

ATTUALITÀ

Il privilegio generale del Codice dei contratti pubblici

24 Giugno 2025

Catia Tomasetti, Partner, BonelliErede

Giorgio Frasca, Partner, BonelliErede

Michele Florio, Managing Associate, BonelliErede



Catia Tomasetti, Partner, BonelliErede

Giorgio Frasca, Partner, BonelliErede

Michele Florio, Managing Associate,
BonelliErede

> Catia Tomasetti

Catia Tomasetti si occupa di operazioni che riguardano: finanza di progetto, project bonds, finanza pubblica, ristrutturazioni di società a partecipazione pubblica, servizi pubblici, energia, infrastrutture. Le sue competenze riguardano in particolare società a capitale misto pubblico e privato, società in house, servizi pubblici e privatizzazioni.

> Giorgio Frasca

Giorgio Frasca si occupa di: project financing e consulenza in materia di appalti e concessioni di lavori e servizi pubblici; diritto delle infrastrutture e dei trasporti; diritto dell'energia; diritto bancario e finanziario; consulenza nell'ambito di ristrutturazioni aziendali. Ha sviluppato la propria esperienza nei settori delle infrastrutture, trasporti, energia e servizi pubblici locali.

1. Introduzione. Il privilegio

In deroga ai principi generali di garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 cod. civ. (ai sensi del quale il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni "con tutti i suoi beni presenti e futuri", ossia illimitatamente con il "complesso dei beni o piuttosto dei diritti di cui egli [il debitore] è titolare") e di *par condicio creditorum* ex art. 2741 cod. civ.², il nostro legislatore ha posto delle eccezioni tipiche, costituite da privilegi, pegni e ipoteche, la cui funzione è quella di rafforzare la garanzia patrimoniale di un creditore e il cui ruolo è andato via via crescendo tanto da rendere, nella prassi, residuali e sussidiari i richiamati principi³.

I privilegi, in particolare, sono cause di prelazione ammesse dalla legge in considerazione della natura del credito⁴ che nascono come "risposta dell'ordinamento all'esigenza economica di una garanzia reale non possessoria in modo da consentire all'impresa di continuare a utilizzare i cespiti vincolati"⁵. Pur non mancando peculiarità, si possono distinguere, anzitutto:

¹ Così, Gazzoni, *La responsabilità patrimoniale*, in Manuale di diritto privato, Napoli, 2015, p. 655.

² Cfr. ex multis Ciccarello, *Privilegio* (dir. priv.), in Enc. dir., XXXV, Milano, 1986, pp. 725 e 734, il quale ritiene corretto parlare non di deroga alla *par condicio*, bensì di "coerente applicazione del principio di eguaglianza sostanziale".

³ Negli anni, si è assistito a un proliferare di privilegi per effetto della legislazione speciale, soprattutto quella fiscale e, per quel che attiene ai beni aziendali, bancaria (proporzionalmente al proliferare di vari settori di credito speciale). Cfr. Cantaro, *Credito speciale e credito agevolato. Alcune osservazioni sul dibattito recente*, in Riv. Trim. Dir. Pubb., 1980, pp. 1291 ss.; Tucci, *Il particolarismo legislativo del privilegio industriale*, nota a Cass. 10 marzo 1980, n. 1584, in Foro it., I, 1981; Id., *I privilegi*, in Tratt. di Dir. Priv. diretto da Rescigno, XIX, Torino, 2002, p. 596; Terenghi, *Impugnazione del piano di riparto e privilegio industriale* (nota a Cass. 7 giugno 2007, n. 13369), in Fall., 2008, p. 804, per il quale la proliferazione dei privilegi nel settore creditizio va di pari passo alla specializzazione degli istituti bancari nell'erogazione di finanziamenti.

Per quel che qui interessa, i privilegi possono essere utilizzati come plastico esempio di quanto le deroghe ai citati principi generali siano proliferati nel nostro ordinamento, tanto da render gli stessi principi ormai residuali. Per rendere più chiara la vastità delle deroghe (solo per quel che riguarda il privilegio), basti pensare che sono oltre cento le cause di prelazione presenti nel nostro ordinamento come riportato da Brodi, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers) n. 356, Banca d'Italia, 2016, p. 20.

