussistono, per la verità, taluni dubbi in merito all’effettivo ambito di applicazione di numerose delle disposizioni contenute in tale testo normativo (così come nel relativo regolamento di applicazione, R.D. 827/1924). Così, in giurisprudenza, si è ritenuto che la regolamentazione speciale relativa alla cessione dei crediti vantati nei confronti di una pubblica amministrazione sia applicabile non solo nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ma anche degli altri enti pubblici (*ex multis* Cass., sez. III, 21 settembre 2005, n. 18610; Cass. Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981). Per quanto qui interessa, di recente, Cass., sez. III, 13 dicembre 2019, n. 32788 ha ritenuto che le disposizioni contenute nell’art. 69 della Contabilità di Stato avrebbero natura eccezionale e riguarderebbero la sola amministrazione statale, risultando dunque insuscettibili di applicazione analogica o estensiva con riguardo ad amministrazioni diverse.

¹⁶ Sul punto, O. LANZARA, *Cessione del credito. Factoring*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006.

quale l'Amministrazione (in qualità di debitore ceduto) rimane un soggetto estraneo – soggiace alle ordinarie regole che caratterizzano l'istituto in esame, come fissate nel Codice Civile¹⁷.

3. La cessione dei crediti d'impresa

3.1 A fianco della disciplina generale del Codice Civile, l'ordinamento prevede varie norme speciali dirette a regolare determinate categorie di credito. Così, una speciale disciplina relativa alla cessione dei crediti di impresa è stata introdotta dalla L. 52/1991, la cui disciplina risulta applicabile ove (art. 1 della L. 52/1991):

- 1) la cessione di crediti pecuniari avvenga dietro corrispettivo (risultando dunque ravvisabile una prevalente causa di scambio);
- 2) il cedente rivesta la qualifica di imprenditore (art. 2082 c.c.);
- 3) i crediti ceduti sorgano da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; e
- 4) il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario¹⁸, il cui oggetto sociale prevede l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa o un soggetto, costituito in forma di società di capitali, che effettua l'attività di acquisto di crediti, vantati nei confronti di terzi, da soggetti del gruppo di appartenenza che non siano intermediari finanziari oppure di crediti vantati da terzi nei confronti di soggetti del gruppo di appartenenza.

Per quanto qui interessa¹⁹, la Legge in esame prevede un'apposita regolamentazione per il caso in cui ricorrano i requisiti precedentemente elencati, facendo tuttavia salva l'applicazione del Codice Civile per le cessioni di credito che risultino prive di tali requisiti (art. 1, comma 2, della L. 52/1991).

¹⁷ In termini, Cass. Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981.

¹⁸ Ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi del D. Lgs. 385/1993.

¹⁹ Con riferimento alla disciplina contenuta nella citata L. 52/1991, cfr. G. BERTONE, *La cessione dei crediti d'impresa*, in G. CASSANO (cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche, clausole specifiche, giurisprudenza di riferimento*, Tomo III, Padova, Cedam, 2010; M. VENUTI, *I crediti e le operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codicistico e nel bilancio LAS/IFRS*, in *Riv. soc.*, 2010, 4, 745 ss.; P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994; G. DE NOVA, *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Riv. dir. civile*, 1987; R. CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998, secondo il quale la Legge n. 52/1991 avrebbe "tipizzato il modello italiano di factoring, che si caratterizza per la peculiare natura del credito (d'impresa) e dei soggetti (cedente un imprenditore, cessionario una banca o un intermediario finanziario), per la trasferibilità dei crediti futuri e in massa e per la ricorrente prassi dell'anticipo". Con riferimento al rapporto tra la L. 52/1991 e il factoring, cfr. altresì M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Giuffrè, Milano, 2006; sostengono che quest'ultimo costituisca un contratto atipico, B. INZITARI, *Cessione strumentale dei crediti e finanziamento del fornitore quali funzioni assorbenti la causa di finanziamento*, in *Fall.*, 5/2001, 523 ss. (in giurisprudenza, cfr. Cass., 25 marzo 1999, n. 2821); altri Autori ritengono invece che la L. 52/1991 abbia realizzato una parziale tipizzazione del contratto di factoring: M. COSTANZA, *Contratto di factoring e azioni revocatorie*, in G. TATARANO, *La cessione dei crediti d'impresa*, in *Collana dell'istituto per la promozione della cultura giuridica d'impresa nel Mezzogiorno*, I, Napoli, 1995, pp. 129 ss.; A. NUZZO, *Dal contratto all'impresa: "il factoring"*, in *Riv. soc.*, 1984, I, 954 ss.. Più in generale sul contratto di factoring si rinvia al fondamentale scritto di U. CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 312.

4. La cessione dei crediti derivanti da contratti pubblici

4.1 Nel caso in cui il credito che forma oggetto di cessione sia sorto in occasione di un contratto pubblico – e, dunque, si caratterizzi ulteriormente in quanto nascente da tale specifica fonte – la disciplina applicabile alla cessione si discosta in modo più marcato da quella generale sopra tratteggiata e, in particolare, da quella derivante dal Codice Civile.

Tale disciplina mira, difatti, a coniugare il citato principio civilistico della libera cessione del credito con le peculiari esigenze sottese alla regolare esecuzione dei contratti pubblici, che rendono rilevante (anche) la corretta individuazione del destinatario dei pagamenti dovuti dalla stazione appaltante. Sullo sfondo della disciplina normativa si staglia, infatti, l'interesse pubblico alla regolare esecuzione della prestazione contrattuale, la cui tutela impone di evitare che durante la medesima prestazione possano venir meno le risorse finanziarie del soggetto obbligato verso l'Amministrazione e possa così risultare compromessa la regolare prosecuzione del rapporto²⁰.

Il bilanciamento tra i due principi si è variamente assestato nel tempo, dando vita ad un sistema normativo fortemente stratificato.

Va infatti osservato che già prima dell'emanazione del Codice Civile e della Contabilità di Stato, era presente nell'ordinamento una specifica normativa volta a disciplinare la cessione dei crediti vantati nei confronti di amministrazioni pubbliche e derivanti da contratti pubblici.

Infatti, il citato art. 9 della L. 2248/1865, allegato E, prevede(va) che “*sul prezzo dei contratti in corso non potrà aver effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione se non vi aderisca l'amministrazione interessata*” (in merito all'attuale vigenza di tale previsione, che estenderebbe la necessità dell'adesione dell'Amministrazione a tutti i casi in cui la stessa si riferisca ad un contratto in corso, *vd.* nota 22).

Analogamente, con specifico riferimento ai contratti di appalto di opere pubbliche, l'art. 339 della L. 2248/1865, allegato F, stabiliva²¹ che “*È vietata qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute*”.

La successiva legge di Contabilità di Stato ha, poi, a sua volta dedicato una specifica disciplina alle somme dovute dalle amministrazioni per somministrazioni, forniture e appalti, richiamando, per quanto qui interessa, le previsioni contenute nel citato art. 9 della L. 2248/1865, allegato E²².

²⁰ Cfr. *ex multis* Cass. sez. I, 21 dicembre 2018, n. 33344; Cass. Sez. III, 27 agosto 2014, n. 18339.

²¹ La disposizione in esame è stata abrogata dal D.P.R. 554/1999, ponendo taluni dubbi di compatibilità costituzionale in merito all'idoneità di una norma regolamentare ad abrogare una previgente disposizione di rango sovraordinato. Con riferimento alla portata del citato Regolamento, *vd.* G. DE MARZO, *Commento*, in G. DE MARZO, F. CARINGELLA, L. CARBONE (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2000.

