

FALLIMENTO

FALLIMENTO

*Fallimento, 2022, 4, 493 (nota a sentenza)***I CREDITI SACE PER LE GARANZIE AI FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE: LA CONTRADDIZIONE TRA IL SISTEMA DEI PRIVILEGI E LA RAGION DI STATO**

di Massimo Fabiani (*)

Cass. civ. Sez. I Ord., 18 gennaio 2022, n. 1453

R.D. 16-03-1942, n. 267, Art. 61 - (Creditore di più coobbligati solidali)

R.D. 16-03-1942, n. 267, Art. 62 - (Creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto)

La Corte di cassazione ribadisce ancora una volta che il credito di Sace nei confronti delle imprese finanziate derivante dal rimborso erogato alla banca finanziatrice ha natura privilegiata ed è estraneo alle regole del concorso. La tesi è sostenuta da argomenti seri ma la motivazione non tiene conto, perlomeno in misura adeguata, dei principi in materia di cause di prelazione e di esecuzione forzata. L'autore, nella piena consapevolezza della enorme delicatezza della questione per le finanze dello Stato, non rinuncia a prospettare soluzioni che siano in maggiore armonia con il diritto, prima che con la politica del diritto.

Sommario: L'intervento dello Stato a sostegno dell'economia come risposta alla emergenza pandemica - Il quadro normativo - Il perimetro dell'indagine - Autarchia o dipendenza del nuovo quadro normativo? - Il credito da restituzione per effetto di revoca del beneficio o per effetto di inadempimento - La ratio e la genesi del privilegio - Regresso e surrogazione di Sace - La "dimenticanza" delle regole in tema di espropriazione forzata (art. 2916 c.c.) - Le altre regole concorsuali ostative - Una proposta suggestiva (ma fragile): l'applicazione analogica dell'art. 63 l.fall. - Conclusioni

L'intervento dello Stato a sostegno dell'economia come risposta alla emergenza pandemica
La pronuncia della Corte Suprema replica, in parte, questioni già decise e altre ne introduce; tuttavia, nonostante l'autorevolezza del Collegio e l'ampiezza delle argomentazioni, la soluzione non convince. Il tema discusso assume una centralità mai prima d'ora percorsa perché il mondo dei finanziamenti pubblici è drammaticamente mutato nell'ultimo biennio.

Proviamo a spostare le lancette all'indietro e torniamo alla metà del mese di febbraio 2020. Il Paese sembra in lenta crescita quando irrompe, con tonalità allora imprevedibili, soprattutto nella dimensione temporale tuttora persistente, l'emergenza data dalla diffusione su scala universale del virus Covid-19 che provoca l'adozione di drastiche misure di contenimento che, in parte, comportano il blocco di numerose attività produttive.

Già dalla lettura del sito web di Sace si ricava quale è stato il percorso intrapreso dallo Stato italiano per offrire un sostegno al mondo delle imprese. Qui viene presa in considerazione la posizione di Sace ma analoghe considerazioni andrebbero svolte per le operazioni gestite dal MedioCredito Centrale attraverso il Fondo di Garanzia per le PMI ⁽¹⁾.

L'art. 1, comma 1, D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (il "Decreto"), come convertito in Legge e modificato dalla L. 30 dicembre 2020, n. 178 e modificato dal D.L. 25 maggio 2021, n. 73 (il "D.L. Sostegni- bis") e da ultimo dalla L. 30 dicembre 2021, n. 234, al fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia colpite dall'epidemia Covid-19, diverse dalle banche e altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito, ha previsto la possibilità per SACE S.p.a. di concedere garanzie fino al 30 giugno 2022, in conformità alla normativa europea in tema di aiuti di Stato, in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle suddette imprese ⁽²⁾.

Lasciamo in disparte la circostanza che nella platea delle imprese destinatarie del finanziamento non debbano essere incluse quelle non identificate come aziende in difficoltà al 31 dicembre 2019 ai sensi dei regolamenti Europei, e che, alla data del 29 febbraio 2020, non risultavano segnalate tra le esposizioni deteriorate come rilevabili dal soggetto finanziatore, ma che hanno affrontato o che si sono trovate in una situazione di difficoltà a seguito dell'epidemia di Covid-19 ⁽³⁾. E, infatti, evidente che molte imprese, nonostante i finanziamenti garantiti dallo Stato si potranno trovare in difficoltà nei mesi o negli anni a seguire.

Pertanto, è indiscusso che possa accadere (e v'è da temere che accadrà spesso) che vi siano imprese in difficoltà che si troveranno costrette ad affrontare e gestire una crisi con la panoplia di strumenti che il nostro ordinamento mette a loro disposizione.

In presenza di tali eventi si assisterà ad una triangolazione nel rapporto tra l'impresa (il debitore), il finanziatore (la banca) e il garante (Sace) e, se si vuole, il controgarante (lo Stato). Con molta probabilità il debitore non sarà in grado di rimborsare (almeno nella sua interezza) il finanziamento ricevuto e qualunque percorso intraprenda (la composizione negoziata, un accordo di ristrutturazione, un concordato preventivo) dovrà valutare, preventivamente, come classificare il debito e cioè se qualificarlo chirografario o privilegiato ⁽⁴⁾.

Questo è, ovviamente, il punto di vista del debitore. L'altro punto di vista è quello dello Stato che ha stabilito di erogare garanzie (che, però, si traducono in vere e proprie erogazioni di denaro ogni volta che il debitore non rimborsa il finanziatore) nella aspettativa di trovare soddisfacimento nel patrimonio del debitore.

Qui il problema assume una dimensione che travalica ampiamente il rapporto duale debitore-creditore tipico nei rapporti d'impresa. Qui si tratta di comprendere, a seconda di dove si posiziona l'asse del probabile soddisfacimento del credito di Sace, se l'intera operazione posta in essere dallo Stato non rischi di trascinare nel dissesto il nostro Paese.

Senza tanti infingimenti, se il credito di Sace è un credito di natura privilegiata la probabilità di incasso sarà ragionevolmente elevata ma se quel credito fosse da qualificare chirografario, la probabilità di incasso scemerebbe grandemente sino, spesso, a scomparire.

È dunque agevole cogliere che la scelta che l'interprete può adottare è idonea a modificare l'equilibrio e l'assetto della finanza pubblica. Non è certo la prima volta che una piccola controversia può generare enormi riflessi e impatti sulla finanza pubblica e non a caso ci si è interrogati sul fatto se il giudice quando prende una decisione che può riverberarsi sull'economia dell'intero Paese debba porsi il problema degli effetti della sua decisione o se debba obbedire, astrattamente, al principio di legalità essendo il giudice soggetto, soltanto, alla legge (art. 101, comma 2, l.fall.). L'argomento è molto delicato perché da una parte si vorrebbe che in ossequio al principio di separazione tra poteri il magistrato dovesse fondare la propria decisione sulla stella polare data dalla regola di diritto; da un'altra parte, però, si vorrebbe che il giudice, quale protagonista ma anche come partecipe di una comunità dovesse improntare la propria decisione anche al canone della adeguatezza e proporzionalità, ciò che implicitamente imporrebbe un bilanciamento di interessi.

Il tema è molto "alto" e non può essere esaminato in questa sede; qui viene riportato per descrivere il perimetro all'interno del quale l'interprete è chiamato a pronunciarsi quando da un lato legge le norme (con una metodica da microscopio) e dall'altro lato getta lo sguardo verso l'infinito (con una metodica da cannocchiale).

Prima di valutare quale possa essere la scelta più congrua, proviamo a vedere cosa è accaduto in passato perché solo conoscendo la storia di un istituto si può coglierne la portata applicativa nella attualità. Dapprima si enunceranno le considerazioni formatesi sul tema quando la dimensione del fenomeno era occasionale.

Di poi vedremo come si è progressivamente orientata la giurisprudenza di merito e di legittimità, anche negli arresti più recenti.

Il quadro normativo

Il Fondo di Garanzia per le Micro, Piccole e Medie Imprese (PMI), istituito con L. n. 662/1996 (art. 2, comma 100, lett. a) ed operativo dall'anno 2000 è uno strumento di finanza pubblica volto a facilitare l'accesso al credito bancario alle imprese, attraverso la concessione di una garanzia pubblica a parziale copertura del finanziamento accordato alle imprese da parte di istituti di credito, società di *leasing* e altri intermediari finanziari.