⁴ Così, Gazzoni, *La responsabilità patrimoniale*, in Manuale di diritto privato, Napoli, 2015, p. 662.

⁵ Così, Presti, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in BBTC, V, 1995, p. 594. Conf. Tucci, *I privilegi*, in Tratt. di dir. Priv. diretto da Rescigno, XIX, Torino, 2002, pp. 577 ss..

- privilegi legali (che non richiedono un accordo tra le parti) e privilegi convenzionali (che richiedono necessariamente un accordo tra le parti)⁶, e
- privilegi generali (che cadono su tutti i beni *mobili* del debitore⁷) e privilegi speciali (che cadono solo su *determinati* beni, individuati o determinati e suscettibili di rapporto patrimoniale⁸).

⁶ Per quel che qui interessa, la distinzione tra privilegi legali e convenzionali acquista una meno marcata distinzione nel settore bancario. In questo ambito, infatti – come segnalato da Chianale, *Le garanzie reali*, in *Trattato di diritto privato* (a cura Iudica-Zatti), Milano, 2019, pp. 100-101 – bisogna valutare caso per caso se la convenzione pattizia sia necessaria per la costituzione della garanzia o se essa “*degradi a mero accordo ricognitivo dell’esistenza della garanzia legale*”. Per completezza, si noti che l’Autore si esprime in questi termini riferendosi ai privilegi speciali, nei quali, tuttavia, include anche il privilegio ex art. 186 del D.Lgs. 50/2016 (i.e. la precedente norma di riferimento del privilegio in commento).

Estende, invece, a tutti i privilegi questa classificazione Di Sabato, *I Privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. del CNN*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2008, pp. 43 ss. secondo il quale “*vi sono casi in cui il legislatore richiede che il credito, affinché possa godere di privilegio, risulti da una convenzione o da documenti che siano oggetto di iscrizione. La convenzione, in alcuni casi, costituisce la fonte del credito; l’accordo, infatti, non concerne il sorgere del privilegio, ma il sorgere del credito, cui la legge riserva un trattamento privilegiato*”.

⁷ È noto che, mentre il privilegio speciale deve avere sin da subito un oggetto definito, il privilegio generale, per sua natura, ha un oggetto “genericamente” definito: infatti “*può ritenersi che il privilegio generale, nel periodo compreso tra la nascita del credito e l’inizio della procedura esecutiva, non ha un oggetto definito [...]. Difatti, è soltanto con l’avvio dell’esecuzione che viene specificato il bene o il complesso di beni su cui il privilegio insiste*”. Così Parente, *I privilegi del credito*, Vicalvi, 2018, p. 48. Id., *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001, p. 66 afferma che l’impossibilità di definire l’oggetto del privilegio generale sino al momento del pignoramento è la caratteristica che “*porta a negare a tale figura di privilegio la natura di diritto reale di garanzia*”.

In letteratura, autorevole dottrina ritiene che il privilegio generale sia legale e quindi incompatibile con una convenzione pattizia. In tal senso v. Tucci, *Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi* (dall’art. 46 del *Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37 nonies, introdotto dalla Merloni ter*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 1985 ss.; Id., *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, pp. 580 ss. che richiama a sostegno anche Gaetano, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1956, pp. 58 ss..

⁸ Così, Ruisi e Palermo, *I privilegi*, Torino 1980, pp. 13 ss.; *conf.* Cass. 25 luglio 1975, n. 2901, in *Foro. It.*, VII, 1975 voce “*Privilegio*” da cui emerge come, essendo strettamente collegato alle cause del credito, l’oggetto del privilegio speciale deve essere determinato in maniera specifica sin dal momento costitutivo.

