

Si prega cortesemente il destinatario di citare il sopra indicato numero di protocollo nella futura corrispondenza indirizzata all'ente

FSM/fsm

**oggetto: tracciabilità dei mutui.**

Mi è stato richiesto dal Direttore di Settore di approfondire il tema dell'applicabilità della normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai contratti di mutuo nei quali la Provincia è il mutuatario.

La L 13 agosto 2010 n.136, all'art.3 dispone in merito alla tracciabilità dei flussi finanziari come segue:

“Per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, **gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal comma 5, alle commesse pubbliche. Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al comma 3, devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni**”.

Soggetti individuati dalla norma sono dunque: appaltatori, subappaltatori e subcontraenti nonché concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici. Costoro devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva,

“**Tutti i movimenti finanziari** relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al comma 3, devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni”.

Ciò premesso in via generale, è ora necessario soffermarci sulla **nozione di mutuo**.

Il Codice Civile lo definisce, all'articolo 1813 come “il **contratto** col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della specie e qualità”.

L'articolo 1814 stabilisce poi che “le cose data a mutuo passano in proprietà del mutuatario”.

Il Codice dei contratti pubblici definisce i «contratti» o i «contratti pubblici» come i **contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto** l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

Gli «**appalti pubblici**» sono i **contratti a titolo oneroso**, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, **aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi** come definiti dal presente codice.

Gli «**appalti pubblici di forniture**» sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'**acquisto**, la **locazione finanziaria** (si intende quella di opere pubbliche o di pubblica utilità, cioè il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori, finanzia di progetto), la **locazione o l'acquisto a riscatto** (si tratta di leasing, leasing in costruendo, ecc,) con o senza opzione per l'acquisto, **di prodotti**.

L'articolo 19 del Codice dei contratti, individua i contratti di servizi esclusi, ai quali non si applica il DLGS 163/2006 ed alla lettera d) include i contratti pubblici “concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, **in particolare le operazioni di approvvigionamento in danaro o capitale delle stazioni appaltanti**, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia”.

La sottoscritta ha già avuto modo di evidenziare in altro parere, relativo alla tracciabilità dei trasferimenti, che il Codice dei contratti pubblici non è immediatamente “sovrapponibile” alla disciplina contenuta nel Codice Civile. Vale quindi la pena, in questo contesto, di

riportare alcuni stralci della migliore dottrina<sup>1</sup> relativi ai contratti di banca e di borsa, precisando che, comunque, il contratto di mutuo **non** rientra tra questi in quanto, sebbene nell'accezione corrente possa esserlo, il Codice civile lo inquadra tra i contratti di prestito, avendo ad **oggetto il danaro o altre cose fungibili** (quantità di grano, barili di petrolio, ecc.).

“La banca svolge, nel sistema economico, attività di intermediazione nella circolazione del denaro: essa si interpone fra quanti, i cosiddetti risparmiatori, e quanti, all'opposto, domandano danaro”*omissis*; “l'esercizio del credito si realizza, oltre che con l'ordinario contratto di mutuo, mediante gli specifici contratti di apertura di credito bancaria, di anticipazione bancaria, ecc.”

Si può dire che il contratto di mutuo costituisca **operazione di approvvigionamento in danaro o capitale delle stazioni appaltanti**? La risposta è affermativa, dunque il contratto di mutuo rientra tra quelli esclusi dall'applicazione del Codice ai sensi dell'articolo 19 dello stesso.

Tuttavia, l'AVCP, alla domanda:” Quali sono le fattispecie per le quali **non sussiste l'obbligo di richiedere il codice CIG ai fini della tracciabilità**” **elenca le casistiche** rientranti nel già citato articolo 19 comma 1 lettere a),c) ed e), nonché il comma 2, ma non la lettera d), riferita agli approvvigionamenti in danaro.

In sintesi, una interpretazione letterale parrebbe fare ricadere i contratti di mutuo nell'obbligo della tracciabilità ma non nell'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Ma occorre ancora vedere come l'AVCP tratta il seguente quesito specifico: La normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche per i contratti di servizi esclusi di cui all'articolo 19 del Codice dei contratti pubblici? Occorre distinguere tra le diverse fattispecie contrattuali previste dall'articolo 19, non tutte qualificabili come contratti di appalto.