In questo contesto il Fondo di Garanzia interviene in aiuto facendosi garante dell'impresa, che non riceve alcun contributo in denaro dal Fondo; tuttavia, l'intervento del Fondo attenuando fortemente i rischi della banca (finanziatrice) a causa della presenza della garanzia in caso di inadempimento dell'impresa della quota finanziata, agevola i finanziamenti da parte del sistema bancario.

L'art. 2, D.M. n. 18456 del 2005 del MISE stabilisce che: "In caso di inadempimento delle piccole e medie imprese, i soggetti richiedenti possono rivalersi sul Fondo per gli importi da esso garantiti, anziché continuare a perseguire il debitore principale. Ai sensi dell'art. 1203 del codice civile, nell'effettuare il pagamento, il Fondo acquisisce il diritto a rivalersi sulle piccole e medie imprese inadempienti per le somme da esso pagate. Nello svolgimento delle procedure di recupero del credito per conto del Fondo di gestione applica, così come previsto dall'art. 9, comma 5, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123, la procedura esattoriale di cui all'art. 67 del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, così come sostituita dall'art. 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46".

A sua volta, l'art. 9, comma 5, D.Lgs. n. 123/1998 ⁽⁵⁾ stabilisce che "Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751- *bis* del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e interessi e delle relative sanzioni".

Il quadro normativo si è arricchito poi la L. n. 33/2015 (di conversione con modifiche del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3), recante "Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti", la quale all'art. 8- *bis*, comma 3 dispone: "Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'art. 2, comma 100, Lettera a), della Legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751- *bis* del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti. Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni". Per quanto attiene a Sace, la genesi è costituita dal D.Lgs. n. 143/1998 poi successivamente più volte modificato: per le dimensioni del fenomeno, parleremo, nel prosieguo dei finanziamenti con la garanzia Sace.

Con la normativa emergenziale si è altresì precisato che la garanzia è a prima richiesta, esplicita, irrevocabile, in concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito (v. *infra* sulla portata di questa porzione di norma) e conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio e avente ad oggetto il rischio di mancato rimborso dei finanziamenti per capitale, interessi e oneri accessori. La banca si obbliga a non farsi prestare, direttamente o indirettamente, alcuna garanzia specificamente riferibile alla sola quota del finanziamento non garantita da Sace. Eventuali altre garanzie ottenute da parte del soggetto finanziatore si intenderanno automaticamente estese anche a beneficio di Sace in relazione alla porzione garantita.

La garanzia Sace è a prima richiesta, esplicita, irrevocabile e così, a seguito della ricezione di una richiesta di escussione, Sace verserà, al netto di eccezioni in relazione ad eventuali inadempimenti da parte del soggetto finanziatore, le somme dovute ai sensi della Garanzia Sace. Ancora si prevede che a seguito

dell'escussione della garanzia, Sace è automaticamente surrogata nei diritti del soggetto finanziatore verso l'impresa beneficiaria. Il soggetto finanziatore deve tempestivamente attivare i rimedi necessari a preservare e recuperare il credito. Dopo l'escussione della garanzia, il soggetto finanziatore e Sace sono chiamate a gestire le azioni che dovessero rendersi necessarie od opportune, ciascuno autonomamente a propria cura e spese ed in relazione alle proprie ragioni di credito.

Il perimetro dell'indagine

Le questioni che le norme in tema di finanziamenti alle imprese, non ancora in crisi, pongono sono assai numerose. È utile chiarire, sin da subito, che in questo contributo non ci si occuperà delle tematiche tecniche di accesso ai finanziamenti con garanzia dello Stato ⁽⁶⁾; neppure ci si confronterà con i problemi correlati ai rapporti tra questi finanziamenti e quelli rivolti alle imprese in crisi secondo gli schemi di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall. e agli artt. 99 e 101 CCII di prossima entrata in vigore ⁽⁷⁾.

L'oggetto specifico della ricerca è mirato su un orizzonte ben preciso: nel caso di insolvenza dell'impresa finanziata, il credito di Sace (abbiamo anticipato che per comodità parliamo di questo soggetto ma vi includiamo, con quel che v'è da mutare, anche del Fondo di Garanzia PMI), derivante dal rimborso effettuato a favore dell'istituto finanziatore è assistito da privilegio?

L'interrogativo è tanto semplice quanto è complessa la risposta, una risposta che come si è anticipato può sorgere da un approccio caleidoscopico, a seconda di quale prisma visivo si voglia utilizzare, quello delle regole in senso stretto o quello della politica del diritto.

La ragione di questa ricerca, in parte anticipata da una postilla ad un esauriente lavoro pubblicato a margine di alcune decisioni della Suprema Corte ⁽⁸⁾, muove dalla circostanza fattuale che le criticità che si erano prospettate sono destinate ad amplificarsi in misura esponenziale per effetto dell'estensione delle provvidenze statali. È la dimensione quantitativa (e non qualitativa) del fenomeno che giustifica un rinnovato approccio a temi ampiamente discussi in dottrina, specie dopo il consolidamento (così ci appare oggi) dell'interpretazione della Corte di cassazione.

Prima di entrare nel merito della questione, occorre, però, svolgere una riflessione preliminare che pertiene, proprio ai finanziamenti erogati a seguito del D.L. n. 23/2020. Dobbiamo, infatti, verificare se per questi finanziamenti valgano le regole che abbiamo imparato a conoscere dal 1996, ovvero se non ne debbano valere delle altre e tal proposito è dedicato il paragrafo che segue.

Autarchia o dipendenza del nuovo quadro normativo?

Possiamo scorrere da cima a fondo e da fondo a cima l'intero D.L. n. 23/2020 (ivi incluse le successive modifiche) ma non riusciamo ad intravedere quali siano gli strumenti di reazione e di tutela offerti a Sace nel caso di inadempimento del debitore finanziato. Non vi è alcun richiamo alle anteriori disposizioni in materia di agevolazioni sui finanziamenti, salvo rinvenire nell'art. 13 (quello dedicato al Fondo di Garanzia PMI) la seguente espressione: "Fino al 31 dicembre 2020, in deroga alla vigente disciplina del Fondo di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662".

La tessitura normativa per come è stata congegnata suggerisce la formulazione di un quesito preliminare: siamo proprio sicuri che per questi finanziamenti valgano le regole fissate nei decreti legislativi pregressi, oppure le regole del D.L. n. 23/2020 possono reputarsi autosufficienti? La risoluzione del quesito è di decisiva importanza perché se si potesse discutere di vera autarchia del D.L. n. 23/2020, sarebbe facile pervenire ad una conclusione giuridicamente assai solida, ma al contempo, forse devastante per le casse dello Stato.

Difatti, se si immagina che la disciplina dei finanziamenti emergenziali sia autosufficiente, la conseguenza sarebbe inevitabile: dovremmo applicare rigidamente le regole del codice civile e, in particolare, le regole in tema di surrogazione legale, per cui colui che è tenuto al pagamento (unitamente ad altri) e lo esegue, si sostituisce nella esatta posizione del creditore soddisfatto, con l'ovvia conseguenza che se il credito originario è un credito chirografario (e tale è, pacificamente), tal quale sarà il credito di chi esercita la surroga. Pertanto, se il finanziatore ha erogato una somma senza acquisire una garanzia (perché protetto dalla garanzia di Sace), Sace subentra in una posizione di matrice chirografaria, dal momento che nel D.L. n. 23/2020 non vi è alcuna disposizione che assegni al credito di Sace la qualità di credito privilegiato. Si tratta non già di una tesi virtuale ma di una tesi che è stata autorevolmente (pur se isolatamente) sostenuta ⁽⁹⁾.

Prima di verificarne la potenziale fondatezza, preme osservare che se così fosse dovremmo imputare al Governo prima (in occasione della stesura del decreto-legge) e al Parlamento poi (in occasione della conversione in legge) una gravissima imperizia perché elevatissimo potrebbe risultare il danno alle finanze dello Stato nel caso di plurime insolvenze delle imprese finanziate. Poiché, per vero, incidenti di percorso simili sono già accaduti, un interprete serio il problema se lo deve porre con un approccio laico. In questa cornice, a mio avviso, non ci si deve basare su questo preconcetto e si deve procedere ad una disamina del contesto normativo che prescindendo da una valutazione di politica del diritto. Se il legislatore ha sbagliato ne dovrà rispondere politicamente.

Ciò posto, vediamo se davvero il D.L. n. 23/2020 possa reputarsi autosufficiente. Si assume che il "Decreto liquidità" abbia offerto una disciplina speciale dei finanziamenti occasionati dalla emergenza pandemica senza però mai effettuare alcun richiamo né al D.Lgs. n. 123/1998, né alla L. n. 33/2015, con il risultato che dovrebbe trovare applicazione la regola codicistica dell'art. 1203 c.c. e in virtù del principio di tassatività dei privilegi ⁽¹⁰⁾, senza alcuna possibilità di fare ricorso ad una interpretazione analogica.

