

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 12 luglio 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

3

Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2022, n. 5189

TAR Bologna, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 537.

Diritto civile e processuale civile

10

Cassazione Civile, Sez. III, 2 maggio 2022 n. 13735

Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2022, n. 5189

Massima

Il termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento di iscrizione dell'annotazione nel Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 17 del relativo Regolamento ANAC, ha natura perentoria, con conseguente illegittimità del provvedimento di iscrizione adottato successivamente allo scadere del medesimo termine.

Caso di specie

Il contratto sottoscritto, a seguito dell'espletamento di una procedura negoziata, tra il Comune di Venezia e un operatore economico, avente a oggetto l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti di continuità elettrica dei locali tecnici della sede dei *server* del *data center* comunale, veniva risolto per grave inadempimento della società aggiudicataria ai sensi dell'art. 108, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016. Su segnalazione del Comune, la determina di risoluzione contrattuale veniva comunicata all'ANAC, la quale disponeva, in data 16 ottobre 2018, l'avvio del procedimento per l'inserimento, nei confronti della società aggiudicataria, dell'annotazione utile nel Casellario ai sensi dell'art. 213, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016.

Le contestazioni sollevate dalla società venivano rigettate dall'Autorità, che con provvedimento di data 17 maggio 2019 comunicava l'inserimento dell'annotazione nel Casellario Informatico.

La società impugnava il provvedimento di iscrizione dell'annotazione innanzi al TAR per il Lazio, deducendone l'illegittimità in quanto adottato oltre il termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento di iscrizione previsto dall'art. 17 del Regolamento ANAC del 28 giugno 2018. Il TAR per il

Lazio rigettava il ricorso proposto dalla società, escludendo la natura sanzionatoria delle annotazioni nel Casellario ANAC e ritenendo non perentorio il termine di 180 giorni per la conclusione del relativo procedimento.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato, investito della questione a seguito della proposizione, da parte della società ricorrente, dell'appello avverso la sentenza di rigetto del TAR per il Lazio, ha in primo luogo affermato il carattere sanzionatorio dell'istituto dell'iscrizione dell'annotazione nel Casellario ANAC, carattere determinato dagli effetti pregiudizievoli che l'annotazione arreca nella sfera giuridica del destinatario. Il Consiglio di Stato ha inoltre ribadito il principio giurisprudenziale secondo cui le annotazioni nel Casellario ANAC non incidono mai in maniera indolore nella vita degli operatori economici destinatari, neppure laddove non prevedano l'automatica esclusione o l'interdizione dalle gare pubbliche, in quanto le stesse sono comunque idonee a cagionare un danno sotto il profilo dell'immagine e a determinare un aggravamento della partecipazione alle procedure a evidenza pubblica.

Dalla natura sanzionatoria del procedimento di annotazione nel Casellario ANAC discende, pertanto, il necessario assoggettamento dei poteri dell'Autorità a limiti e principi ben precisi, al fine di assicurare il rispetto di elementari esigenze di sicurezza giuridica e di certezza del diritto, nonché del diritto di difesa dell'interessato, sancito dall'art. 24 Cost.

Da tali considerazioni discende, secondo il Consiglio di Stato, la perentorietà del termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento di iscrizione nel Casellario ANAC. Tale procedimento, infatti, è caratterizzato da una serie di peculiarità rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo, in particolare per i costanti riferimenti ai principi della legge n. 689/1981: dalla natura sanzionatoria del provvedimento finale discende infatti l'inapplicabilità della regola generale secondo cui, qualora non sia espressamente previsto il contrario, i termini procedurali hanno natura ordinatoria. A ritenere altrimenti, si vanificherebbero le inequivoche indicazioni del legislatore, che ha inteso delineare una disciplina volta a premiare il

rispetto del termine di conclusione del procedimento.

Il Consiglio di Stato ha inoltre evidenziato come, nel caso di specie, la natura perentoria del termine per la conclusione del procedimento debba essere desunta anche dalla necessità di realizzare pienamente l'effetto dissuasivo della sanzione, che esige anch'esso un lasso di tempo il più possibile ristretto tra la contestazione della violazione e l'adozione del provvedimento sanzionatorio.