²² In considerazione della successione nel tempo delle predette norme, ci si era interrogati in merito alla vigenza dell'art. 9 della L. 2248/1865, allegato E a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 70 della Contabilità di Stato. In altri termini, ci si era chiesti se l'art. 70 della Contabilità di Stato avesse ristretto la portata del citato art. 9, così limitando la necessità di un'adesione dell'amministrazione pubblica ai soli crediti derivanti dall'esecuzione di contratti di somministrazione, di

Le citate disposizioni, dunque, hanno previsto un maggiore coinvolgimento dell'amministrazione rispetto alla cessione del credito, imponendo un suo consenso (variamente declinato come 'adesione' o 'riconoscimento') rispetto alla cessione stessa. Si tratta, a ben vedere, di un'impostazione che trova il proprio *humus* nella teorica panpubblicistica – dominante all'indomani dell'unità d'Italia e nei primi decenni del '900 – in base alla quale l'interesse pubblico sovrasta ineluttabilmente quello dei privati. Per tali ragioni, viene attribuito all'Amministrazione “*un ampio potere discrezionale e la possibilità di verificare in termini di opportunità se l'atto di disposizione compiuto dall'appaltatore non faccia venire meno i mezzi per garantire l'adempimento della prestazione contrattuale*”²³.

Da qui, l'inefficacia della cessione finché non intervenga un formale atto di assenso dell'Amministrazione, la quale potrebbe rifiutare la cessione nei propri confronti anche per motivi diversi da quelli afferenti alla forma utilizzata per la cessione.

Occorre peraltro osservare che, in considerazione della menzionata *ratio* sottesa alle previsioni in esame, si è ritenuto in giurisprudenza che il regime derogatorio ivi previsto trovi applicazione solo fino a quando il contratto è in corso e termini alla conclusione del rapporto contrattuale²⁴.

In base alle citate previsioni, dunque, ove la cessione del credito: (a) veda come debitrice una Pubblica Amministrazione e (b) riguardi un credito derivante da “*somministrazioni, forniture ed appalti*”, la stessa deve rispettare le formalità di cui al precedente punto 2.2 (nel successivo paragrafo si darà però evidenza della disciplina più recente) e ad essa deve consentire la Pubblica Amministrazione, secondo quanto previsto dalla citata normativa contenuta nell'art. 70 della Contabilità di Stato²⁵.

Il cumulo dei due regimi giuridici deriva dalla constatazione che la disciplina specificamente riferita ai contratti di appalto si colora in termini di specialità rispetto a quella – a sua volta speciale, ove rapportata al Codice Civile – applicabile per i casi in cui il debitore ceduto sia un'amministrazione. Tale ulteriore specificazione rinviene il proprio fondamento nelle peculiari caratteristiche (non già del soggetto debitore, che rimane la pubblica amministrazione, bensì) della fonte da cui origina il credito oggetto di cessione e risulta compatibile con i requisiti di forma previsti, più in generale, dalla Contabilità di Stato.

appalto o di fornitura. Sul punto, la Corte di Cassazione (Cass., sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981) ha evidenziato che, in base alle previsioni contenute negli artt. 14 e 15 delle preleggi, la disciplina di cui all'art. 9 della L. 2248/1865, allegato E dovrebbe ritenersi abrogata per tutti i casi nei quali non è espressamente richiamata dall'art. 70 della Contabilità di Stato.

²³ In questi termini, O. LANZARA, *La cessione, op. cit.*

²⁴ *Ex multis*, Cass., sez. I, 21 dicembre 2018, n. 33344; Cass., sez. I, 8 maggio 2008, n. 11475; Cass., sez. I, 1 febbraio 2007, n. 2209, ove si specifica che, un volta conclusosi il rapporto contrattuale, torna ad applicarsi la regola 'generale' (per tale intendendosi quella derivante dallo statuto generale applicabile alle cessioni del credito vantato verso una pubblica amministrazione), di cui agli artt. 69 del R. D. 2440/1923 e 1264 c.c., secondo cui l'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto postula esclusivamente la notificazione a quest'ultimo. Con riferimento al momento in cui il contratto può ritenersi concluso, si è ritenuto che, in materia di opere pubbliche, il contratto cessa di essere considerato in corso soltanto a seguito dell'espletamento e dell'approvazione del collaudo da parte della pubblica amministrazione.

²⁵ In termini, sia pure sinteticamente, *vd.* Tribunale di Roma, sez. II, 5 dicembre 2019, n.23333

4.2 Un diverso punto di equilibrio tra i due (apparentemente) opposti interessi (*i.e.* pubblico e privato) è stato individuato (prima) con la L. 104/1994 (e il D.P.R. 554/1999) e (poi) con il D.Lgs. 163/2006, oggi sostituito dal Codice dei contratti pubblici. Tali previsioni risentono sicuramente del mutato contesto giuridico e, in particolare, dell'entrata in vigore della Costituzione: ai privilegi dell'Amministrazione, funzionali alla tutela dell'interesse pubblico, si contrappone l'autonomia negoziale dei privati (*ex* art. 41 della Costituzione), che verrebbe (pur indirettamente²⁶) incisa dalla facoltà riservata al debitore pubblico di non accettare la cessione del credito.

Inoltre, la necessità di rendere più celere la cessione dei crediti derivanti da appalti pubblici – che consegue altresì alla sempre maggiore pervasività delle regole in materia di evidenza pubblica – ha giustificato l'introduzione di un termine entro il quale l'amministrazione ceduta può opporsi alla cessione.

L'art. 106, comma 13, del Codice, nel riprendere (in buona parte) le disposizioni previgenti, stabilisce, per quanto qui interessa, che:

- (i) si applicano le disposizioni di cui alla L. 52/1991;
- (ii) ai fini dell'opponibilità alle “*stazioni appaltanti*”²⁷, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici;

²⁶ Vale la pena osservare che le più risalenti impostazioni teoriche (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, 1948), forse maggiormente in linea con l'impostazione teorica cui si è fatto cenno, ritenevano che la cessione del credito non approvata dall'Amministrazione fosse invalida o assolutamente inefficace.

²⁷ Sul punto, occorre evidenziare che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. o) del Codice dei contratti pubblici, rientrano nel *genus* delle stazioni appaltanti:

- 1) le amministrazioni aggiudicatrici, per tali intendendosi (art. 3, comma 1, lett. a)) le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;
- 2) gli enti aggiudicatori, per tali intendendosi, oltre alle amministrazioni aggiudicatrici di cui al punto 1) che precede, anche le imprese pubbliche e i soggetti (diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dalle imprese pubbliche, ma) operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi;
- 3) i soggetti aggiudicatori, che ricomprendono i soggetti di cui a i precedenti punti 1) e 2), nonché i soggetti pubblici o privati assegnatari di specifici fondi per la realizzazione di infrastrutture di rilevanza nazionale;
- 4) gli altri soggetti aggiudicatori, categoria assai ampia e dai contorni sfumati che ricomprende, in via sostanzialmente residuale, tutti i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Diversamente, la nozione di amministrazioni pubbliche è contenuta nel D. Lgs. 165/2001, il cui art. 1, comma 2, stabilisce che “*per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*”.

Pertanto, la nozione di stazione appaltante è più ampia rispetto a quella di amministrazione pubblica, in quanto giunge e ricomprende soggetti (non solo formalmente, ma anche sostanzialmente) privati, i quali possono in ogni caso essere tenuti all'osservanza delle disposizioni in materia di evidenza pubblica contenute nel Codice dei contratti pubblici.

- (iii) le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro 45 giorni dalla notifica della cessione. Rimane in ogni caso fermo il rispetto degli obblighi di tracciabilità dei pagamenti.

La previsione in esame – ancorché con una formulazione meno chiara rispetto a quella contenuta nel previgente D.Lgs. 163/2006²⁸ – individua la disciplina ad oggi applicabile alla cessione dei crediti derivanti da appalti (abbiano essi ad oggetto lavori, servizi e/o forniture)²⁹, concessioni³⁰ e concorsi di progettazione³¹ (di seguito, per maggiore sinteticità espositiva, ci si riferirà ai soli appalti pubblici). A tal fine, viene (parzialmente) differenziato il regime applicabile in considerazione della natura giuridica del soggetto ceduto e, in particolare, in considerazione della sua prossimità rispetto alle pubbliche amministrazioni ‘tradizionali’.