La tesi è sicuramente suggestiva e, se si vuole, anche stilisticamente corretta al lume del tessuto normativo. Ciò nondimeno, per quanto sottile sia il filo che lega il D.L. n. 23/2020 al precedente contesto normativo, a me pare che esistano gli argomenti per sostenere che i finanziamenti emergenziali non costituiscano una categoria a sé (salvo, ovviamente, che per i presupposti per la loro concessione) ⁽¹¹⁾ ma vadano ascritti alla più ampia categoria dei finanziamenti garantiti da fondi pubblici e come tali, regolati dalle norme previste proprio per queste tipologie di finanziamenti. A questa conclusione si può giungere in virtù dell'argomento per il quale le regole fissate nel D.Lgs. n. 123/1998 costituiscono regole (e non principi come avrebbe voluto il legislatore) di carattere generale, applicabili a tutti i finanziamenti che esprimono un sostegno pubblico

all'economia (cfr., artt. 1 e 12, D.Lgs. n. 123/1998: "I principi desumibili dal presente decreto costituiscono principi generale dell'ordinamento giuridico")⁽¹²⁾. Qui non si tratta di operare una interpretazione analogica, ma più semplicemente di evocare che la regola della sussistenza del privilegio, enunciata nell'art. 9, è regola esportabile ogni volta che vi sia uno specifico intervento di sostegno dello Stato, lasciando per ora in disparte quali siano i confini applicativi del privilegio. D'altra parte, sarebbe altresì distonico non considerare che un richiamo alle norme sul Fondo di Garanzia PMI è compreso nel D.L. n. 23/2020, con il risultato paradossale che il privilegio ricorrerebbe per le operazioni di finanziamento ex art. 13 e non per quelle ex art. 1. Per concludere su questo primo tema, a me pare condivisibile la lettura che acconsente che per i finanziamenti emergenziali la categoria del privilegio sia invocabile, sebbene con tutte le gravi limitazioni che vedremo in seguito.

Il credito da restituzione per effetto di revoca del beneficio o per effetto di inadempimento
Una volta acclarato che i finanziamenti emergenziali appartengono alla categoria protetta dal D.Lgs. n. 123/1998, occorre ricordare che l'art. 9, comma 5, sembra vincolare le restituzioni ad un doppio presupposto: (i) la sussistenza delle cause che giustificano la revoca; (ii) la presenza di un provvedimento che dispone la revoca. A ciò si aggiunga che l'intervento di Sace non deriva, direttamente, dal D.Lgs. n. 123/1998 ma dal D.Lgs. n. 143/1998 che non contiene un esplicito richiamo al precedente corpo normativo, corpo normativo che prevede la causa di prelazione⁽¹³⁾, così come, sino al 2015, non vi era un diretto richiamo per il Fondo di Garanzia PMI, sì che in virtù del divieto di analogia in materia di privilegi si era esclusa la causa di prelazione⁽¹⁴⁾.

Il c.d. doppio presupposto ha generato interpretazioni conflittuali e con una visione retrospettiva va rammentato che in un primo momento la lettura giurisprudenziale è stata molto rigida: si affermava che il credito per le restituzioni, assistito da privilegio, maturava solo quando il beneficio fosse stato revocato⁽¹⁵⁾, non quando l'impresa fosse divenuta inadempiente nell'esecuzione del contratto di finanziamento.

Solo successivamente e già a livello di pronunce di legittimità si è invece postulato che l'art. 9, comma 5, D.Lgs. n. 123/1998, nel prevedere la revoca del beneficio e disporre il privilegio in favore del credito alle restituzioni, si riferisce non solo a patologie attinenti alla fase genetica dell'erogazione pubblica, ma si estende anche a quella successiva di gestione del rapporto di credito insorto per effetto della concessione, ivi inclusi i fatti costituiti dal mero inadempimento nella restituzione⁽¹⁶⁾.

Ed in ogni caso si è voluto precisare, proprio ai fini che qui interessano e che vedremo in appresso, che la revoca del sostegno pubblico concesso per lo sviluppo delle attività produttive, deliberata ai sensi dell'art. 9, D.Lgs. n. 123 del 1998, non importa alcuna valutazione discrezionale ed è opponibile alla massa dei creditori, anche se intervenuta dopo che il beneficiario abbia proposto domanda di concordato fallimentare e lo stesso sia stato pure omologato, perché il provvedimento di revoca si limita ad accertare il venir meno di un presupposto previsto in modo puntuale dalla legge, senza che l'atto di revoca possenga alcuna valenza costitutiva⁽¹⁷⁾. La circostanza che il provvedimento di revoca abbia natura soltanto dichiarativa non vale a superare le questioni di opponibilità che saranno trattate nei successivi paragrafi, perché non è decisivo il richiamo all'art. 45 l.fall. in tema di opponibilità delle formalità⁽¹⁸⁾, quanto invece sono determinanti le norme sulla concorsualità con riguardo all'art. 2916 c.c. e agli artt. 61 e 62 l.fall., norme (queste ultime due) che invece, Cass. Civ. n. 1453/2022 ha espressamente disatteso.

La questione "preliminare" se il privilegio competa sol quando la patologia nella erogazione del finanziamento sia originaria e tale da comportare la revoca, oppure se competa anche per vizi funzionali connessi alla incapacità del debitore finanziato di restituire il finanziamento⁽¹⁹⁾ per quanto molto importante non sarà, qui, espressamente indagata per un duplice ordine di motivi: da un lato non è decisiva ai fini della questione che pertiene alla opponibilità del privilegio e dall'altro lato perché si può prendere atto che la giurisprudenza di legittimità - *ivi* inclusa la sentenza in epigrafe - sembra essersi fortemente consolidata sul punto⁽²⁰⁾, dopo aver superato un arresto di qualche anno prima⁽²¹⁾.

Che la soluzione adottata dalla Suprema Corte nelle più recenti decisioni sia davvero persuasiva si potrebbe dubitare.

La tesi opposta muoveva dal principio della tassatività delle cause di prelazione⁽²²⁾. Poiché la legge attribuisce il privilegio al credito da restituzione conseguente alla revoca, si è postulato che il credito derivante da risoluzione non sarebbe parimenti assistito dalla causa di prelazione, perché le ragioni della revoca non dovrebbero attenere allo sviluppo del rapporto. In particolare, la mera incapacità finanziaria del debitore sarebbe estranea alla configurazione della fattispecie, tant'è che potrebbe persino rivelarsi bizzarro che un credito derivante da un finanziamento divenisse privilegiato in caso di inadempimento.

La *ratio* dell'art. 9 sembra un'altra. Il creditore si è determinato ad erogare un finanziamento sul presupposto che l'impresa finanziata abbia certe caratteristiche che consentono di fare accesso alla garanzia pubblica. Nel momento in cui il debitore viola le regole del finanziamento, ovvero si appura che il finanziamento non poteva essere concesso con la garanzia per l'assenza dei requisiti legittimanti, è coerente che il soggetto pubblico se rimborsa il finanziatore acquisisca un credito autonomo dotato di privilegio.

Tutt'altro dovrebbe essere il discorso di fronte al mancato pagamento di un finanziamento regolarmente concesso; interpretata la norma come riferita esclusivamente all'ipotesi della revoca del finanziamento la conseguenza è che il credito di Sace non gode del privilegio in assenza di revoca del finanziamento; in tale cornice non si potrebbe neppure invocare la, pur ammessa, interpretazione estensiva dei privilegi⁽²³⁾ se si rammenta che questa interpretazione vale al più per i privilegi inclusi nel codice civile ma non per quelli previsti in leggi speciali⁽²⁴⁾.

La soluzione che pone sullo stesso piano revoca del beneficio e inadempimento ben potrebbe meritare un trattamento differente; tuttavia, diamo, pure, per ammesso (per ragioni di semplificazione argomentativa) che il privilegio possa spettare anche quando il vizio attenga alla incapacità o impossibilità per il debitore di restituire il finanziamento, con la conseguenza che pure in questa evenienza l'istituto finanziatore potrà rivolgersi a Sace per far valere la garanzia.

La *ratio* e la genesi del privilegio

Per cercare di rispondere al quesito di vertice e cioè se il credito di Sace possa fregiarsi del privilegio è utile individuarne la potenziale *ratio*.