In conclusione, sebbene l'art. 17 del Regolamento ANAC del 28 giugno 2018 non si esprima esplicitamente sul punto, la perentorietà del termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento di iscrizione nel Casellario ANAC deve nondimeno essere desunta dai principi generali in materia di provvedimenti sanzionatori. Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha dunque accolto il ricorso originariamente proposto dalla società, accertando l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto adottato successivamente allo scadere del termine di 180 giorni.

TAR Bologna, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 537.

Massima

L'accesso difensivo agli atti propedeutici all'adozione di una interdittiva antimafia può essere negato o differito, ai sensi del D.M. 16 marzo 2022, soltanto previa indicazione, ad opera della Prefettura, delle prevalenti esigenze di sicurezza pubblica che impedirebbero la divulgazione della documentazione richiesta. Conseguentemente, una interpretazione della normativa di settore tesa a consolidare un divieto "generalizzato" all'accesso, senza che venga in concreto effettuato un accertamento delle ragioni sottese alla singola istanza, si porrebbe in contrasto sia con fonti di rango sovranazionale (art. 41 della Carta di Nizza) e costituzionale (art. 111 della Costituzione), sia con la *ratio* della novella legislativa introdotta con il Decreto Legge del 6 novembre 2021, n. 152.

Caso di specie

Nel febbraio 2022 la Prefettura di Bologna aveva avviato, nei confronti della ricorrente, un procedimento per l'emanazione di una interdittiva antimafia in considerazione del pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata legato alla posizione del rappresentante legale della società. Informata dell'avvio del procedimento, la ricorrente presentava regolare istanza di accesso agli atti ai sensi della Legge 7 agosto 1990, n. 241, chiedendo l'ostensione di tutta la documentazione propedeutica all'emanazione di tale misura. Tuttavia, con atto del 6 aprile 2022, l'Amministrazione rigettava la richiesta motivando laconicamente che gli atti in questione fossero sottratti al diritto di accesso ai sensi dell'art. 3, lettera c) del Decreto del Ministro dell'Interno 16 marzo 2022 (recante la "*Disciplina delle*

categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'art. 16 della legge 11 febbraio 2005, n. 15") secondo il quale "i documenti istruttori inerenti ai procedimenti relativi al rilascio della documentazione antimafia, nonché i documenti, comunque prodotti o acquisiti, la cui conoscenza può pregiudicare l'attività di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata, e i provvedimenti prefettizi in materia di antimafia". Avverso tale diniego la società presentava ricorso giurisdizionale per l'accertamento del diritto di accesso, con contestuale ordine di esibizione, deducendo la violazione e/o falsa applicazione di legge in riferimento alla normativa della L. n. 241/90. La ricorrente, in particolare, puntualizzava la natura "difensiva" del proprio interesse, sostenendo che la documentazione sarebbe risultata necessaria, da un lato, per presentare tempestiva opposizione in sede procedimentale all'emanazione dell'interdittiva e, dall'altro, per promuovere le azioni giudiziali al fine del relativo annullamento, in considerazione dei gravi effetti prodotti dalla misura sulla attività imprenditoriale esercitata.

Motivi della decisione

Il TAR Lazio ha accolto il ricorso ed ha accertato il diritto dell'impresa ad accedere alla documentazione in possesso della Prefettura, respingendo la tesi dell'Amministrazione secondo cui una lettura combinata dell'art. 24, co. 1, L. n. 241/90 e del DM 16 marzo 2022 - norma regolamentare di attuazione - legittimerebbe una esclusione "generalizzata" del diritto di accesso anche in assenza di motivazioni circa le ragioni che, in concreto, impedirebbero l'ostensione.

Il giudice amministrativo, dopo aver ricordato l'orientamento giurisprudenziale - maturato con riferimento all'omologa previsione contenuta nel DM. 17 novembre 1997 n. 508 - per il quale le eccezioni alla disciplina generale dell'accesso devono essere interpretate restrittivamente, ha fondato la propria decisione su tre argomenti principali, tra loro interconnessi.