In particolare, in relazione all'articolo 19, comma 1 del Codice dei contratti, sono escluse dalla tracciabilità quelle figure contrattuali non qualificabili come contratti d'appalto; In relazione al comma 2 dell'articolo 19, sono altresì esclusi dalla tracciabilità, gli “appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato”. Tali fattispecie contrattuali non sono soggette agli obblighi di tracciabilità in quanto contenuti in un perimetro pubblico ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o

---

<sup>1</sup> Francesco Galgano “Diritto Privato” tredicesima edizione; edizioni CEDAM.

amministrative, tali da rendere ex se tracciati i rapporti.

E' necessario, ora, porsi i seguenti quesiti:

1. Il contratto di mutuo, è qualificabile come contratto di appalto? No, è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della specie e qualità” ed in virtù del quale le cose date a mutuo passano in proprietà del mutuatario;
2. Il rapporto “BANCA” mutuante e Provincia mutuatario si svolge in un perimetro pubblico ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere *ex se* tracciati i rapporti. Se infatti l'azione della Provincia ricade interamente nell'ambito delle norme, la “banca”, pur avendo natura imprenditoriale e forme del diritto societario, è soggetta ad autorizzazione della Banca d'Italia per l'esercizio della propria attività, così come è disciplinata da leggi della Repubblica e norme della UE (direttive comunitarie sull'armonizzazione della legislazione bancaria del 1977 e 1989, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia del 1993, ecc.); ed ancora, la norme sulla trasparenza bancaria non costituiscono forse l'intervento dello Stato nel disciplinare un'attività imprenditoriale, a tutela dei soggetti che entrano in relazione con gli istituti di credito? Ed ancora, i movimenti finanziari legati al mutuo, non avvengono già tutti, dall'erogazione al pagamento degli interessi, nell'ambito di conti già tracciati in sé, senza bisogno del CIG ai soli fini della tracciabilità? Va rammentato che il CIG, prima di acquisire valenza specifica ai fini della L. 136/201, veniva acquisito al solo fine di consentire ai concorrenti di una gara di poter pagare all'AVCP il contributo dovuto alla stessa. Ed ancora, non è forse vero che il flusso di denaro tra istituto di credito mutuante e Provincia mutuataria avviene mediante conti che garantiscono comunque la tracciabilità transitando attraverso il Tesoriere che agisce in regime di concessione dell'Ente Pubblico Provincia? E da ultimo, il buon senso, che a volte soccorre e integra il diritto nella sua corretta applicazione, non induce a ritenere, più semplicemente che l'AVC non sia stata investita del tema specifico dei contratti di mutuo nell'ambito dell'attività di consulenza sulla tracciabilità, e che questo sia, in realtà il motivo per cui, anche nel quesito sopra riportato relativo all'art. 19 del Codice, non appaia tale fattispecie?

Infine, qualora il mutuo sia acceso presso la Cassa Depositi e Prestiti<sup>2</sup>, la tracciabilità è sicuramente esclusa, rientrando appieno detto rapporto nell'ambito del perimetro pubblico.

Pertanto, in ragione di quanto sopra esposto, e non rientrando il contratto di mutuo nella fattispecie di contratto di appalto o concessione di lavori servizi e forniture, si ritiene non sussistere l'obbligo di tracciabilità mediante acquisizione di CIG.

In quanto sopra esposto è il parere della scrivente.

Bologna, 28 giugno 2011

La Responsabile U.O. Giuridico-Amministrativa  
del Settore Bilancio e Provveditorato  
Dott.ssa Francesca Saveria Marulli

*Documento firmato digitalmente*

---

<sup>2</sup>Cassa depositi e prestiti è una società per azioni a controllo pubblico: lo Stato possiede il 70% del capitale, il restante 30% è posseduto da un nutrito gruppo di Fondazioni di origine bancaria.  
Cassa depositi e prestiti è l'operatore di riferimento per gli Enti pubblici, per lo sviluppo delle opere infrastrutturali, per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese nazionali.