Dal momento che nessun privilegio assiste il credito della banca per il finanziamento erogato (e la guida operativa, rilasciata da Sace sembra impedire alla banca di assumere una garanzia per l'importo non coperto dalla garanzia di Sace, là dove si dice "la banca si impegna a non farsi prestare, direttamente o indirettamente, alcuna garanzia specificamente riferibile alla sola quota del finanziamento non garantito da Sace"), si deve ritenere che il privilegio sia giustificato dalla esigenza, di rango pubblicistico, di assicurare, nella misura più ampia possibile, che le somme rimborsate al finanziatore possano essere recuperate al fine di venire reinvestite nel medesimo circuito di sostegno alle imprese (25).

Pertanto, dal punto di vista genetico, a me pare che l'attribuzione del privilegio a Sace sia pienamente giustificata e che sia anche giustificato che il privilegio sia munito di un rango elevato, risultando posposto ai soli crediti di cui all'art. 2751- *bis* c.c.; benché, infatti, il privilegio non sia classificato, v'è da ritenere sicuramente preferibile la tesi che ascrive il privilegio alla categoria dei privilegi generali (26) e non a quella dei privilegi speciali.

Una volta stabilito che il privilegio è coerente al sistema delle cause di prelazione, si pone un tema assai più delicato perché si tratta di verificare se e quando questo privilegio possa essere in concreto esercitato: postulare che il credito è privilegiato, infatti, non equivale a poter sostenere che quel privilegio produce effetti rispetto agli altri creditori quando è stata aperta una procedura espropriativa singolare o concorsuale. In tale contesto, è necessario verificare mediante quali meccanismi del diritto civile, Sace possa attivarsi con la dotazione del privilegio.

Regresso e surrogazione di Sace

Quando Sace estingue - nei limiti della garanzia e cioè tra il 70% e il 90% - il debito del finanziato verso il finanziatore subentra nei diritti del finanziatore, in virtù della regola di cui all'art. 1203 c.c., sì che debbono trovare applicazione le regole civilistiche, tra cui la previsione della concorrenza proporzionale laddove il credito della banca sia saldato parzialmente (art. 1205 c.c.).

In tal caso, se il credito originario era un credito chirografario, tale resta in capo a chi ha prestato la garanzia. Sul punto del trasferimento del credito con i privilegi esistenti (oppure con l'assenza di privilegi) non vi sono obiezioni né in giurisprudenza né in dottrina (27).

Tuttavia, vanno anche prese in considerazione le disposizioni in tema di regresso tra condebitori solidali (art. 1299 c.c.), con particolare riferimento alla ipotesi di cui al comma 3 che regola l'obbligazione solidale assunta nell'interesse del condebitore insolvente, nonché quelle più specifiche relative al fideiussore (artt. 1949 e 1950 c.c.).

È noto quali siano le discussioni sulla distinzione tra surrogazione e regresso nelle obbligazioni solidali, tema di portata ampia e qui non esplorabile se non per sommi capi (28).

Oltre che nella pronuncia in commento, in altre due occasioni (29) i giudici di legittimità hanno espressamente predicato la sostanziale irrilevanza, ai fini della ricorrenza del privilegio, della natura di regresso o di intervento in surroga dell'iniziativa con la quale Sace intende tutelare il proprio credito.

A mio modo di vedere, invece, la distinzione, ai fini che qui interessano, rimane decisiva: se un condebitore si surroga nelle ragioni del creditore può far valere solo i diritti derivativi (30); viceversa, se il condebitore agisce in regresso, l'azione è autonoma e si giustifica che il portatore del regresso sia anche assistito da una causa di prelazione di cui, invece, non è dotato il creditore (nel nostro caso la banca).

In questa situazione, non pare eterodosso che al riconoscimento che gli interventi di sostegno pubblico in forma di concessione di garanzia godono del privilegio ex art. 9, comma 5, D.Lgs. n. 123 del 1998 non sia di ostacolo la constatazione che di tale privilegio non viene a disporre il creditore che ha erogato il mutuo e che è avvantaggiato dalla garanzia (31).

Come ha precisato la Cassazione, non è per nulla scontato che il garante non possa che mutuare la propria posizione da quella del creditore garantito; tuttavia, non vi è alcuna necessità - sotto il profilo strutturale, come pure sotto quello logico - che la posizione del creditore garantito si avvantaggi di un privilegio, perché di un privilegio possa disporre il garante: la posizione del creditore, cioè, non si pone come un medio logico inevitabile in proposito. Difatti, secondo il principio espresso dall'art. 2745 c.c., il privilegio trova comunque fonte nella legge, in ragione della peculiare "causa" che lo viene a sorreggere, per via del fatto, cioè, che l'ordinamento assume - in conformità ai valori espressi dalla Costituzione - una data ragione di credito come portatrice di interessi particolarmente meritevoli di tutela e protezione. Nel caso concreto, fonte del privilegio è la norma dell'art. 9, comma 5, che lo riconosce appunto in ragione del sostegno pubblico che viene dato alle attività produttive, consegnandolo al garante, che ha pagato la banca garantita, in ragione del credito che questi vanta verso il debitore principale, in quanto destinatario finale del depauperamento patrimoniale connesso all'estinzione della relativa obbligazione (32).

In conclusione, su questo argomento, si può precisare che può sussistere una asimmetria tra la posizione del creditore che non è munito di privilegio verso il debitore e la posizione del garante che, invece, per legge ha un credito privilegiato verso il debitore principale. Da questo punto di vista, i più recenti arresti del giudice di legittimità possono essere ritenuti non eversivi, purché si abbia cura di precisare che il privilegio - giustificato dalla natura del credito - sorge assieme al credito ed il credito solo a seguito della escussione.

Pertanto, se immaginiamo che il debitore non sia in grado di rimborsare il finanziamento e che la banca finanziatrice escuta la garanzia di Sace, il credito di Sace verso il debitore sarà un credito assistito da privilegio generale nella esecuzione che verrà, posto che le cause di prelazione assumono rilievo solo quando vi è un concorso tra creditori. Ed allora, dove si trova la criticità? La risposta è banale: la criticità sussiste tutte le volte in cui il debitore non solo non è in grado di eseguire il rimborso, ma l'escussione della garanzia da parte della banca sopraggiunge quando quel debitore ha già fatto accesso ad un procedimento di concordato o di fallimento, o più semplicemente dopo che è stata avviata l'espropriazione singolare. Tutto ciò significa

che il privilegio di Sace è un privilegio reale e non virtuale, che può essere azionato con il regresso ma a condizione che il debitore non sia ancora stato coinvolto in una procedura espropriativa.

La "dimenticanza" delle regole in tema di espropriazione forzata (art. 2916 c.c.)

Il problema, allora, si sposta perché si tratta di verificare se il privilegio possa sorgere dopo che il concorso fra creditori si sia già aperto. Si anticipa che la risposta deve essere recisamente negativa e ciò germina da più considerazioni.

Talune hanno come spettro applicativo i principi in materia di espropriazione; altre, invece (trattate in un prossimo paragrafo) sono riferite espressamente a concordato preventivo e fallimento.

In primo luogo, è la legge stessa (D.Lgs. n. 123/1998) che nella parte finale del comma 5 dell'art. 9, contiene una clausola di salvaguardia "fatti salvi i diritti preesistenti di terzi".

Questa previsione significa che se sul patrimonio del debitore altri creditori hanno conquistato diritti di preferenza, questi sono salvaguardati. In prima battuta, possiamo pensare che la salvaguardia concerna i creditori ipotecari e pignoratizi e se fosse così, questa clausola dovrebbe parimente invocarsi tanto per l'esecuzione singolare che per quella collettiva. Sennonché, fra i diritti preesistenti dei terzi è corretto includere, anche, i diritti che i creditori concorrenti hanno conseguito sul patrimonio per effetto della apertura del concorso o del procedimento espropriativo.

In particolare, non si può e non si deve ignorare quanto disposto nell'art. 2916, n. 3, c.c., secondo il quale nella distribuzione non si tiene conto dei privilegi per crediti sorti dopo il pignoramento ⁽³³⁾. Se abbiamo detto che il credito di Sace sorge solo al momento della escussione ⁽³⁴⁾, ove l'escussione sia posteriore al pignoramento, del privilegio non si potrà tenere conto nella fase della distribuzione.