In primo luogo, il Collegio ha puntualizzato che l'Amministrazione, nella fattispecie, avrebbe dovuto orientare la propria condotta sulla base dell'art. 41 della Carta di Nizza. Tale norma,

relativa al “... diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale”, troverebbe applicazione, nella materia *de qua*, in ragione della finalità delle interdittive antimafia di espungere dal mercato le imprese esposte ad infiltrazione mafiosa e, dunque, di tutelare la concorrenza tra gli operatori economici presidiata dal Trattato U.E. (in questo senso Consiglio di Stato, Sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165).

In secondo luogo, il TAR ha rilevato che una preclusione assoluta ed incondizionata all'accesso alla documentazione amministrativa propedeutica all'emanazione di una misura interdittiva antimafia si porrebbe in aperto contrasto con il diritto costituzionale al giusto processo, viste anche le limitazioni esistenti in tema di sindacato giurisdizionale, laddove l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto - a tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico - può essere soggetta al sindacato giurisdizionale solo sotto il profilo della manifesta illogicità e dell'erronea e travisata valutazione dei presupposti.

Altresì, sotto un'ulteriore prospettiva, il Collegio ha tenuto conto della *ratio* del recente D.L. del 6 novembre 2021, n. 152 (“*Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione dalle infiltrazioni mafiose*” convertito nella legge 233/2021”), che sarebbe stato applicabile “*ratione temporis*” anche alla fattispecie in esame. Segnatamente, il giudice amministrativo ha constatato come alcune delle nuove disposizioni in materia, introducendo istituti quali le misure di “*self cleaning*” o il meccanismo della “prevenzione”, abbiano inteso relegare l'interdittiva antimafia a “*extrema ratio*”, conformandosi alle più recenti indicazioni provenienti dalla più recente giurisprudenza (ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979). Pertanto, l'Amministrazione avrebbe dovuto acconsentire all'accesso anche al fine di garantire la piena operatività della nuova finalità legislativa, nell'ambito di un rapporto di leale collaborazione (ai sensi dell'art. 1 co. 2-*bis* L. n. 241/90, come aggiunto dal D.L. 76/2020) tra la Prefettura e l'impresa nei cui confronti è stato aperto un procedimento di interdittiva.

In conclusione, l'interpretazione della norma accolta dalla Prefettura per negare l'accesso non troverebbe supporto né in disposizioni di rango sovranazionale e costituzionale, né tantomeno nella

normativa in tema di accesso contenuta negli artt. 22 e seg. della L. n. 241/90, ovvero nella novella legislativa del D.L. del 6 novembre 2021, n. 152.

Cassazione Civile, Sez. III, 2 maggio 2022 n. 13735

Massima

“Non è consentito al debitore ceduto proporre nei confronti del cessionario eccezioni di compensazione o domande giudiziali fondate su crediti vantati verso il cedente nascenti dal rapporto con quest'ultimo interscorso”, il cui importo, ignoto alla “società veicolo” al momento della cessione, debba essere accertato giudizialmente, e ciò in quanto i crediti oggetto delle operazioni di cartolarizzazione (ex lege n. 130/1999) costituiscono un patrimonio separato da quello della società di cartolarizzazione, che è destinato in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti e al pagamento dei costi dell'operazione.

Caso di specie

Un istituto bancario concludeva un contratto di *leasing* avente ad oggetto una autogrù con una società a responsabilità limitata.

Successivamente, la banca otteneva un decreto ingiuntivo nei confronti di quest'ultima e dei suoi fideiussori per il pagamento di circa Euro 76.000,00, oltre spese e interessi, a titolo di canoni scaduti.

Il debitore si opponeva e chiedeva in via riconvenzionale la condanna al pagamento di una somma pari a quanto indebitamente corrisposto in forza del rapporto contrattuale di *leasing* (domanda riconvenzionale di ripetizione d'indebito).

L'opposizione veniva rigettata in primo grado e il debitore veniva condannato anche alla restituzione del bene.

Il Giudice di appello, invece, riformando integralmente la sentenza di prime cure, qualificava il contratto di *leasing* come traslativo e condannava la società cessionaria del credito della banca - indicata come interveniente ex art. 111 c.p.c. - al pagamento di Euro 51.000,00 oltre interessi a favore della società a responsabilità limitata, accogliendo la domanda riconvenzionale formulata da quest'ultima.