Tale disposizione pone dunque una graduazione della disciplina in materia di cessione del credito in considerazione della natura del debitore ceduto. Presupposto di tale distinzione è l’intensificarsi dell’interesse pubblico man mano che ci si approssima alla categoria ‘tradizionale’ di pubblica amministrazione, come sopra definita.

²⁸ Per completezza, si riporta di seguito la formulazione del previgente art. 117 del D. Lgs. 163/2006: “1. Le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori di cui al presente codice, ivi compresi i concorsi di progettazione e gli incarichi di progettazione. Le cessioni di crediti possono essere effettuate a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l’esercizio dell’attività di acquisto di crediti di impresa. 2. Ai fini dell’opponibilità alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. 3. Le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione”.

²⁹ Ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. ii) del Codice dei contratti pubblici, la nozione di appalti pubblici ricomprende “i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi”.

³⁰ La concessione identifica, nell’ottica del Codice, un contratto a titolo oneroso in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l’esecuzione di lavori o servizi ad uno o più operatori economici, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi oggetto di affidamento (in termini, art. 3, comma 1, lett. uu) e lett. vv).

³¹ In base a quanto stabilito dall’art. 3, comma 1, lett. ddd) del Codice dei contratti pubblici, per concorsi di progettazione si intendono “le procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti, nel settore dell’architettura, dell’ingegneria, del restauro e della tutela dei beni culturali e archeologici, della pianificazione urbanistica e territoriale, paesaggistica, naturalistica, geologica, del verde urbano e del paesaggio forestale agronomico, nonché nel settore della messa in sicurezza e della mitigazione degli impatti idrogeologici ed idraulici e dell’elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi”.

In questo modo, il Legislatore ha differenziato la disciplina della cessione dei crediti verso stazioni appaltanti prevedendo, come criterio generale, l'applicazione della L. 52/1991³², per poi integrare tale regola con ulteriori prescrizioni specificamente dedicate al caso in cui il debitore ceduto sia una stazione appaltante che è una pubblica amministrazione³³. Soltanto queste ultime, dunque, mantengono la possibilità di rifiutare la cessione, anche per ragioni diverse da quelle afferenti alla forma, entro il termine normativamente prescritto.

In tal modo si prende tra l'altro atto del mutato contesto istituzionale, connotato da una varietà di soggetti che gravitano nell'area 'pubblicistica' e, dunque, assai meno omogeneo rispetto al tessuto istituzionale preso in considerazione dalla Contabilità di Stato.

4.3 Quanto ai requisiti richiesti dal Codice dei contratti pubblici, l'art. 106 dello stesso prescrive, in linea generale, che, ove il debito ceduto derivi da un contratto stipulato con una stazione appaltante (ove si valorizzasse la continuità con la precedente disciplina dovrebbe trattarsi altresì di una pubblica amministrazione), la cessione dovrà essere stipulata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e dovrà essere notificata alla stessa³⁴.

³² Mediante il citato richiamo, dunque, si è attribuito rilievo (oltre alla qualifica soggettiva del debitore ceduto e alla natura dei crediti, anche) alle caratteristiche del cessionario, che dovrà rivestire una delle qualifiche soggettive indicate dalla L. 52/1991, prescrivendo altresì che la cessione avvenga a titolo oneroso. In relazione a tale aspetto, l'applicabilità della L. 52/1991 riguarda, come si è accennato, il profilo oggettivo, relativo alla riconduzione del credito derivante da un contratto pubblico nell'ambito dei crediti d'impresa, con la conseguenza che tale disciplina sarà applicabile ai crediti nei confronti di tutte le stazioni appaltanti, in sintonia con quanto previsto dal previgente art. 117 del D.Lgs. 163/2006, e non, quindi, delle sole pubbliche amministrazioni, come invece prevedeva l'art. 26, comma 5, della L. 104/1994 (in termini, A. MANZI, *Cessione dei crediti derivanti dal contratto*, in A. M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. IV - Esecuzione. Settori speciali. Appalti con regimi speciali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019). È particolarmente rilevante evidenziare che l'art. 106 del Codice non contiene più la previsione di cui all'art. 117, comma 1, secondo periodo, del D. Lgs. 163/2006 in base alla quale "le cessioni di crediti possono essere effettuate a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa". In considerazione di tale previsione si riteneva che la cessione fosse consentita esclusivamente nei confronti dei soggetti ivi menzionati; pertanto, poiché tale divieto non è stato più riproposto, in base ad un'interpretazione coerente con l'evoluzione storica delle disposizioni in materia si dovrebbe ritenere ad oggi possibile la cessione anche a favore di soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari (così, A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Tomo II, Giuffrè, Milano, 2018).

³³ In termini, con riferimento al previgente art. 117 del D. Lgs. 163/2006, cfr. S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, II edizione, Giuffrè, 2015.

³⁴ Si noti come il secondo periodo del comma 13 del citato art. 106 del Codice, relativo all'opponibilità della cessione nei confronti delle stazioni appaltanti, prevede che tale opponibilità consegua, tra l'altro, alla notifica "alle amministrazioni debitrice". La differente terminologia utilizzata è foriera di dubbi applicativi, potendosi ritenere che il riferimento tecnico alle (sole) amministrazioni sia il frutto di una imprecisa formulazione (evenienza, peraltro, non rara nel contesto del Codice) e, dunque, che i requisiti di forma e la notifica siano richiesti per ogni ipotesi in cui sia debitrice una stazione appaltante. Senonché, ove si valorizzi (come effettuato nel testo) la continuità con il previgente art. 117 del D. Lgs. 163/2006 e si ritenga l'attuale formulazione il frutto di una non felice trasfusione delle previsioni contenute nella disposizione da ultimo citata, dovrebbe ritenersi che le stazioni appaltante richiamate nella prima parte del secondo periodo dell'art. 106 comma 13 del Codice siano le sole amministrazioni pubbliche (in termini, A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Tomo II, Giuffrè, Milano, 2018).

Nel caso in cui il soggetto debitore sia una stazione appaltante *sub specie* di amministrazione pubblica, oltre ai prescritti requisiti di forma della cessione e alla richiesta notifica, è altresì richiesta una ulteriore forma di coinvolgimento dell'amministrazione che riecheggia – pur allontanandosene in un'ottica di maggiore semplificazione – l'istituto dell'adesione contenuto nell'art. 70 della Contabilità di Stato.

Si tratta della possibilità di rifiutare la cessione, con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro 45 giorni³⁵ dalla sua notifica³⁶.

In tali ipotesi, dunque, la cessione, pur essendosi perfezionata con l'incontro delle volontà del cedente e del cessionario, non è efficace nei confronti della stazione appaltante ove la stessa non risulti da atto pubblico o scrittura privata autenticata. A ciò si aggiunge la possibilità per la pubblica amministrazione ceduta di impedire l'efficacia nei propri confronti della cessione (non più *sine die*, ma) entro un termine stabilito dalla legge a tutela (tra l'altro) della certezza del rapporto giuridico. Con la conseguenza che fino alla maturazione del predetto termine la cessione rimarrebbe inefficace nei confronti della pubblica amministrazione³⁷.

Sul punto, ci si è chiesti se la facoltà di rifiuto in questione costituisca esercizio di un potere di stampo pubblicistico³⁸ ovvero se la stessa abbia natura privatistico-negoziale, con ogni conseguenza in ordine al relativo sindacato giurisdizionale.