Se si trasferisce questa nozione all'ambiente concorsuale (fallimentare e concordatario), ne consegue che cristallizzato ⁽³⁵⁾ il patrimonio al momento della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 42 l.fall.) o al momento di pubblicazione del ricorso per concordato (momento che a questi effetti va fatto coincidere con il pignoramento ai sensi dell'art. 168 l.fall.), il privilegio di cui all'art. 9 non è opponibile ai creditori ⁽³⁶⁾. Infatti, se si assume che il privilegio assiste il credito del Soggetto pubblico che ha eseguito il rimborso e che il privilegio è una garanzia di rafforzamento del credito verso l'impresa finanziata ne resta evidente che il credito è un credito nuovo e come tale, essendosi formato dopo l'accesso al fallimento o al concordato preventivo, è munito di un privilegio non opponibile ai creditori anteriori.

Al fondo non vi può essere una terza alternativa: o (i) il credito di Sace è lo stesso della banca ma allora la regola da applicare è quella dell'art. 1203 c.c., o (ii) il credito è nuovo ed allora - se il credito sorge dopo l'avvio della espropriazione - la regola è quella dell'art. 2916, n. 3, c.c.

Sia ben chiaro che le numerose decisioni della Corte di cassazione non hanno mai trattato questo argomento e dunque v'è ancora spazio per prefigurare un possibile cambio di rotta, sempre che le ragioni della legalità non soccombano rispetto alla ragion di Stato.

Le altre regole concorsuali ostative

La cristallizzazione del patrimonio del debitore impedisce che il privilegio possa essere opposto ad un curatore o debba essere valorizzata in una proposta concordataria ⁽³⁷⁾. Sennonché, la frizione creatasi sul privilegio non dovrebbe riverberarsi sul credito operando il meccanismo della surrogazione. In verità, le cose non stanno, proprio, così, per una ragione molto semplice: il legislatore, dopo essersi dimenticato dell'art. 2916, n. 3, c.c., si è parimenti scordato del sistema degli artt. 61-63 l.fall., richiamati dall'art. 169 l.fall. per il concordato preventivo.

Il sistema degli effetti del fallimento sulle obbligazioni solidali è, come è noto, assai articolato e lungamente dibattuto. Tuttavia, alcune regole fissate nelle norme sono ben scolpite: se un condebitore paga il creditore prima dell'apertura del concorso ha diritto di formulare la domanda di ammissione al passivo per quanto ha pagato; se, invece, il pagamento avviene dopo è non è integrale ⁽³⁸⁾, soltanto il creditore può partecipare al concorso e resta ammesso al passivo per l'intero credito, anche se parzialmente già soddisfatto, fermo restando che nel riparto non potrà mai ricevere più del suo credito. Ecco allora disvelarsi una seconda criticità per la posizione di Sace: non solo il privilegio non è opponibile, ma è lo stesso diritto di credito che non può essere fatto valere sino ad integrale estinzione del debito. Ma estinzione integrale del debito non vi può essere per la semplice ragione che la garanzia di Sace copre, solo, una percentuale variabile tra il 70% e il 90% il che vuol dire che, fisiologicamente, Sace non potrà partecipare al concorso sino a che la banca non venga soddisfatta - per la quota residua, tra il 10% e il 30% - dal debitore.

In questa sede non è importante riprendere le ampie e controversie tesi su come tutelare il diritto del condebitore che abbia pagato dopo il fallimento ⁽³⁹⁾, basti qui ricordare l'approdo finale della giurisprudenza ⁽⁴⁰⁾. Il punto è che qualunque tutela si voglia apprestare a favore del condebitore che paga dopo l'apertura del concorso, se il pagamento è parziale, chi rimane come titolare del diritto a partecipare alle distribuzioni è soltanto il creditore originario ⁽⁴¹⁾. La natura concorsuale del credito del condebitore che ha pagato vale solo nella misura in cui il pagamento sia integrale e per definizione il pagamento di Sace non può essere integrale perché la garanzia è parziale. Va, infatti, precisato che ciò che interessa è l'integrale soddisfacimento del creditore (cioè la banca), non la circostanza che il garante (Sace) abbia interamente saldato la sua quota ⁽⁴²⁾.

Non mi pare che una deviazione da questa regola possa rinvenirsi nella previsione del D.L. n. 23/2020 a tenore della quale, sul residuo concorrono in misura paritetica e proporzionale la banca e Sace ⁽⁴³⁾; tale disposizione a ben vedere altro non è che la traduzione del precetto contenuto nell'art. 1205 c.c. a tenore del quale "Se il pagamento è parziale, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto, salvo patto contrario". La regola speciale introduce un aggettivo in più: "paritetico", espressione che a mio avviso vuol soltanto dire che i due crediti concorrono *pari passu*, eventualmente anche sulle garanzie prestate, senza che il credito di Sace possa essere reputato postergato. Sennonché questa disposizione vale fuori dal concorso, là dove trovano applicazione le regole speciali date dagli artt. 61-63 l.fall.; regole che contraddicono l'art. 1205 c.c., perché mirano a favorire il creditore "originario".

In conclusione, dopo l'integrale pagamento il credito di Sace potrà partecipare al concorso ma non sarà privilegiato per i limiti imposti nell'art. 2916 c.c. ⁽⁴⁴⁾.

Eppure, la sentenza in commento ha, proprio, negato l'applicazione degli artt. 61 e 62 l.fall. predicando che il credito di Sace è un credito originario per la concessione della garanzia, affermazione che, però, confligge con il fatto che questo credito non esiste se il finanziato rimborsa interamente la banca o se la banca decide di non rivalersi sul garante. La successiva postulazione "L'inoperatività del vincolo di solidarietà, in conseguenza del mancato esercizio dell'azione di surrogazione o di regresso, comporta inoltre l'inapplicabilità della disciplina dettata dagli artt. 61 e 622 della legge fall., con la conseguenza che, in caso di fallimento del beneficiario, l'ente concedente può insinuare il proprio credito al passivo, anche nel caso in cui il pagamento, effettuato dopo l'apertura della procedura concorsuale, non sia risultato interamente soddisfacente per l'istituto di credito, il quale abbia a sua volta ottenuto l'ammissione al passivo.", appare come una motivazione sostanzialmente tautologica. I giudici di legittimità non spiegano perché Sace non sarebbe un obbligato solidale del soggetto finanziato ed insistere sulla peculiarità di un rapporto concessorio disgiunto dal rapporto privatistico non mi pare approdi ad alcun risultato.

Una proposta suggestiva (ma fragile): l'applicazione analogica dell'art. 63 l.fall.

A margine di una delle decisioni del Supremo Collegio mi ero posto il quesito se non vi fosse una soluzione adeguata per dare protezione alle casse dello Stato e al contempo per non mortificare i dogmi del diritto civile.

A tal fine avevo provato a percorrere lo schema di cui all'art. 63 l.fall. (pedissequamente riprodotta nell'art. 162 CCII), norma di scarsissima applicazione pratica. Lì si prevede che il coobbligato o fideiussore (se intendiamo anche "garante" questo andrebbe identificato in Sace) del fallito (per quel che qui interessa anche del debitore concordatario, visto l'art. 169 l.fall.), che ha un diritto di pegno o d'ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso, concorre nel fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno; poi, il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta.

Il senso della disposizione è quello di riconoscere che se il coobbligato ha ottenuto dal debitore principale una garanzia questa garanzia vale rispetto alla massa perché la garanzia viene sostanzialmente equiparata ad una garanzia condizionata, ma esistente sin dall'inizio del rapporto, sebbene non escutibile prima del pagamento effettuato alla banca erogante. È ovvio che tale disposizione non è di applicazione diretta perché riguarda pegno e ipoteca e non il privilegio; tuttavia, alcuni profili di somiglianza possono essere valorizzati, primo fra i quali, rovesciando il ragionamento delle decisioni, proprio la bizzarra circostanza che per lo stesso credito un creditore è privilegiato e l'altro no; questa asimmetria un poco assomiglia a pegno e ipoteca.

Questa tesi è stata sottoposta a serrate critiche ⁽⁴⁵⁾ e con la consapevolezza che la proposta di mediazione era obiettivamente un poco forzata, reputo sensato non reiterarla, con la conseguenza che, però, le casse dello Stato andranno sicuramente in sofferenza salvo che non continui a prevalere l'interpretazione che esalta la ragion di Stato.