Si giunge così in Cassazione ove viene analizzata la complessa problematica relativa alla cartolarizzazione dei crediti.

Motivi della decisione

Preliminare alla disamina delle ragioni della decisione è l'inquadramento dell'istituto della cartolarizzazione, che altro non è se non una pratica finanziaria, consistente nella cessione in blocco di crediti, anche futuri, da parte di un'impresa-cedente (*originator*) a favore di una società cessionaria creata *ad hoc* (*special purpose vehicle o Spv*).

Le parti sono:

- l'*originator*, solitamente una banca o un intermediario finanziario (*cedente*)
- una società veicolo, anche denominata *speciale purpose vehicle o Spv (cessionario)*,
- eventualmente può essere presente un *servicer*, ossia un'altra distinta società di cui si avvale la società veicolo per riscuotere i crediti (art. 2 c. 3 lett. c) Legge n. 130/1999).

Ciò chiarito, ricorre in Cassazione la società (Beta) che ha agito come procuratrice di altra società (Alfa) che, a sua volta, ha acquistato il credito deteriorato dalla banca (creditrice originaria).

Si hanno dunque i seguenti *player*:

- banca cedente in relazione all'originaria titolare del credito (*originator*)
- società Alfa in relazione alla società cessionaria del credito (società veicolo o *special purpose vehicle o Spv*)
- e società Beta con riferimento alla procuratrice (*servicer*).

La società Beta è stata condannata al pagamento di circa Euro 51.000,00 a favore del debitore ceduto,

in accoglimento della domanda di ripetizione di quanto indebitamente versato in relazione al contratto di *leasing* stipulato tra quest'ultimo e la banca.

Tra l'altro, Beta contesta di essere stata condannata pur essendo priva di legittimazione sostanziale, avendo Alfa acquistato in blocco dalla banca (creditore cedente - *originator*) un portafoglio di crediti classificati a sofferenza nascenti da rapporti contrattuali.

Alfa aveva incaricato della riscossione la società Beta (*servicer*) mediante procura notarile speciale rilasciata per compiere in nome e per conto della mandante tutti gli atti necessari per il recupero dei crediti, incluse le azioni legali.

La ricorrente (Beta) contesta la condanna al pagamento della somma di Euro 51.000,00 a favore del debitore ceduto, affermando che la società Alfa sarebbe solo la cessionaria del credito ed avrebbe "ereditato" unicamente il credito e non tutte le passività che restano in capo alla banca-cedente, la quale sarebbe l'unica legittimata passiva.

La banca cedente, infatti, era rimasta presente nel giudizio di appello e non estromessa in quanto titolare del contratto di *leasing*.

Il Giudice di seconde cure, dunque, avrebbe errato nel condannare Beta - procuratrice di Alfa - atteso che l'unica titolare della posizione contrattuale era la banca cedente e non la società cessionaria del credito.

La Suprema Corte considera fondata la doglianza, poiché la sentenza gravata erroneamente considera la cessionaria come successore a titolo particolare nei crediti vantati dalla banca cedente.

I crediti oggetto delle operazioni di cartolarizzazione costituiscono un patrimonio separato da quello della società veicolo, il quale è destinato a soddisfare i diritti incorporati nei titoli emessi.

Conseguentemente, il debitore ceduto non può proporre nei confronti del cessionario (Alfa) eccezioni di compensazione o domande giudiziali fondate sui crediti vantati verso il cedente (la banca) nascenti dal rapporto intercorso con quest'ultimo (contratto di *leasing*) (*Cass. 21843/2019*).

I giudici di legittimità non danno seguito alla giurisprudenza di merito (*Milano, sent. 12 gennaio 2016; Trib. Pavia, sent. 12 ottobre 2016; Trib. Napoli Nord, sent. 10 novembre 2016; Trib. Rieti, sent. 18 aprile 2017 e Trib. Catania, sent. 19 marzo 2018*) che ritiene applicabile l'art. 58, comma 5,

TUB alla cessione dei crediti in blocco (comma non richiamato¹ dall'art. 4 comma 1 Legge n. 130/1999). La norma del testo unico bancario dispone che i creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari suindicati di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione.