³⁵ Per completezza si segnala la specifica disciplina in materia di certificazione dei crediti vantati verso una pubblica amministrazione, avente lo scopo di semplificare ulteriormente le operazioni di cessione quando poste in essere a favore di banche ed intermediari finanziari e il credito venga certificato in un'apposita piattaforma informatica. In tal caso, infatti, è previsto un termine di sette giorni dalla ricezione della comunicazione (effettuata tramite l'apposita piattaforma elettronica) entro il quale l'amministrazione può opporsi alla cessione (*cf.* art. 37, comma 7-*bis* del D.L. 66/2014 convertito in Legge, con modificazioni dalla L. 89/2014). Inoltre, ai sensi della disposizione da ultimo citata, “*Non si applicano alle predette cessioni dei crediti le disposizioni di cui all'articolo 117, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e di cui agli articoli 69 e 70 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, nonché le disposizioni di cui all'articolo 7 della legge 21 febbraio 1991, n. 52, e all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche alle cessioni effettuate dai suddetti cessionari in favore dei soggetti ai quali si applicano le disposizioni della legge 30 aprile 1999, n. 130*”. In tal modo la previsione in esame sembra connotarsi in termini di marcata specialità rispetto alle varie disposizioni (al tempo) vigenti in materia, presumibilmente in considerazione del particolare strumento elettronico/informatico utilizzato per la certificazione e, dunque, la cessione.

³⁶ Tuttavia, la citata previsione non specifica le ragioni in base alle quali può essere effettuato il rifiuto da parte della pubblica amministrazione appaltante. Sul punto, si registrano due differenti orientamenti interpretativi, il primo dei quali attribuisce alla pubblica amministrazione la possibilità di verificare in modo assai stringente il rispetto delle condizioni previste dalla L. 52/1991 per la cessione, sindacando altresì l'effettività del corrispettivo pattuito tra cedente e cessionario (A. MANZI, *Cessione dei crediti derivanti dal contratto*, in A. M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. IV - Esecuzione. Settori speciali. Appalti con regimi speciali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019). In quest'ottica, il rifiuto dell'amministrazione non potrebbe essere espressione del mero arbitrio, occorrendo che lo stesso si radichi su serie e giustificate ragioni incidenti sull'interesse alla retta esecuzione dei lavori. Diversamente, secondo altra interpretazione (G. FISCHIONE, *La cessione del corrispettivo di appalto di lavori pubblici: quadro normativo e considerazioni sull'adesione alla cessione da parte della pubblica amministrazione*, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 2001), il profilo del *quantum* del corrispettivo risulterebbe insindacabile da parte dell'amministrazione.

³⁷ Così A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto, op. cit.*

³⁸ TAR Campania, Napoli, sez. I, 15 maggio 2019, n. 2583 (che risulta appellata, ancorché non è stata ancora resa una pronuncia da parte del giudice di appello); TAR Friuli-Venezia Giulia, 30 novembre 2001, n. 722.

Tale ultima impostazione appare quella, ad oggi, prevalente in dottrina³⁹ e giurisprudenza⁴⁰.

4.4 Venendo al rapporto tra la disciplina del Codice e la previgente normativa in materia di cessione del credito nei confronti della pubblica amministrazione, occorre evidenziare che, in base a quanto previsto dall'art. 106 del Codice, alla cessione dei crediti derivanti da contratti pubblici si applica la disciplina contenuta nella L. 52/1991, relativa alla cessione dei crediti di impresa. Tanto, in coerenza con la natura tipicamente imprenditoriale dell'attività di esecuzione di contratti pubblici.

L'estrema (forse eccessiva) sinteticità della formulazione legislativa pone, per la verità, taluni dubbi in merito all'effettiva portata del richiamo alla L. 52/1991. Infatti, la previsione di cui all'art. 106 comma 13 del Codice dei contratti pubblici potrebbe essere letta nel senso di stabilire l'applicazione delle disposizioni della Legge in materia di crediti d'impresa a prescindere dalla ricorrenza dei requisiti ivi previsti, oppure nel senso di 'precisare' l'astratta compatibilità dei crediti derivanti da appalti pubblici con la L. 52/1991, la quale risulterà poi in concreto applicabile ove ne ricorrano gli estremi.

Sul punto, occorre in primo luogo osservare che il generale richiamo alle disposizioni contenute nella citata Legge (la quale stabilisce l'applicabilità del Codice Civile ove manchino i requisiti per la propria applicazione) non pare vada inteso nel senso di una abrogazione delle precedenti norme speciali che regolavano la cessione dei crediti nei confronti della pubblica amministrazione, ove non ricorrano i requisiti di applicabilità della citata L. 52/1991⁴¹.

In altri termini, nonostante la L. 52/1991 preveda che, nel caso in cui i crediti non abbiano i requisiti ivi previsti, rimanga ferma la disciplina del Codice Civile, ciò non significa che, nel caso di appalti pubblici, risulti inapplicabile la disciplina di cui alla Contabilità di Stato ove la cessione abbia ad oggetto crediti sprovvisti dei requisiti della L. 52/1991 (pur espressamente ritenuta applicabile).

Tale conclusione discende da un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, non sembra che il Codice abbia inteso innovare sul punto la disciplina precedentemente contenuta nell'art. 117 del D.Lgs. 163/2006 (la stessa Legge delega n. 11/2016 non pare contenere indicazioni in tal senso).

³⁹ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto, op. cit.*; G. CAPUTI, in *Mannuale di diritto amministrativo*, IV, *I contratti pubblici*, a cura di F. CARINGELLA E M. GIUSTINIANI, Roma, Dike, 2014. Sul punto si segnala, peraltro, una tesi intermedia (F. SATTA, A ROMANO, *Commento all'art. 106*, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, II, Utet, 2017) secondo la quale l'opposizione avrebbe natura privatistica ma, seguendo ad una verifica (per la verità, in quest'ottica, vincolata) avente ad oggetto l'assenza dei requisiti formali legittimanti la cessione, il suo sindacato spetterebbe al giudice amministrativo.

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 maggio 2002, n. 4566 e TAR Lombardia, Milano, sez. III, 12 aprile 2015, n. 868, che escludono la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla contestazione avverso il diniego di 'autorizzazione' alla cessione del credito.

⁴¹ In termini *cfr.*, nel contesto del previgente D.Lgs. 163/2006, Cass., sez. I, 24 settembre 2007, n. 19571.

Ebbene, tale previsione – con una formulazione, si è detto, più curata rispetto a quella contenuta nell’attuale art. 106 del Codice – aveva il pregio di chiarire che le disposizioni di cui alla Legge 52/1991 venivano “estese” ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi, forniture e lavori disciplinati dal citato D.Lgs. 163/2006, utilizzando una formulazione analoga a quella contenuta nell’art. 26, comma 5, della L. 109/1994.

Proprio in relazione a tale ultima previsione (si ribadisce, dal tenore del tutto analogo a quello dell’art. 117 del D.Lgs. 163/2006) la giurisprudenza civile aveva avuto modo di osservare che “*la L. n. 109 del 1994, art. 26, comma 5, nel rendere applicabile ai contratti di appalto di lavori pubblici la disciplina della L. n. 52 del 1991, abbia inteso rendere operante la disciplina derogatoria posta da tale legge per i crediti di impresa, ma non anche procedere all’abrogazione delle norme speciali che regolavano in precedenza la cessione dei crediti nei confronti della p.a., rendendo applicabile, per le cessioni non rispondenti alle prescrizioni di cui alla L. n. 52 del 1991, la disciplina codicistica*” (in termini, la già citata Cass., sez. I, 24 settembre 2007, n. 19571).