⁹ In dottrina, Parente, *I privilegi del credito*, Vicalvi, 2018, pp. 48-49 chiarisce in modo netto che, mentre “*nel privilegio generale, il creditore deve dimostrare solo la natura privilegiata del credito; nel privilegio speciale, invece, ha pure l’onere di individuare i beni gravati*”, arrivando alla conclusione che, per vincolare i beni, il privilegio generale richiede il pignoramento (v. p. 71) e solo da questo momento sorgono gli effetti verso i terzi. Nello stesso senso anche Di Sabato, *I Privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. del CNN*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2008, p. 41 secondo il quale

2. Il privilegio generale nel codice dei contratti pubblici

Posto il sintetico inquadramento generale appena svolto, occorre ora orientarsi tra le disposizioni dell’art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, rubricato “*Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie*”.

Si tratta di una disciplina che si pone nel solco delle precedenti che, di volta in volta, sono state sostituite dalle varie normative di riferimento del codice dei contratti pubblici e, nominalmente, art. 186 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 160 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e *37nonies* L. 11 febbraio 1994, n. 109¹⁰. A ben vedere, infatti, la formulazione letterale della norma, nella sua impalcatura principale, è rimasta pressoché invariata nel tempo, salvo l’introduzione nel 2023 del riferimento anche alle “*ulteriori garanzie*” – che non costituiscono tuttavia oggetto della presente analisi.

2.1 ...natura e ambito applicativo

L’art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, al primo comma, chiarisce in modo esplicito che “*I crediti dei soggetti che finanziano o rfinanziano, in qualunque forma, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario, delle società di scopo, delle società affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di partenariato pubblico-privato, oppure di contraenti generali*”.

La disposizione appena riportata consente all’interprete di identificare gli elementi essenziali del privilegio in commento. Il legislatore testualmente¹¹ individua:

- (i) la natura del privilegio, qualificandolo come “*privilegio generale*” ex art. 2745 cod. civ..

Il creditore munito di privilegio generale ha una posizione del tutto analoga a quella di un creditore chirografario sino all’inizio dell’azione esecutiva.

¹⁰ Di Sabato, *I Privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. del CNN*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2008, p. 239 pone in evidenza che la previsione in commento era stata aggiunta dal legislatore nazionale per garantire il recupero del credito da parte dei finanziatori.

¹¹ Autorevoli autori in dottrina hanno criticato la formulazione della disposizione in oggetto. Ad esempio, Chianale, *Le garanzie reali*, in *Trattato di diritto privato* (a cura Iudica-Zatti), Milano, 2019, p. 525 ne evidenzia le criticità lessicali ma anche sistematiche (in termini di sovrapposizione con l’art. 46 del *Testo Unico Bancario*).

Come appena riportato, è lo stesso legislatore ad indicare la natura *generale* del privilegio di cui all'art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, o meglio chiarendo il "modo di essere o, come si dice, qualità del credito impressagli dalla legge"¹².

La qualificazione normativa (*generale*) data al privilegio in commento è stata considerata come una "svista" da taluna autorevole dottrina¹³, la quale, partendo dal principio secondo cui i privilegi generali sono legali (e non-convenzionali)¹⁴, ritiene che la convenzione pattizia richiesta dall'art. 199 in commento sia incompatibile con la natura *generale* del privilegio;

(ii) il soggetto attivo del rapporto, ossia il soggetto che fornisce (in qualunque forma) risorse finanziarie "di debito".

Questo profilo soggettivo pone l'interprete di fronte alla comparazione tra la disposizione (ampia) in commento e quella più restrittiva che, invece, si trova in altri casi (come, ad esempio, il

¹² Così Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2022, n. 17738, secondo la quale "Il privilegio generale - modo di essere o, come si dice, qualità del credito impressagli dalla legge - fa sì che il credito in sé acquisti, sin dalla sua nascita, il rango particolare che gli è attribuito, sicché la relativa sua funzione è sì rinviata al momento della esecuzione forzata dei beni del debitore e della conseguente apertura del concorso (art. 2741 c.c.), ma solo nel senso che il privilegio generale, già esistente al momento dell'insorgenza del credito secondo le norme che lo disciplinano, non opera fintanto che l'esecuzione forzata non avviene. Ne consegue che il privilegio generale deve accompagnare ope legis il credito che sia sorto per le speciali e determinate cause che lo caratterizzano secondo la previsione di legge, per modo che detto credito, in tanto possa dirsi privilegiato, in quanto tale sia di sua natura e ab origine".