Decorso il termine di 3 mesi, il cessionario risponde in via esclusiva.

La giurisprudenza di merito, quindi, fa riferimento ad un precedente di legittimità secondo cui l'art. 58 TUB «*nel prevedere il trasferimento delle passività al cessionario, in forza della sola cessione e del decorso del termine di tre mesi dalla pubblicità notizia di essa (secondo quanto previsto dal comma 2 dello stesso art. 58), e non la mera aggiunta della responsabilità di quest'ultimo a quella del cedente, deroga all'art. 2560 cod. civ., su cui prevale in virtù del principio di specialità" [...] (Cass. 18258/2014) realizzando una disciplina "reputata strumentale rispetto alla tutela degli interessi dei creditori della [parte] cedente, tanto da comportare la nullità della clausola con la quale le parti prevedono la limitazione della responsabilità del cessionario» (Cass. 264/2004).*

Tale orientamento è stato applicato ad una fattispecie di *factoring*, ove si è affermato che il debitore ceduto possa opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente, sia quelle relative alla validità del titolo che quelle relative a fatti modificativi e estintivi.

Ciò al fine di evitare una modifica peggiorativa della sua posizione. Quindi, in presenza di una cessione (ex artt. 1-4 Legge n. 130/1999), qualora il debitore ceduto chieda «*l'accertamento di un credito strumentale alla restituzione delle somme indebitamente percepite in ragione del contratto nei confronti di un soggetto che si è spogliato del credito in virtù dell'operata cessione dovrebbe ritenersi unica parte sostanziale la società cessionaria e non più la cedente*».

Tale ricostruzione appare erronea atteso che tende ad annullare la differenza intercorrente tra cessione del credito e la cessione del contratto e porta ad applicare quest'ultima alla cartolarizzazione (Cass. 21843/2019 punto 7.1.3).

La legge prevede espressamente che i crediti oggetto dell'operazione di cartolarizzazione costituiscano un patrimonio separato (art. 1 comma 1 lett. b) Legge n. 130/1999).

Ciò cosa comporta per il debitore ceduto?

Il debitore ceduto non può opporre in compensazione al cessionario dei controcrediti

vantati verso il cedente o proporre domande giudiziali nascenti da vicende relative al rapporto contrattuale intercorso tra loro (come accaduto nel caso oggetto di scrutinio).

Infatti, in tale ipotesi, si verrebbe ad incidere sul patrimonio separato a destinazione vincolata, danneggiando il pubblico dei risparmiatori a cui, invece, la legge riserva, in via esclusiva, il diritto di soddisfarsi su tale patrimonio.

I possessori dei titoli emessi dalla società veicolo:

- possono essere esposti al rischio che i crediti cartolarizzati non siano incassati (perché inesistenti o già estinti per compensazione o altro),
- ma non possono essere esposti al rischio che «*sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa, generati dalla riscossione dei crediti cartolarizzati, possano soddisfarsi anche altri creditori*» (Cass. 21843/2019).

In conclusione, la Suprema Corte accoglie il secondo motivo di ricorso presentato dalla società procuratrice della cessionaria e cassa la sentenza in relazione ad esso con rinvio alla Corte d'appello. Secondo i giudici di legittimità, "*non è consentito al debitore ceduto proporre nei confronti del cessionario eccezioni di compensazione o domande giudiziali fondate su crediti vantati verso il cedente nascenti dal rapporto con quest'ultimo intercorso*" per tutte le ragioni sopra esposte.

Tale conclusione trova un'indiretta conferma anche dal dettato normativo, infatti, l'art. 4 comma 2 Legge n. 130/1999 prevede che:

- dalla "*data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti (di cui all'art. 1, comma 1, lett. b)*";
- "*in deroga ad ogni altra disposizione, non è esercitabile dai relativi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i crediti di tali debitori nei confronti del cedente sorti posteriormente a tale data*".

Emerge, quindi, il divieto per debitore ceduto di compensazione dei crediti "sorti posteriormente" alla data della pubblicazione della notizia sulla G.U. (o alla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione).

Il suddetto divieto risponde alla logica di salvaguardare il "patrimonio separato a destinazione vincolata" che sorge con l'operazione di cartolarizzazione.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