La pronuncia riportata, d’altronde, aveva preso posizione anche sulla disciplina del D.Lgs. 163/2006, la quale avrebbe confermato la vigenza delle (più risalenti) disposizioni relative alla cessione dei crediti delle pubbliche amministrazioni derivanti da appalti pubblici. Ed infatti, l’art. 117, secondo tale sentenza, “*mentre ribadisce la cedibilità dei crediti nei confronti della P.A. derivanti dall’esecuzione di appalti per lavori pubblici, ribadisce la necessità che il cessionario sia una impresa qualificata (comma 1, periodo 2) [tale ultima previsione tuttavia, come evidenziato, non è più contenuta nell’art. 106 del Codice] e, per l’eventualità che il cessionario non sia in possesso dei prescritti requisiti non prevede l’applicabilità delle norme generali del c.c., così come invece disposto dalla L. n. 52 del 1991, art. 1, comma 2, per la cessione dei crediti di impresa in generale*”.

In tale ottica, dunque, ove manchino i requisiti per l’applicazione della L. 52/1991, continuerebbe a trovare applicazione la normativa speciale contenuta negli artt. 69 e 70 della Contabilità di Stato.

Pertanto, si è in dottrina sostenuto che “*il tradizionale disfavore da parte del legislatore verso la cessione dei corrispettivi d’appalto, un tempo giustificato con l’esigenza di non indebolire l’appaltatore, in tanto può dirsi superato in quanto per un verso i soggetti cessionari offrano adeguate garanzie di serietà, affidabilità e controllo (anche attraverso il meccanismo della iscrizione all’albo e della vigilanza all’uopo istituita e per altro verso la cessione assicuri comunque all’appaltatore un corrispettivo, di talché la cessione non comporti un effettivo depauperamento*”⁴².

In base a questa ricostruzione, possono dunque enuclearsi, in linea con la ricostruzione effettuata in giurisprudenza⁴³ in relazione alla L. 109/1994⁴⁴ e al D.Lgs. 163/2006, le seguenti ipotesi:

⁴² A. MANZI, *Cessione dei crediti derivanti dal contratto*, in A. M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. IV - Esecuzione. Settori speciali. Appalti con regimi speciali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

⁴³ Tale impostazione è accolta da Corte Cost., 13 giugno 2013, n. 131.

⁴⁴ La disposizione citata, con una formulazione simile a quella contenuta nell’art. 106 del Codice dei contratti pubblici, prevedeva sinteticamente che “*Le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le pubbliche*

- i) cessione, a soggetto non qualificato ai sensi della L. 52/1991, di crediti verso la pubblica amministrazione non derivanti da appalti pubblici ovvero, pur rientranti in tale categoria, non più in corso di esecuzione: la cessione, ai sensi dell'art. 69 della Contabilità di Stato, ha efficacia quando, redatta in forma solenne, è notificata all'amministrazione;
- ii) cessione, a soggetto non qualificato ai sensi della L. 52/1991, di crediti verso la pubblica amministrazione derivanti da contratti relativi ad appalti pubblici ancora in corso di esecuzione: la cessione, ai sensi dell'art. 70 della Contabilità di Stato ha efficacia solo a seguito dell'accettazione da parte dell'amministrazione pubblica;
- iii) cessione, a soggetto qualificato ai sensi della L. 52/1991 (a differenza di quanto indicato nel precedente punto ii)), di crediti verso la pubblica amministrazione derivanti da contratti appalto: ha efficacia se è stata preventivamente accettata dall'amministrazione nel contratto d'appalto o in altro atto separato e contestuale, ovvero se, stipulata in forma solenne e notificata all'amministrazione, non sia da questa rifiutata nel termine previsto dall'art. 106 del Codice dei contratti pubblici;
- iv) cessione, a soggetto qualificato ai sensi della L. 52/1991, di crediti verso la pubblica amministrazione non derivanti da contratti di appalto: torna ad essere applicabile la disciplina di cui agli artt. 69 s.s. della Contabilità di Stato, per cui la cessione, redatta in forma solenne, deve essere semplicemente notificata all'amministrazione.

5. Le operazioni di cartolarizzazione

5.1 Può adesso procedersi ad analizzare la regolamentazione *ad hoc* che riguarda le cessioni del credito realizzate nel contesto di operazioni di cartolarizzazione⁴⁵.

La cartolarizzazione costituisce un'operazione finanziaria che, nelle sue linee essenziali, si articola nella cessione a titolo oneroso di uno o più crediti pecuniari ad una società veicolo (o *special purpose vehicle*, SPV) la quale, per ottenere la provvista necessaria all'acquisto dei crediti, emette titoli destinati ad essere collocati presso investitori istituzionali, professionali e non, per poi provvedere alla riscossione dei crediti ceduti ed alle attività ad essa finalizzate. Le somme incassate dai debitori ceduti vengono poi destinate, in via esclusiva, ai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei relativi crediti⁴⁶.

amministrazioni derivanti da contratti di appalto di lavori pubblici, di concessione di lavori pubblici e da contratti di progettazione nell'ambito della realizzazione di lavori pubblici" (art. 26, comma 5, della citata L. 109/1994).

⁴⁵ Il termine cartolarizzazione deriva dal concetto di *chartula*, utilizzato in dottrina per indicare il documento (*corpus mechanicum*) che incorpora il diritto di credito. Il concetto di cartolarizzazione si riannoda, così, a quello di incorporazione, che costituisce uno dei principi fondanti la disciplina dei titoli di credito (rileva la, parziale, imprecisione del termine cartolarizzazione E. GABRIELLI, R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, Padova, 2010). Il ricorso al concetto di *chartula* deriva dalla difficoltà di tradurre in italiano l'espressione anglosassone *securization* (in Francia si è, invece, preferito parlare di *titrisation*, da *titre*), in termini, *cf.* F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2015.

⁴⁶ In termini, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., Giuffrè Francis Levebvre, 2019.

L'operazione di cartolarizzazione assolve, dunque, ad una duplice funzione: lo smobilizzo dei crediti (1° funzione), che così fuoriescono dal patrimonio del creditore (*originator*) a fronte dell'ottenimento di immediata disponibilità economica (2° funzione) che viene fornita dai sottoscrittori degli strumenti finanziari offerti loro dalla SPV, la quale si interpone fra gli originali creditori e gli investitori⁴⁷.

In dottrina ci si interroga in merito alla complessiva qualificazione dell'operazione di cartolarizzazione, oscillando tra una ricostruzione dualistica⁴⁸ e una monistica⁴⁹.

Secondo la lettura dualistica, l'operazione di cartolarizzazione andrebbe scomposta in due distinti contratti, pur collegati *ex lege* da un vincolo teleologico. Il primo contratto è la cessione a titolo oneroso dei crediti alla società di cartolarizzazione. A tale primo contratto seguirebbe il contratto di finanziamento tra la società di cartolarizzazione (mutuataria) e i sottoscrittori dei titoli emessi dalla società stessa (mutuanti).

Secondo i fautori della costruzione monistica, il legame che unisce i due contratti (e che determinerebbe altresì la necessaria priorità della cessione rispetto al finanziamento), ove inteso in termini così stringenti, finirebbe con il configurare un'unitaria fattispecie contrattuale, avente una propria causa (per l'appunto, di cartolarizzazione⁵⁰).

Passando al ruolo della SPV nel contesto della citata operazione, deve osservarsi che la stessa – poiché emette i titoli per finanziare l'acquisto dei crediti – non andrebbe propriamente qualificata come cessionaria dei crediti, ma rappresenterebbe il veicolo grazie al quale i crediti transitano dai cedenti ai sottoscrittori dei titoli. In altri termini, si tratterebbe di un soggetto che si interpone tra il creditore originario (cedente) e i sottoscrittori dei titoli, svolgendo altresì un'attività di creazione di un nuovo bene (la *chartula*) che tuttavia non incorpora crediti nuovi e diversi, bensì i medesimi crediti originali, quali titoli di credito causali⁵¹.