¹³ Così Tucci, *Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi* (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37 nonies, introdotto dalla Merloni ter, in Giur. it., 1999, pp. 1985 ss., per il quale "Tale privilegio è purtroppo una vera mostruosità, contraria ad ogni più elementare principio di diritto e ad ogni norma di buon senso e difficilmente suscettibile di applicazione, a causa degli errori madornali che il legislatore è riuscito a collezionare nel breve spazio di una sola norma, pur riportando, quasi alla lettera, il precedente privilegio previsto dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria, di cui evidentemente si è dimenticato il carattere di «opportuno elemento di razionalizzazione»". Conf. Di Sabato, *I Privilegi*, in Tratt. di dir. civ. del CNN, diretto da Perlingieri, Napoli, 2008, p. 239, secondo cui "si tratta (...) senza dubbio di un privilegio speciale che grava esclusivamente sui beni mobili del concessionario sui quali viene costituito"; e Chianale, *Le garanzie reali*, in Trattato di diritto privato (a cura ludica-Zatti), Milano, 2019, p. 525.

¹⁴ In tal senso v. Tucci, *Il legislatore italiano degli anni novanta e il paradosso dei privilegi* (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37 nonies, introdotto dalla Merloni ter, in Giur. it., 1999, pp. 1985 ss.; Id., *I privilegi*, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, pp. 580 ss. che richiama a sostegno anche Gaetano, *I privilegi*, in Tratt. dir. civ., diretto da Vassalli, Torino, 1956, pp. 58 ss..

privilegio speciale ex art. 46 del Testo Unico Bancario che può essere costituito solo a favore di "banche" così escludendone l'applicazione in una amplissima fascia di operazioni di finanziamento).

È evidente che il legislatore abbia voluto articolare un ampio spettro applicativo a favore di tutti i soggetti che apportino capitale di debito (non anche soggetti a diverso titolo creditori della società)¹⁵, includendovi, ad esempio, anche gli obbligazionisti o altri finanziatori in generale (quali, ad esempio, i sottoscrittori di strumenti finanziari partecipativi qualificabili come strumenti di debito e non di capitale) – e ciò al fine di agevolare la bancabilità di lavori pubblici, opere di interesse pubblico e pubblici servizi;

(iii) il soggetto passivo del rapporto, ossia concessionari, società di scopo, società affidatarie a qualunque titolo di contratti di partenariato pubblico-privato, ovvero contraenti generali.

Sotto tale profilo la disposizione in commento, rispetto alle precedenti formulazioni, ha cercato di ampliare esplicitamente la portata applicativa del privilegio non solo ai finanziamenti concessi a favore di società di scopo e contraenti generali, ma anche a favore di società affidatarie "a qualunque titolo"; e ciò al fine di applicare l'art. 199 in commento anche a ipotesi come quelle di affidamento diretto o *in house*¹⁶;

(iv) la natura del credito che si vuole garantire, ossia il credito derivante da *finanziamento* o *rifinanziamento* (in qualunque forma) destinati alla "realizzazione" di lavori pubblici, di opere di interesse

¹⁵ V. Baldi-DeMarzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Assago, 2004, p. 595; Russo, *Il project financing*, Napoli, 2007, p. 324.

In particolare, secondo Protto, *sub* 199, Decreto legislativo 31/03/2023 n. 36 - art. 199 - Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie, DeJure.it "Quanto alla determinazione dell'ambito dei soggetti che possono fruire del privilegio, si è posto il problema in ordine alla delimitazione della categoria dei "finanziatori", ovvero se rientrino in tale categoria solo i soggetti che forniscono capitale di debito o anche i soci finanziatori. L'esclusione di tali ultimi pare discendere non solo da tenore della formulazione legislativa, ma anche dal carattere eccezionale, e quindi dalla stretta interpretazione, delle norme attributive di privilegi".