Conclusioni

L'unica vera obiezione alle tesi che escludono l'opponibilità del privilegio, consiste nella affermazione del giudice di legittimità quando assume che il credito di Sace nasca privilegiato sin dall'origine ⁽⁴⁶⁾, come a dire che il medesimo credito è chirografario per la banca e privilegiato per Sace. È una prospettazione un po' bizzarra perché significa assegnare al creditore erogante l'arbitrio di incidere, dopo l'apertura del concorso, sulla massa passiva ⁽⁴⁷⁾. Se la banca non escute la garanzia (nulla può costringerla...) il credito è chirografario nel concorso, mentre se la escute, trasforma il credito chirografario in privilegiato. Ma proprio per evitare questa distorsione, la Cassazione postula che il credito azionato è quello derivante dalla garanzia; tuttavia, v'è da dubitare che davvero sia così ⁽⁴⁸⁾ e ciò perché il credito sussisterà solo se Sace sarà stata escussa.

Se pensiamo al concordato, nel momento della presentazione del ricorso, il debitore deve depositare l'elenco dei creditori e nell'elenco deve indicare il credito della banca erogante, non il credito di Sace che magari non diverrà mai tale. Il percorso interpretativo indicato dalla Suprema Corte mi appare fragile anche se, paradossalmente, molto forte perché allineato agli interessi dello Stato. Anche di recente, la dottrina civilistica, attenta alle categorie non ha mancato di censurare l'orientamento recente ⁽⁴⁹⁾.

Ma per poter fare affidamento su questa disposizione - e al fondo tutelare Sace e le casse pubbliche, una volta scartata l'ipotesi di ricorrere all'art. 63 l.fall., bisogna avere un certo ardimento interpretativo e predicare che: (i) l'intervento di Sace è un regresso e non una surrogazione (questo è ben possibile ma allora si deve essere chiari nella allegazione del titolo che si fa valere); (ii) il credito di regresso è anteriore all'apertura del concorso e solo condizionato ad esso (ma, bisogna superare le posizioni della giurisprudenza sull'art. 61 l.fall., per la quale il fideiussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale; potrà invece essere ammesso al passivo solo dopo il pagamento, in surrogazione del creditore, considerata la natura concorsuale del credito di regresso) ⁽⁵⁰⁾; (iii) il privilegio esso pure è anteriore e parimenti condizionato; (iv) l'art. 2916 c.c. non è violato perché la legge prevede delle deroghe "temporali" (art. 63 l.fall.).

Come è agevole notare sono tutte soluzioni o eccentriche o forzate ed allora per rispondere al quesito posto in apice di questo contributo non resta che optare tra una soluzione che asseconda le regole del diritto od una che le forza in nome della ragion di Stato. La prima è quella preferibile ⁽⁵¹⁾, fermo restando che l'ordinamento attraverso i suoi organi espressi dalla sovranità popolare ben può modificare le regole e decidere di rendere il privilegio opponibile, ma questo impone una assunzione di responsabilità politica.

Totalmente differenti sono, invece, i temi che pone il confronto tra la posizione di Sace e la composizione negoziata, là dove, la mancata apertura del concorso e di riflesso la disapplicazione dell'art. 2916 c.c. e degli artt. 61 e 62 l.fall., apre scenari nei quali l'escussione operata dalla banca attribuisce, davvero, a Sace un privilegio, con tutto ciò che ne può conseguire in termini di negoziazione del debito ⁽⁵²⁾.

(*) La presente nota, con alcune varianti, è destinata alla raccolta di studi in onore del prof. Sabino Fortunato.

(1) Per una nitida distinzione delle diverse fattispecie, ivi compresa quella delle imprese "intermedie" v., L. D'Orazio, *Crediti privilegiati con garanzia Sace*, in questa *Rivista*, 2022, 119 ss.; il Fondo di Garanzia per le Micro, Piccole e Medie Imprese (PMI, istituito con L. n. 662/96 (art. 2, comma 100, lett. a) ed operativo dall'anno 2000 è uno strumento di finanza pubblica volto a facilitare l'accesso al credito bancario alle imprese, attraverso la concessione di una garanzia pubblica a parziale copertura del finanziamento accordato alle imprese da parte di istituti di credito, società di *leasing* e altri intermediari finanziari. In questo contesto il Fondo di Garanzia interviene in aiuto facendosi garante dell'impresa, che non riceve alcun contributo in denaro dal Fondo; tuttavia, l'intervento del Fondo attenuando fortemente i rischi della banca a causa della presenza della garanzia in caso di inadempimento dell'impresa della quota finanziata, agevola i finanziamenti da parte del sistema bancario.

(2) A tal fine, gli impegni assunti dalla SACE S.p.a. non superano l'importo complessivo massimo di 200 miliardi di euro, di cui almeno 30 miliardi di euro sono destinati a supporto di piccole e medie imprese, come definite dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE, ivi inclusi i lavoratori autonomi e i liberi professionisti titolari di partita IVA nonché le associazioni professionali e le società tra professionisti, che abbiano, per quelle ammissibili alla garanzia del Fondo di cui all'art. 2, comma 100, lett. a), L. 23 dicembre 1996, n. 662, pienamente utilizzato la loro capacità di accesso al Fondo stesso ai sensi del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 nonché, per quelle ammissibili alla garanzia ISMEA, alle garanzie concesse ai sensi dell'art. 17, comma 2, D.Lgs. 29 marzo 2004, n. 102. Le garanzie ai sensi del Decreto vengono rilasciate da SACE nel rispetto delle previsioni normative e fino a completo utilizzo delle somme messe complessivamente a disposizione.

(3) Le imprese che alla data del 28 febbraio 2020 o che successivamente alla data del 28 febbraio 2020: (a) sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186- *bis*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, (b) hanno stipulato accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182- *bis*, R.D. 16 marzo 1942, n. 267 o (c) hanno presentato un piano ai sensi dell'art. 67, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sono considerate ammissibili a condizione che (i) dalla data di presentazione della Richiesta di Finanziamento (a) non presentino esposizioni classificabili come esposizioni deteriorate e (b) non presentino importi in arretrato come rilevabili dal Soggetto Finanziatore e (ii) il Soggetto Finanziatore, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria dell'impresa, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi dell'art. 47- *bis*, par. 6, lett. a) e c), Reg. UE n. 575/2013. Resta inteso che le imprese in tali categorie, per poter essere considerate ammissibili, dovranno essere comunque identificate come non in difficoltà finanziaria al 31 dicembre 2019 ai sensi dei Reg. UE 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014, Reg. UE n. 702/2014 del 25 giugno 2014 e Reg. UE n. 1388/2014 del 16 dicembre 2014. Poi con il D.L. n. 104/2020, la platea delle imprese finanziabili si è ampliata anche a quelle in concordato preventivo con piano di continuità, pur con talune condizioni di accesso.

(4) Parimenti il problema si presenta al curatore qualora l'impresa fallisca e Sace proponga domanda di ammissione al passivo.

(5) L'art. 1, D.Lgs. n. 123/1998 prevede "1. Il presente decreto individua i principi che regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, ivi compresi gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere, di seguito denominati 'interventi', concessi da amministrazioni pubbliche, anche attraverso soggetti terzi".

(6) All'uopo basta fare rinvio al già citato lavoro di L. D'Orazio, *Crediti*, cit., 119.

(7) L. Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in questa *Rivista*, 2021, 1181 ss.; R. Brogi, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, codice della crisi e D.L. 118 del 2021*, *ibid.*, 1285 ss.; G. Falcone, *I finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: continuità ed innovazioni nel "codice della crisi e dell'insolvenza"*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, II, 709 ss.; A. Guiotto, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in questa *Rivista*, 2017, 1063 ss.; S. Fortunato, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 587 ss.; P. Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 43 ss.

(8) M. Fabiani, *Privilegio dei crediti con garanzia dello stato: una postilla*, in questa *Rivista*, 2020, 1396 ss., in calce a L. D'Orazio, *Il privilegio Sace ex d.lgs. n. 123 del 1998 tra revoca provvedimentale e risoluzione di diritto nella fase esecutiva del rapporto*, *ivi*, 2021, 1383 ss.

(9) A.A. Dolmetta, *prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 253 ss.; S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9, D.Lgs. n. 123 del 1998*, in *giustiziacivile.com*.

(10) S. Delle Monache, *Garanzie*, cit.

(11) Si noti che già in passato Cass. Civ. 2 marzo 2012, n. 3335, in questa *Rivista*, 2013, 122 ss., aveva precisato che l'art. 9, comma 5, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123, in materia razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, nel prevedere la revoca del beneficio e disporre il privilegio in favore del credito alle restituzioni, subordina tale prelazione alla circostanza che la precedente erogazione, di cui si sollecita la restituzione, sia stata effettuata "ai sensi del presente decreto legislativo", vale a dire nell'ambito degli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive già in atto, e non, invece, meramente rivolti alla formazione di realtà imprenditoriali soltanto potenziali e future, pur quando il finanziamento sia stato erogato in seguito ad intervento finanziario di derivazione comunitaria. Con questa precisazione aveva offerto una lettura restrittiva della attribuzione del privilegio.