⁴⁷ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, op. cit.*

⁴⁸ G. PASQUALE, *La securization: profili comparativi e prospettive di una figura multiforme*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001; D. GALLETTI, G. GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002.

⁴⁹ L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002.

⁵⁰ Si avrebbe, così una cessione dei crediti con funzione di cartolarizzazione, *cf.* F. GALGANO, *op. cit.*

⁵¹ Per questa ricostruzione si rinvia a F. GALGANO, *op. cit.* che, accogliendo la tesi monistica, scorge nella posizione della SPV un'applicazione della figura della proprietà fiduciaria o della titolarità fiduciaria di diritti, in quanto la società veicolo acquisterebbe a nome proprio, ma per conto degli investitori, i crediti destinati alla cartolarizzazione, di modo che il transito di tali crediti attraverso il patrimonio della società veicolo non influirebbe sulla loro identità, né sui rischi relativi alla loro realizzazione.

5.2 La disciplina relativa alla cessione del credito è contenuta nella L. 130/1990 (di seguito, anche la “Legge Cartolarizzazioni”).

Prima di passare ad analizzare il profilo di specifico interesse – relativo alla disciplina applicabile alla cessione di crediti da appalto pubblico realizzata nel contesto di un’operazione di cartolarizzazione⁵² – occorre sottolineare che la regolamentazione della cartolarizzazione si distingue da quella ordinaria relativa alla cessione dei crediti⁵³.

Ed infatti: (i) non occorre la notifica della cessione al debitore ceduto, sostituita dalla pubblicazione dell’operazione in Gazzetta ufficiale (art. 4 della Legge Cartolarizzazioni); (ii) l’efficacia della cessione riguardo a terzi è anch’essa assicurata dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (indipendentemente dalla previsione di cui all’art. 1265 c.c.); (iii) il principio in base al quale la circolazione del credito determina la circolazione delle garanzie che lo assistono (art. 1263 c.c.) è qui estremizzato, così che anche l’ipoteca a garanzia del credito passa con la cessione, anche se non annotata nei registri immobiliari; (iv) ove le cessioni, anche non in blocco, abbiano ad oggetto crediti d’impresa di cui alla L. 52/1991, sarà sufficiente che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’avvenuta cessione contenga l’indicazione del cedente, del cessionario e della data di cessione.

La disciplina della Legge Cartolarizzazioni è stata profondamente modificata ed integrata con il D.L. 145/2013 convertito con L. 9/2014. Per quanto qui interessa, il citato D.L. 145/2013 ha introdotto all’art. 4 della L. 130/1999 un comma 4-bis a tenore del quale *“alle cessioni effettuate nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione non si applicano gli articoli 69 e 70 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, nonché le altre disposizioni che richiedano formalità diverse o ulteriori rispetto a quelle di cui alla presente legge”*.

Nell’ambito di tali operazioni è prevista l’informazione alle amministrazioni debentrici (mediante raccomandata con avviso di ricevimento) solamente al fine di comunicare l’affidamento o il trasferimento dei compiti di riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento, ove tali attività siano affidate o trasferite a soggetti diversi dal soggetto cedente.

La previsione in esame ha l’evidente finalità di semplificare le cessioni dei crediti effettuate nel particolare contesto delle operazioni di cartolarizzazione, così da agevolare la realizzazione di tali operazioni⁵⁴, anche ove figure una pubblica amministrazione (o più pubbliche amministrazioni) tra i soggetti debitori ceduti.

⁵² Si tratta, dunque, dell’ipotesi in cui i crediti vantati nei confronti di una stazione appaltante in virtù di un appalto pubblico formino oggetto di un’operazione di cartolarizzazione e, pertanto, vengano ceduti ad una SPV al fine di realizzare tale complessa operazione finanziaria.

⁵³ Sul punto, si veda altresì Corte Cost., 10 marzo 2006, n. 95.

⁵⁴ In quest’ottica, si segnala che, come si evince dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del D.L. 145/2013, la modifica introdotta all’art. 4 della L. 130/1999 è volta a *“semplificare le modalità di cessione di crediti verso la pubblica amministrazione equiparando le stesse alle cessioni di crediti nei confronti di soggetti privati. [...]”*.

L'interpretazione dell'art. 4, comma 4-*bis* non pone particolari problemi ermeneutici con riferimento alla cessione di crediti diversi da quelli derivanti da contratti disciplinati, ad oggi, dal Codice dei contratti pubblici. Ed infatti, ove la cessione del credito si iscriva nell'ambito di una più ampia operazione di cartolarizzazione, è espressamente esclusa l'applicabilità degli artt. 69 e 70 della Contabilità di Stato i quali, come evidenziato nel punto 2.2 che precede, prescrivono appositi requisiti di forma, che vengono espressamente derogati.

Allo stesso modo, ove la cessione derivi da un contratto di appalto integralmente eseguito – e, dunque, la stessa risulti astrattamente regolata dalle previsioni meno specifiche contenute negli artt. 69 e 70 (ad eccezione del relativo comma 3) della Contabilità di Stato – non sorgono dubbi in merito all'applicazione delle più snelle modalità di cessione stabilite dalla Legge Cartolarizzazioni.

5.3 Maggiormente controverso, invece, risulta essere il rapporto tra l'art. 4, comma 4-*bis* della L. 130/1999 e la disciplina relativa alla cessione dei crediti derivanti da un appalto pubblico, in base ad un duplice ordine di argomenti:

- (a) in primo luogo, la disposizione in esame non menziona la normativa in materia di contratti pubblici vigente al momento della sua emanazione (ovvero l'art. 117 del D.Lgs. 163/2006, ad oggi sostituito dall'art. 106, comma 13 del Codice);
- (b) in secondo luogo, ove si dovesse ritenere l'art. 4, comma 4-*bis* della L. 130/1999 applicabile anche alle cessioni aventi ad oggetto crediti derivanti da appalti pubblici, così disinnescando l'applicazione dell'art. 70, comma 3, della Contabilità di Stato anche in relazione all'adesione prescritta per i contratti pubblici, potrebbe comunque sostenersi la necessità di un'approvazione (anche tacita, per decorso del termine di 45 giorni stabilito dall'art. 106, comma 13, del Codice) da parte della Pubblica Amministrazione cedente per il caso in cui ricorrano altresì i presupposti di cui alla L. 52/1991.

Nonostante il citato art. 4, comma 4-*bis* della Legge Cartolarizzazioni non contenga un riferimento puntuale alla più recente normativa in materia di contratti pubblici (*in primis* al D.Lgs. 163/2006 allora vigente), non pare che tale dato possa di per sé costituire un ostacolo ad una lettura che assoggetta le cessioni di credito ai fini di cartolarizzazione alla sola L. 130/1999⁵⁵.

In primo luogo, occorre evidenziare che la normativa in materia di cartolarizzazione dei crediti si presenta quale normativa speciale rispetto a quella in materia della cessione dei crediti.

Si tratta, in altri termini, di previsioni che disciplinano un'operazione complessa (la cartolarizzazione), di cui la cessione del credito costituisce (se non un tutt'uno, secondo la ricostruzione monistica,

⁵⁵ In linea con tale possibile lettura pare porsi un, attualmente isolato, precedente giurisprudenziale (TAR Campania – Napoli, Sez. I, 15 maggio 2019, n. 2583, che segue ad altre pronunce rese tuttavia dallo stesso giudice nell'ambito della medesima vicenda) avverso il quale è tuttavia pendente un giudizio di appello.

quantomeno) un frammento. Qui, infatti, la cessione del credito si iscrive all'interno di una complessa operazione economico-finanziaria, così distinguendosi dalla semplice cessione di crediti.

Per tali ragioni, anche al fine di non parcellizzare la normativa applicabile, si è ritenuto necessario stabilire delle regole *ad hoc* rispetto a quelle che disciplinano la cessione del credito, ove anche connotate in termini di specialità in considerazione della natura pubblicistica del debitore.