¹⁶ Così *sub* art. 199 in *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo il correttivo*; diretto da Caringella-Giustiani, 2025.

pubblico o la gestione di pubblici servizi.

Fermo quanto sopra in ordine al capitale di debito che si vuole garantire – soprattutto nelle operazioni di finanza di progetto – appare interessante notare come, nel corso degli anni, la formulazione letterale della disposizione in commento non faccia più esclusivo riferimento al solo finanziamento per “la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi”, ma anche al loro rifinanziamento. Negli anni, infatti, è emersa l’esigenza degli operatori di settore di assicurare la medesima causa di prelazione anche in favore di quei soggetti che partecipano al rifinanziamento di operazioni a sostegno della realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o della gestione di pubblici servizi;

(v) i beni gravati da privilegio, individuandoli in tutti i “beni mobili” e “crediti” del soggetto passivo sub (iii) che precede.

Diversamente da altre garanzie utilizzate nella prassi bancaria, la disposizione in commento non limita i beni vincolabili ai soli beni / crediti destinati all’esercizio dell’attività finanziata (come, ad esempio, accade nel caso del pegno non possessorio), ma estende l’oggetto in generale ai beni e crediti dell’impresa finanziata – restando comunque esclusi i beni immobili.

Al riguardo, pur non mancando voci contrarie in dottrina¹⁷, gli scriventi ritengono che il legislatore non abbia inteso limitare l’ambito oggettivo di applicazione (*ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*) anche in ragione della (almeno in origine) limitata applicazione soggettiva a favore di società il cui oggetto sociale normalmente coincide con quello della attività finanziata.

Ulteriore spunto di riflessione sui beni che possono essere gravati dal privilegio in esame è dato dalla natura *rotativa* della garanzia in commento. Infatti, sebbene il dato testuale non lo riporti esplicitamente (salvo il riferimento al trasferimento del vincolo sul prezzo di acquisto, in caso di vendita del bene mobile originariamente vincolato), anche sulla scorta di una interpretazione

¹⁷ Contra Maccolini, *sub art. 186 in Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*; diretto da Carullo-Iudica, Milano, 2018, che cita a sostegno della propria tesi “limitativa” anche Russo, *Il project financing*, Napoli, 2007, p. 326.

teleologica della norma, i beni assoggettabili al privilegio sono quei beni mobili e crediti che, di volta in volta, entrano a far parte del patrimonio della società finanziata. Non potrebbe altrimenti essere se si considera il riferimento ai crediti, ossia beni che entrano di volta in volta a far parte del patrimonio della società finanziata e vengono comunque assorbiti dal privilegio in commento (tra questi, *in primis*, il cd. credito da “terminal value”)¹⁸. Né potrebbe altrimenti essere se si considera la natura generale del privilegio e quindi la possibilità di definire i beni vincolati solo *post pignoramento*¹⁹.

2.2 ...la forma

L’art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, al secondo comma, stabilisce che “*Il privilegio, a pena di nullità del contratto di finanziamento, deve risultare da atto scritto. Nell’atto sono esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l’ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento*”.

Chiaramente il legislatore richiede una convenzione pattizia dalla quale risulti il privilegio; detta convenzione sarà poi oggetto di “*trascrizione*”²⁰.

Già in ordine a questa semplice richiesta formale, la disposizione in commento appare ambigua e ha suscitato varie e discordanti letture in letteratura: non risulta chiaro se l’atto scritto da trascrivere sia richiesto per il contratto di finanziamento (all’interno del quale fa risultare il privilegio in commento) ovvero si richieda uno specifico atto di privilegio. Nel primo caso, si potrebbe sostenere (assumendo la natura *generale* del privilegio) che lo stesso sia un privilegio *legale* quindi derivi automaticamente

¹⁸ In tal senso, *sub art. 199 in Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura Perfetti, Milano, 2023.