(12) R. Rordorf, *È privilegiato il credito di regresso spettante a Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, in *www.giustiziacivile.com*.

(13) In questo senso Trib. Tolmezzo 11 marzo 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 3618 ss.; Trib. Milano 3 luglio 2014, in *IlSocietario.it*.

(14) Trib. Milano 17 febbraio 2011, *ilFallimentarista.it*.

(15) Trib. Trieste 30 maggio 2017, in *Riv. dir. fall.*, 2018, II, 974 ss.; Trib. Torino 2 luglio 2014, *ilFallimentarista.it*; Trib. Padova 12 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pistoia 21 maggio 2015, ined.; Trib. Milano 2 luglio 2014, ined.; Trib. Torino 2 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna 6 giugno 2012, ined.; in dottrina, M. Mancini - T. Stanghellini, *L'ambito di applicazione del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998: le garanzie rilasciate da sace s.p.a.*, in *www.ilcaso.it*; C. Trentini, *Privilegio dei crediti di restituzione derivanti da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive*, in questa *Rivista*, 2019, 618 ss.; R. Rordorf, *E privilegiato*, cit.; ma, in senso opposto, Trib. Treviso 4 gennaio 2017, in *www.societaefallimenti.it*; Trib. Padova 23 luglio 2012 e Trib. Saluzzo 9 settembre 2010, ined.

(16) Cass. Civ. 20 aprile 2018, n. 9926, in *Rass. avv. Stato*, 2018, fasc. 1, 89 ss.; Cass. Civ. 30 gennaio 2019, n. 2663, in questa *Rivista*, 2019, 613 ss.; Cass. Civ. 9 marzo 2020, n. 6508, in *Foro it.*, 2020, I, 2382 ss.; A. Bolognese, *Il privilegio dei crediti nascenti dalla revoca del finanziamento pubblico per il sostegno alle imprese: il caso della revoca della garanzia*, in questa *Rivista*, 2019, 898 ss.; M. Zappalà, *Privilegio del fondo di garanzia PMI: tra tutela del credito e principi del concorso*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 960 ss.

(17) Cass. Civ. 30 gennaio 2019, n. 2664, in questa *Rivista*, 2019, 892 ss.; Cass. Civ. 13 maggio 2020, n. 8882, *ivi*, 2020, 1378 ss. A. Bolognese, *Il privilegio*, cit., 899.

(18) Così, invece, A. Bolognese, *Il privilegio*, cit., 899, la quale reputa che la natura accertativa superi le criticità dell'art. 45 l.fall.; in passato, in senso contrario, App. Roma 12 gennaio 2012, in *DeJure*. Sull'importanza della opponibilità v., anche A. Migliorino, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.dirittodellacrisi.it*.

(19) V., Cass. Civ. 20 aprile 2018, n. 9926.

(20) Cass. Civ. 27 novembre 2020, n. 27159, *ivi*, 30 novembre 2020; Cass. Civ. 22 ottobre 2020, n. 23137, *ibid.*; Cass. Civ. 16 luglio 2020, n. 15199, in *Mass. Giust. civ.*, 2020; Trib. Ravenna 9 febbraio 2021, in *www.iusexplorer.it*, 2021.

(21) V., Cass. Civ. 2 marzo 2012, n. 3335, cit., 122, secondo la quale "L'art. 9, 5° comma, d.leg. 31 marzo 1998 n. 123, in materia razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, nel prevedere la revoca del beneficio e disporre il privilegio in favore del credito alle restituzioni, subordina tale prelazione alla circostanza che la precedente erogazione, di cui si sollecita la restituzione, sia stata effettuata 'ai sensi del presente decreto legislativo'".

(22) Cass. Civ. 16 maggio 2018, n. 11917, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass. Civ. 10 febbraio 2003, n. 1946, in *Arch. civ.*, 2003, 737 ss.; Cass. Civ. 15 settembre 1995, n. 9763, in questa *Rivista*, 1996, 350 ss.; C. Trentini, *Privilegio*, cit., 619.

(23) Cass. Civ., SS.UU., 17 maggio 2010, n. 11930, in *Foro it.*, 2010, I, 2032 ss.

(24) Cass. Civ. 17 febbraio 2012, n. 2320, in *Dir. prat. trib.*, 2012, II, 665 ss.; Cass. Civ. 26 agosto 2005, n. 17396, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Privilegio*, n. 13; A. Migliorino, *Revoca*, cit. Ma v. Cass. Civ. 17

dicembre 2020, n. 28892, in *Mass. Giust. civ.*, 2021, che ha attribuito il privilegio anche ai finanziamenti concessi dalle Regioni; L. Panzani, *I privilegi dei crediti finanziari*, in questa *Rivista*, 2021, 1257 ss.

(25) A. Bolognese, *Il privilegio*, cit., 903; M. Zappalà, *Privilegio*, cit., 960; S. Leuzzi - P. Rinaldi, *La ristrutturazione del debito da finanziamento "emergenziale" garantito: una criticità e una proposta*, in *www.dirittodellacrisi.it*.

(26) L. Panzani, *I privilegi*, cit., 1261; Cass. Civ. 20 settembre 2017, n. 21841, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass. Civ. 20 aprile 2018, n. 9926, cit., 89; in senso opposto, però, D. Galletti, *Il privilegio generale, anzi speciale di SACE nel concordato preventivo omologato*, in *ilfallimentarista.it*; A. Zanellato, *la natura privilegiata del credito del fondo di garanzia per le PMI*, in *Filodiritto.it*. V'è, pure, una tesi intermedia - patrocinata da L. Andretto, *Natura privilegiata del credito per restituzioni di finanziamenti pubblici: il caso di SACE*, in questa *Rivista*, 2019, 226 ss.; C. Trentini, *Privilegio*, cit., 618 - secondo il quale il privilegio sarebbe speciale laddove il finanziamento fosse mirato all'acquisizione di beni specifici.

(27) M. Zappalà, *Privilegio*, cit. 960. Lasciamo in disparte una questione trattata da Trib. Milano 2 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale "Il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d. lg. 123/98 non si applica alle prestazioni di garanzia ex artt. 2, comma 100, l. 662/96, art. 15 l. 266/97 (che è intervenuto successivamente nella materia). Nessun richiamo vi è, difatti, nell'art. 9, comma 5, d. lg. 123/98, né in altre disposizioni del suddetto decreto legislativo al Fondo di garanzia PMI, né vi è alcun rinvio recettizio all'art. 2, comma 100, l. 662/96 né all'art. 15 l. 266/97. Né è sostenibile che detto privilegio possa essere richiamato in virtù dei decreti del Ministro delle Attività Produttive del 20.06.2005 e del 23.09.2005, nonché del decreto MISE del 23.11.2012 (decreti che, peraltro, si limitano a richiamare il ricorso alla procedura esattoriale per la riscossione del credito), posto che il privilegio può essere stabilito solamente dalla legge. Pertanto, dovendosi dare alla norma istitutiva del privilegio una interpretazione restrittiva, coerentemente con la natura speciale delle norme istitutive di privilegi (peraltro esse stesse oltremodo numerose e tali da alterare irreversibilmente la parità di condizioni nel concorso dei creditori), la norma in questione non può essere applicata alle prestazioni di garanzia a carico del Fondo PMI gestito dal MISE".

(28) Sulla alternatività e sulla distinzione tra surrogazione e regresso v., A. Ravazzoni, *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, 291 ss.; G. Amadio - F. Macario, *Diritto civile*, II, Bologna, 2014, 260 ss.; G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. dir. priv. Iudica - Zatti*, Milano, 2010, 542 ss.; sulla valenza solo definitoria delle due azioni, v., M. Fragali, voce *Fideiussione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, 356 ss.; sulla assenza di incompatibilità fra i rimedi v., M. Costanza, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, in questa *Rivista*, 2006, 1418 ss. Più in generale, A. Alpini, *Regresso e surrogazione - Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014, *passim*; G. Corapi, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010, *passim*.