Muovendo da questa prospettiva, dunque, occorre rilevare che la disciplina relativa alla cessione dei crediti derivanti da appalti pubblici si configura come un ulteriore livello di specializzazione (Codice Civile – Contabilità di Stato – Codice dei contratti pubblici) rispetto, comunque, alla ‘ordinaria’ cessione del credito.

Diversamente, nelle operazioni di cartolarizzazione non sarebbe consentito disarticolare l'operazione finanziaria la quale, dunque, va letta unitariamente alla luce della causa di cartolarizzazione e, dunque, si configura in termini autonomi (così soggiacendo ad un'autonoma disciplina).

Tuttavia, anche a voler ritenere che la cessione dei crediti derivanti da contratti pubblici debba soggiacere alla propria, specifica disciplina (la stessa novità introdotta nel 2013, ove non intesa come una semplice ‘precisazione’, potrebbe deporre in tal senso), non può sottacersi che la *ratio* che sottostà all'introduzione dell'art. 4, comma 4-*bis* della Legge Cartolarizzazioni pare applicabile anche al caso di cessione di crediti nascenti da contratti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici.

Un primo argomento in tal senso si trae dalla Relazione di accompagnamento alla L. 9/2014, di conversione del D.L. 145/2013 (che ha introdotto il citato art. 4, comma 4-*bis*), ove è specificato che tale modifica “è volta a semplificare le modalità di cessione di crediti verso la pubblica amministrazione equiparando le stesse alle cessioni di crediti nei confronti di soggetti privati. [...]”.

Pertanto, mediante l'esclusione dell'applicazione degli artt. 69 e 70 della Contabilità di Stato si è voluto, in coerenza con la soluzione sopra prospettata, realizzare *tout court* tale equiparazione, presumibilmente sul presupposto che non fosse applicabile una più stringente normativa peraltro alla (sola) materia dei contratti pubblici.

A tale argomento – che può forse apparire sprovvisto di un solido appiglio normativo, in considerazione della limitata valenza attribuibile al generale riferimento contenuto nella Relazione di accompagnamento – si accompagna la considerazione per la quale l'art. 106 del Codice dei contratti pubblici si è, in parte, sovrapposto all'art. 70, comma 3 della Contabilità di Stato.

Ed infatti, secondo la giurisprudenza il meccanismo di silenzio-assenso, valido per le (sole) pubbliche amministrazioni e ad oggi contenuto nell'art. 106 del Codice, ha sostituito, ove ricorrano i requisiti di cui alla L. 52/1991, l'adesione prefigurata dall'art. 70 della Contabilità di Stato per tramite del rinvio all'art. 9 del R.D. 2248/1865 (All. E).

Pertanto, poiché la Legge Cartolarizzazioni esclude *expressis verbis* l'applicazione degli artt. 69 e 70 (ivi incluso il comma 3) alle cessioni effettuate nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, non vi sono particolari ostacoli a ritenere che, in tal modo, il Legislatore abbia inteso precludere l'applicazione anche delle ulteriori disposizioni che, sovrapponendosi al citato art. 70, disciplinano la medesima materia.

D'altronde, risulterebbe difficile comprendere le ragioni per le quali il Legislatore abbia inteso derogare all'adesione nell'ipotesi in cui la stessa venga disposta a favore di soggetti diversi da quelli che presentano una maggiore affidabilità (indicati dalla L. 52/1991), per poi mantenere fermi i requisiti di forma e la facoltà di opposizione nel caso in cui la cessione avvenga a favore di tali soggetti (ex art. 106 del Codice). Tanto, si badi, potrebbe affermarsi senza dover sostenere – il che, per la verità, sarebbe assai discutibile – che l'adesione dell'Amministrazione (anche per comportamento tacito) vada intesa quale mera formalità; che, in tal caso, ci si dovrebbe limitare a richiamare la seconda parte del citato art. 4, comma 4-*bis* della L. 130/1999 – a tenore del quale non trovano altresì applicazione “*le altre disposizioni che richiedano formalità diverse o ulteriori rispetto a quelle di cui alla presente legge*” – per affermare l'applicazione del solo regime contenuto nella Legge Cartolarizzazioni.

In quest'ottica, allora, il mancato riferimento alle disposizioni contenute nel D.Lgs. 163/2006 pare più il frutto di una 'dimenticanza' che espressione della volontà di mantenere applicabile la disciplina in materia di cessione di crediti da appalti anche alle cessioni effettuate nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione.

Deve d'altronde rilevarsi che l'interpretazione giurisprudenziale evidenziata nel precedente par. 4.4 (ancorché resa nel previgente sistema normativo), ha evidenziato come le previsioni di cui alla L. 109/1994 e al D.P.R. 554/1999 (nonché, successivamente, al D.Lgs. 163/2006 e al Codice) hanno voluto estendere al settore della contrattualistica pubblica la disposizione speciale relativa ai crediti d'impresa, la quale troverebbe applicazione (con taluni adattamenti) ove ricorrano i requisiti da essa specificamente previsti.

In altri termini, in base al citato orientamento: ove ricorrano i requisiti di cui alla L. 52/1991 (richiamata dall'art. 106 del Codice dei contratti pubblici), la cessione sarà soggetta al meccanismo di opposizione/silenzio-assenso previsto dal citato art. 106. In assenza di tali condizioni, riprenderebbero vigore le regole contenute nella Contabilità di Stato (neutralizzate dalla disposizione in esame)⁵⁶.

⁵⁶ Tuttavia, un richiamo simile non è stato effettuato in relazione alla Legge Cartolarizzazioni. Potrebbe pertanto ritenersi (ancorché si tratti di un punto su cui possono avanzarsi diversi dubbi) che, mancando tale richiamo, i due plessi normativi non 'comunichino' e dunque che le uniche disposizioni applicabili alle operazioni di cartolarizzazione risultino quelle contenute nella Contabilità di Stato la cui applicazione, tuttavia, è espressamente esclusa proprio dall'art. 4, comma 4-*bis* in esame.

Su questo profilo vale pena aggiungere che la Legge Cartolarizzazioni contempla (art. 4, comma 1) l'ipotesi di cessioni, anche non in blocco, aventi ad oggetto crediti di cui alla L. 52/1991, la quale è espressamente richiamata dall'art. 106 del Codice (nonché dalle previgenti disposizioni in materia). Da tale espresso richiamo potrebbe pertanto dedursi che le cessioni di crediti derivanti da appalti pubblici – ove abbiano i requisiti di cui alla L. 52/1991 e dunque, in base alla giurisprudenza più volte citata, rientrino nel campo di applicazione del Codice – siano disciplinate dalla L. 130/1999 ove effettuate nel contesto di operazioni di cartolarizzazione.

Ove si accedesse a questa lettura, dunque, all'amministrazione non residuerebbe alcuna facoltà di opposizione 'nel merito' ove le cessioni siano realizzate nel contesto di un'operazione di cartolarizzazione⁵⁷. Diversamente, non potrebbe che concludersi per la perdurante applicabilità dell'art. 106 del Codice anche ove la cessione di crediti derivanti da contratti pubblici si iscriva all'interno di una cartolarizzazione, con la conseguenza che l'Amministrazione potrebbe pur sempre opporsi (anche per ragioni non meramente formali, purché entro 45 giorni) alla cessione, rendendo la stessa inefficace nei propri confronti limitatamente a tali crediti.

6. Conclusioni

6.1 L'incertezza giuridica rappresenta indubbiamente un intralcio al dispiegarsi delle relazioni sociali e del traffico economico.

Ove, infatti, si condivida l'assunto per il quale la funzione del diritto è quella di comporre i conflitti avvalendosi di appositi e specialistici strumenti⁵⁸, non v'è dubbio che un sistema giuridico opaco e disorganico finisce con il rinnegare la propria ragion d'essere.