¹⁹ Parente, *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001, p. 66 afferma “*le variazioni accrescitive o depauperative del patrimonio del debitore risultano irrilevanti ai fini della conservazione del privilegio generale*”

²⁰ Quando si parla di privilegio *iscrizionale*, si pone l’accento sulla pubblicità cui è assoggettato – v. Tucci, *I privilegi*, in Tratt. di dir. Priv. diretto da Rescigno, XIX, Torino, 2002, p. 463; Patti, *I privilegi*, in Tratt. di dir. civ. e commerciale diretto da Schlesinger, Milano, 2003, p. 19.

Si noti comunque che la natura *iscrizionale* sembra attribuibile tanto al privilegio generale quanto al privilegio speciale.

dall'erogazione del credito²¹; al contrario, nel secondo caso, il privilegio in commento sarebbe qualificabile come un privilegio *convenzionale*²².

Al riguardo, un utile elemento per l'interprete è dato dalla circostanza che, ove si ritenesse non necessario un atto di privilegio *ad hoc*, sarebbe molto meno marcata la distinzione tra il privilegio *ex art. 199* in commento e l'istituto posto a favore dei finanziatori di cui all'art. 190 del codice dei contratti pubblici.

Ciò detto in ordine alla necessità di un atto da trascrivere, occorre, inoltre, notare come, da una parte, il legislatore abbia richiesto che detto atto sia particolarmente dettagliato dovendo lo stesso indicare gli elementi (oggetti, soggetti ed economici) del finanziamento garantito, dall'altra, invece, non ha richiesto che lo stesso fornisca indicazioni sui beni gravati ovvero a eventuali criteri identificativi degli stessi – come, ad esempio, previsto dall'art. 46, co. 2 del Testo Unico Bancario²³. Proprio questa asimmetria potrebbe, almeno in prima battuta, far ritenere che la differenza tra le due disposizioni normative sia ponderata e voluta dal legislatore per rimarcare la natura *generale* del privilegio in commento.

È, in ogni caso, utile evidenziare come, nonostante la disposizione dell'art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 non specifichi se il privilegio richieda un atto *ad hoc* ovvero debba essere costituito in un unico atto con il finanziamento, nella prassi si registra una tendenza a sottoscrivere l'atto di privilegio separato e distinto dal contratto di finanziamento, anche in considerazione della circostanza che il primo, necessitando di *trascrizione*, dovrà essere redatto in forma notarile diversamente dal primo.

²¹ Così Infante, *sub art. 186 in Codice degli appalti e delle concessioni*; diretto da Contessa-Crocco, Roma, 2022; secondo l'autore la necessità di una convenzione scritta tra le parti ha rilievo solo ai fini dell'efficacia della garanzia. Conf. Giannaria, *sub art. 186 in Codice degli appalti pubblici*; diretto da Ferrari, Vignate, 2022.

Diversamente, Di Sabato, *I Privilegi*, in Tratt. di dir. civ. del CNN, diretto da Perlingieri, Napoli, 2008, p. 46; secondo l'autore, infatti, il privilegio convenzionale "non è altro che una causa di prelazione di fonte legale dettata da disposizioni non inderogabili"; quindi, pur trattandosi di un privilegio *legale*, una convenzione scritta è necessaria in ragione della non inderogabilità della norma di riferimento.

²² Operando un confronto tra il privilegio dell'art. 199 in commento e il privilegio dell'art. 46 del Testo Unico Bancario, può rilevarsi che autorevoli voci in letteratura considerano quest'ultimo – pur se previsto da una norma di legge – un privilegio *convenzionale*; v. Patti, *I privilegi*, in Tratt. di dir. civ. e commerciale diretto da Schlesinger, Milano, 2003, p. 19.

²³ La previsione richiamata dispone che "Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrici" etc.

Al netto delle ricostruzioni dottrinali sopra indicate e della prassi che si registra in ordine alla necessità di un atto scritto, la disposizione in commento, in ogni caso, richiede la forma scritta "a pena di nullità del contratto di finanziamento". Se quindi manca l'atto scritto, viene meno il rapporto principale e, a cascata, il privilegio che ne è accessorio.