(29) Cass. Civ. 30 gennaio 2019, n. 2664, cit., 892; Cass. Civ. 10 giugno 2020, n. 11122, in *Mass. Giust. civ.*, 2020; in queste pronunce si afferma che non è marginale osservare, a questo proposito, che, secondo consolidati orientamenti della giurisprudenza di questa Corte, "l'azione di regresso spettante al debitore solidale, che abbia effettuato il pagamento, è in sostanza un'azione di surrogazione" e che il termine "regresso" e il termine "surroga", che in concreto vengano utilizzate, sono da ritenere tra loro equivalenti. A ciò si è aggiunto che "Com'è evidente, se il privilegio afferisse (anche) alla banca, che concede il mutuo nel contesto dell'ordinaria sua attività di impresa, la previsione normativa sarebbe del tutto ingiustificata; per contro, la concessione di garanzia (i.e.: l'impegno negoziale assunto nei diretti confronti del creditore) ha propriamente causa nell'intervento di sostegno pubblico: sarebbe disparità del tutto non giustificata, perciò, se l'intervento di garanzia non si giovasse del privilegio che pur assiste, nel contesto normativo del D.Lgs. n. 123 del 1998, le altre forme di intervento poste a sostegno pubblico delle attività produttive".

(30) Come giustamente osserva S. Delle Monache, *Garanzie*, cit., non è immaginabile una trasmutazione genetica nel caso della surroga.

(31) Così, invece, Cass. Civ. 7 luglio 2017, n. 16870, in *Mass. Foro it.*, ha sostenuto che sarebbe una "forzatura logica assumere che, se il credito della banca non fosse *ab origine* munito di privilegiato - privilegiato è solo il credito dello Stato - lo possa essere divenuto a seguito del pagamento effettuato da Sace".

(32) Sulla base di questi argomenti, condivide la tesi della sussistenza del privilegio, A. Bolognese, *Il privilegio*, cit., 902.

(33) Cass. Civ. 14 gennaio 1999, n. 330, in *Mass. Giust. civ.*, 1999.

(34) A. Migliorino, *Revoca*, cit.

(35) L'apertura di una procedura di concorso determina un effetto di segregazione del patrimonio del debitore, patrimonio che è funzionalizzato al soddisfacimento dei creditori che hanno titolo anteriore (ferme restando, ovviamente, le prededuzioni); per il fallimento, cfr., il classico volume di A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 63 ss.; per il concordato, in luogo di

molti v., M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2014, 300 ss.

(36) Sulla cristallizzazione dei privilegi v., Cass. Civ. 28 dicembre 1994, n. 11250, in *Riv. dir. fall.*, 1995, II, 554.

(37) Certo, visto l'indirizzo assunto dalla Corte di cassazione, un accorto debitore - pur avendo ampio titolo per contestare il privilegio - dovrebbe predisporre una domanda di concordato nella quale inserire tra i creditori chirografari la banca erogante e poi costituire un fondo-rischi, in privilegio, qualora la banca escuta Sace; in termini simili v., M. Zappalà, *Privilegio*, cit., 960; S. Leuzzi - P. Rinaldi, *La ristrutturazione*, cit.

(38) Il coobbligato (nella specie fideiussore) del debitore principale fallito per insinuarsi al passivo, in via di regresso o in virtù di surrogazione, dopo il pagamento effettuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 61, comma 2, l.fall., deve dimostrare il carattere integralmente satisfattivo delle ragioni creditorie, non essendo rilevante un pagamento parziale pur se idoneo ad esaurire l'obbligazione del *solvens* secondo Cass. Civ. 20 novembre 2019, n. 30198, in *Guida dir.*, 2020, 6, 109 ss.; Cass. Civ. 17 ottobre 2018, n. 26003, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Fallimento*, n. 303; in dottrina, F. Macario - G. Ivone, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Milano, 2016, 1365 ss.; V. Zanichelli, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio - B. Sassani, II, Milano, 2014, 103 ss.; M. Ferro, *La legge fallimentare*, Milano, 2014, 786 ss.; G. Stella, *sub art. 61*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, 2010, ss. 1179; B. Izitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 246 ss.; S. Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, Milano, 1989, 15 ss.; R. Vaccarella, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Riv. dir. fall.*, 1967, 46 ss.

(39) Sul superamento dell'idea della ammissione con riserva v., Cass. Civ. 4 agosto 2017, n. 1960, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 330, per la quale il fideiussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale; potrà invece essere ammesso al passivo solo dopo il pagamento, in surrogazione del creditore, considerata la natura concorsuale del credito di regresso. Ed infatti, per Cass. Civ. 13 luglio 2017, n. 17413, *ibid.*, voce cit., n. 331, Il credito di regresso del fideiussore, che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale, ha natura concorsuale, in quanto esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto, mutandone la concorsualità, senza violare, quindi, il principio di cristallizzazione della massa passiva; ne consegue che il fideiussore *solvens* può esercitare il credito di regresso, nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche qualora non ne abbia chiesto e ottenuto l'ammissione al passivo con riserva. Il tema era stato scolpito quando si è predicato Il principio della cristallizzazione della massa passiva non impedisce, di regola, la sostituzione del credito spettante, in via di surrogazione o regresso, al coobbligato solidale, il quale abbia pagato in data successiva alla dichiarazione di fallimento del debitore principale, operando il pagamento come causa estintiva del credito vantato da quest'ultimo nei confronti del debitore principale, con la conseguente esclusione di qualsiasi duplicazione di crediti; ne deriva quindi che il coobbligato non è tenuto ad insinuare al passivo il proprio credito con riserva, potendo farlo valere in sede fallimentare con l'ordinaria istanza di ammissione, tempestiva o tardiva; tuttavia, è inammissibile la surrogazione, allorché il pagamento effettuato dal coobbligato o dal fideiussore non risulti integralmente satisfattivo della pretesa del creditore, ostando a ciò l'art. 61, 2 comma, l.fall., il quale costituisce una norma speciale che introduce un'eccezione al principio dell'opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti, e, nel subordinare l'esercizio dell'azione di rivalsa alla condizione che il creditore comune sia stato soddisfatto per l'intero credito ove il pagamento sia effettuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, detta una disposizione applicabile non solo all'azione di regresso, specificamente contemplata dalla norma in esame, ma anche a quella di surrogazione, posto che, ai fini dell'ammissibilità tanto della surrogazione, quanto del regresso, ciò che rileva non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale *ex parte creditoris*, cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento, v., Cass. Civ. 1° marzo 2012, n. 3216, in *Riv. dir. fall.*, 2013, II, 243 ss.

(40) La insinuazione al passivo del credito del coobbligato può aver luogo solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento, che configura il fatto costitutivo del diritto al regresso o della modifica in sede di surrogazione o della sua assunzione, nel rapporto principale, della veste di unico creditore, v., Cass. Civ. 11 novembre 2020, n. 25317, in questa *Rivista*, 2021, 272 ss.; Cass. Civ. 20 novembre 2019, n. 30198, cit., 109.

(41) Infatti, per Cass. Civ. 17 gennaio 2008, n. 903, in *Foro it.*, 2008, I, 1125 ss., il credito di regresso del fideiussore che abbia integralmente soddisfatto il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale, è un credito concorsuale perché trova la sua origine in un momento anteriore al fallimento e può essere insinuato al passivo determinando l'esclusione del creditore soddisfatto, senza che rilevi la circostanza che il garante abbia in precedenza presentato domanda di ammissione al passivo con riserva.

(42) V., R. Rosapepe, *Gli effetti nei confronti dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, III, Torino, 2014, 118 ss.

- (43) R. Rordorf, *È privilegiato*, cit., nega che si tratti di espressione utile ai fini del riconoscimento del privilegio.
- (44) In termini simili v., A. Migliorino, *Revoca*, cit. In senso contrario M. Zappalà, *Privilegio*, cit. 960, osserva che una volta effettuato il pagamento il credito partecipa al concorso come credito privilegiato.
- (45) L. D'Orazio, *Crediti*, cit., 125; L. Panzani, *I privilegi*, cit., 1256; anche M. Zappalà, *Privilegio*, cit., 960, aveva provato ad avanzarla per poi ritenerla impraticabile.
- (46) Cass. Civ. 30 gennaio 2019, n. 2664, cit., 892.
- (47) In termini simili v., A. Migliorino, *Revoca*, cit.
- (48) Ad esempio, L. Panzani, *I privilegi*, cit., 1259, reputa che ciò possa giustificarsi solo se il privilegio sorga *sub condicione*.
- (49) S. Delle Monache, *Garanzie*, cit.
- (50) Cass. Civ. 4 agosto 2017, n. 19609, in *Mass. Giust. civ.*, 2017.
- (51) C. Trentini, *Privilegio*, cit., 622.
- (52) Sul punto v., le proposte di S. Leuzzi - P. Rinaldi, *La ristrutturazione*, cit.