Tale constatazione risulta d'altronde tanto più grave ove la scarsa chiarezza normativa finisca con l'alimentare (se non addirittura il riesumare) in capo all'Amministrazione spazi di privilegio, la cui

⁵⁷ A supporto di tale lettura potrebbe altresì invocarsi l'argomento – utilizzato dalla giurisprudenza al (diverso) fine di escludere la perdurante e generale applicazione dell'art. 9 della L. 2248/1865, allegato E dopo l'entrata in vigore della Contabilità di Stato – in base al quale “*nei rapporti nei quali lo Stato agisce jure privatorum, le disposizioni che definiscono l'area di incidenza dei privilegi della p.a., comportanti una restrizione dell'autonomia negoziale dei privati, vanno interpretate in senso restrittivo, in linea col precetto di cui all'art. 41, 1° comma della Costituzione*” (Cass., sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981).

⁵⁸ In termini più ampi, si rinvia a M. CROCE, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de L'ordinamento giuridico*, saggio conclusivo contenuto in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2018, ristampa in occasione del centenario della pubblicazione de *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Spoerri, Pisa, 1918 (lo scritto era peraltro già comparso in due fascicoli degli Annali delle università toscane del 1917 e del 1918). In particolare, la citata ristampa ripropone la seconda edizione dell'Opera (*L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946), curata dallo stesso Romano e da lui arricchita con parecchie annotazioni relative a critiche rivoltegli e a ulteriori pubblicazioni scientifiche apparse successivamente all'edizione del 1917-1918.

esistenza – da giustificarsi in base all’effettiva sussistenza di interessi pubblici da tutelare – costituisce già di per sé un possibile elemento di indeterminazione⁵⁹.

Non si tratta, è bene precisare, di avversione alla regolazione, né di incrollabile fiducia nel mercato, bensì della necessità di adottare un coerente, unitario e attuale disegno normativo, volto a disciplinare (quantomeno) alcuni dei settori di maggior rilievo per l’economia.

Tra questi, rientra senza dubbio quello della contrattualistica pubblica.

Non è questa la sede per dilungarsi sulle note e travagliate vicende che interessano i (apparentemente inappagabili) desideri di riforma di tale materia, che è qui analizzata limitatamente ad uno specifico profilo.

Stupisce, però – e di questo non può non farsi cenno – che gli incessanti interventi normativi non investano discipline estremamente risalenti nel tempo, quali la Contabilità di Stato o alcune previsioni contenute nella L. 2248/1865. Tali disposizioni, pur essendo il frutto di una sapienza ed una padronanza tecnico-giuridica forse in parte ‘perdute’, paiono oggi quantomeno inattuali.

6.2 L’attuale scenario economico, rispetto al quale il diritto non può rimanere insensibile, impone un’adeguata considerazione dell’interesse dei soggetti contraenti con l’Amministrazione: ritardi nei pagamenti⁶⁰ e difficoltà ad ottenere disponibilità economiche a breve termine (ad esempio mediante cessione dei crediti) rischiano, infatti, di inaridire il settore, mettendo in ginocchio gli operatori che vi operano.

Ove si condivida tale riflessione, il discorso non può che estendersi anche alle più complesse operazioni di cartolarizzazione, rispetto alle quali si pone altresì la necessità di applicare una disciplina unitaria ai vari crediti che formano oggetto di cessione.

Ebbene, ad oggi, la sovrapposizione tra le varie disposizioni ha sicuramente l’effetto di rendere più faticosa l’individuazione della disciplina applicabile a talune fattispecie che presentano elementi di commistione tra i vari plessi normativi cui si è accennato⁶¹. Le ragioni della speciale normativa in materia

⁵⁹ Il riconoscimento di un potere in capo all’Amministrazione postula (quantomeno in linea tendenziale) la non predeterminazione in sede legislativa del concreto assetto degli interessi di volta in volta rilevanti in un dato settore. Di talché, la permanenza di potestà pubbliche finisce per inevitabilmente per rendere indeterminata, *a priori*, la regola concretamente applicabile.

⁶⁰ La questione è ben nota, pertanto ci si limita a rinviare alla recente sentenza della Corte di Giustizia, grande sezione, 28 gennaio 2020, causa C-122/18.

⁶¹ Nel presente scritto non è, peraltro, affrontata la disciplina relativa alla certificazione del credito delle pubbliche amministrazioni, che pure soggiace ad una peculiare disciplina (*cf.* nota 34 che precede). In merito a tale disciplina, si rinvia a G. PASANISI, G. FISCHIONE, *Le formalità sulla cessione dei crediti certificati: un salto culturale da completare (a margine dell’art. 38 d.l. 66/14)*, Giustamm.it, n. 5/2014; G. PASANISI, G. FISCHIONE, *Linee evolutive della forma e della notificazione della cessione dei crediti verso la P.A. a seguito delle più recenti normative sulla certificazione*, Giustamm.it, n. 9/2013; G. FISCHIONE, *Primi spunti sulla certificazione dei crediti verso enti pubblici alla luce del decreto ministeriale 19 maggio 2009*, Giustamm.it, n. 7/2009.

di cessione dei crediti delle pubbliche amministrazioni si sono, in parte, smarrite nel tempo, con la conseguenza che ci si dovrebbe forse ad oggi interrogare in merito all'attualità di tali disposizioni.

Anche in materia di contrattualistica pubblica – dove, come si è visto, sopravvive il delicato profilo dell'adesione dell'Amministrazione (ancorché ridotto quanto a portata applicativa e alleviato per il tramite di strumenti di semplificazione del tipo silenzio-assenso) – le tradizionali ragioni a sostegno della disciplina speciale potrebbero forse essere ripensate. Si dubita, infatti, che, ancora ad oggi, persista la volontà del Legislatore di (potenzialmente) salvaguardare in ogni ipotesi il tradizionale interesse dell'Amministrazione a che l'appaltatore non si 'privi' dei mezzi per garantire l'adempimento, in luogo di considerare la stessa Amministrazione come un ordinario debitore, quantomeno nel contesto di alcune particolari operazioni. In altri termini, occorre chiedersi: è, ad oggi, necessario mantenere uno strumento che fa prevalere l'interesse del debitore pubblico a che l'appaltatore non si privi, in corso di esecuzione, dei propri mezzi finanziari? Tale meccanismo, nell'attuale contesto economico, riesce effettivamente a realizzare il proprio obiettivo, o rischia di incidere negativamente sulla situazione finanziaria dei contraenti dell'Amministrazione, così di fatto determinando un effetto opposto rispetto alle proprie finalità? E ancora, è opportuno che lo strumento in esame operi anche nel contesto di peculiari e complesse operazioni finanziarie?

Ma, indipendentemente dall'opportunità di innovare l'istituto in esame, pare sicuramente opportuno quantomeno definire in modo organico la disciplina vigente, identificando e chiarendo il regime applicabile nelle varie ipotesi (cessione del credito da contratto in corso, cessione nel caso di contratto integralmente eseguito, ambito soggettivo di applicazione, certificazione dei crediti, rapporto tra D.Lg. 52/1991 e Codice dei contratti pubblici, nonché tra quest'ultimo e la L. 130/1999).

Si tratta di questioni (in parte) risolvibili anche in via interpretativa, ma la scarsa ricorrenza di contenziosi (e, dunque, orientamenti giurisprudenziali) su molti di tali aspetti rischia di rendere non sufficientemente certo il regime applicabile, con la conseguenza che valutazioni di opportunità (come di regola accade) potrebbero indurre ad optare incondizionatamente per l'*iter* più cautelativo.

Potrà, poi, discutersi dell'idoneità del regime giuridico congegnato ma, nel frattempo, la chiarezza non può che andare a beneficio della collettività e del mercato.