La nullità comminata, riferendosi al contratto di finanziamento e non solo all'atto di privilegio (eventualmente separato – come di norma accade)²⁴, desta qualche perplessità: essa si trasforma, infatti, in un elemento estremamente penalizzante tanto per i finanziatori quanto, o forse ancor più, per la società finanziata²⁵.

2.3 ...le forme di pubblicità

L'art. 199 D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, al terzo comma, stabilisce che "L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione sono effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata".

Per consentire ai terzi con i quali la società finanziata entrerà in contatto di verificare l'esistenza o meno di vincoli sui suoi beni, il legislatore del codice appalti ha previsto la *trascrizione* nel registro tenuto dalla cancelleria del relativo tribunale. Si tratta, sostanzialmente, della medesima formalità prescritta dall'art. 46 del Testo Unico Bancario.

In aggiunta a questa *trascrizione*, l'art. 199 in commento (sin dalla formulazione dell'art. 37 *nonies* L. 11 febbraio 1994, n. 109) ha altresì previsto che il privilegio sia pubblicizzato nella Gazzetta Ufficiale.

Al riguardo è interessante osservare che le formalità appena indicate nella prassi sono ritenute suffi-

²⁴ Nella relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici, il riferimento al contratto di finanziamento (che non compariva nella formulazione del precedente art. 186 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è giustificato da "ragioni di chiarezza" non meglio specificate.

²⁵ In tal senso, *sub art. 199 in Codice dei contratti pubblici commentato*; a cura Perfetti, Milano, 2023.

cienti ad assolvere gli obblighi di perfezionamento e pubblicità per la costituzione di privilegio anche qualora questo abbia ad oggetto crediti (presenti e/o futuri) nei confronti di pubbliche amministrazioni o comunque assoggettabili alle previsioni di cui agli artt. 60-70 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440. Anche per questo motivo, il privilegio in commento è stato ritenuto più facilmente “gestibile” dagli operatori rispetto al pegno o alla cessione in garanzia di quei crediti che richiedevano notifiche e/o accettazioni da parte del creditore.

Questo approccio generalmente seguito nella prassi consente quindi di evitare le formalità prescritte dalle citate norme e, oggi, sembrerebbe trovare supporto nella disposizione del comma 5 dell’art. 199 cit., che, a partire dal 2023, ha espressamente ammesso che non occorra alcuna forma di consenso da parte del debitore ceduto per cessioni o pegni (quindi, a maggior ragione, per il privilegio in commento).

3. Il privilegio generale nella prassi applicativa

Sebbene il sistema normativo italiano offra vari strumenti di protezione e peculiari garanzie a favore dei soggetti che finanziano opere / servizi (genericamente detti) di interesse pubblico, il privilegio in commento risulta essere nella prassi uno dei più duttili e ciò, anzitutto, per via dell’ampio spettro applicativo (sia di carattere soggettivo sia oggettivo) che lo rende applicabile anche ad operazioni non strettamente “bancarie” (come invece l’art. 46 del Testo Unico Bancario), oltre che per la possibilità di vincolare anche crediti futuri senza necessità di effettuare ulteriori formalità nel momento in cui gli stessi sorgano o diventino esigibili (come nel caso della cessione in garanzia o pegno su crediti futuri).

Inoltre, la (assunta) natura rotativa consente a questa garanzia di adeguarsi a tutte quelle circostanze in cui appare difficile lo spossessamento (che è requisito imprescindibile per il perfezionamento delle forme tradizionali di pegno) e/o il costante monitoraggio sul patrimonio del debitore e periodico espletamento di formalità anche nel periodo successivo alla creazione del vincolo (*ndr* come accade nel caso del privilegio speciale ex art. 46 del Testo Unico Bancario).

Con il privilegio del codice appalti il creditore, una volta sottoscritta la convenzione pattizia e una volta assolti gli obblighi pubblicitari, cristallizza la propria prelazione.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

