

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*

SOMMARIO: *Prospettive* – 1. Il «prezzo» del credito da pandemia nell'inquadramento della Banca d'Italia – 2. (*Segue*). Non condivisibilità dell'impostazione. – 3. La prospettiva del decreto: la garanzia statale. – 4. (*Segue*): il ruolo delle banche. – 5. La ricerca della finalità prevalente. – *Transito* – 6. Idem. – *Profili problematici*. – 7. Sui contorni della garanzia Sace. – 8. Garanzia Sace e privilegio. – 9. La regolazione del «prezzo» del credito. – 10. (*Segue*): il «prezzo» del preammortamento. – 11. Il problema della «rinegoziazione». – 12. Il plesso decisionale privato - pubblico (dal rischio alla valutazione del credito).

Prospettive

1. Il «prezzo» del credito da pandemia nell'inquadramento della Banca d'Italia

Lo scorso 15 aprile la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario ha proceduto all'audizione del capo del dipartimento «Vigilanza bancaria e finanziaria» della Banca d'Italia, Paolo Angelini, in merito alle «iniziative della task force per la liquidità del sistema bancario nell'emergenza sanitaria». L'audizione ha in particolare riguardato – come ha precisato, nell'aprire la seduta, la presidente della Commissione, Carla Ruocco – «l'efficiente e rapido utilizzo delle misure di supporto alla liquidità adottate dal Governo con i provvedimenti» di contrasto alla pandemia¹.

In punto di «costo [*i.e.*: prezzo²] dei prestiti [considerati da tali provvedimenti] rispetto a quelli ordinari» il capo del dipartimento ha,

(*) Lo scritto intende onorare il presidente Antonio Didone.

¹ Il testo integrale dell'audizione è reperibile su camera.it/leg18/1132?shadow-prima-pagina=10433.

La dichiarazione trascritta nel testo si trova circa un'ora e mezza dopo l'inizio della registrazione.

² Il lavoro si sofferma tanto sui «costi» applicati dalle banche alla clientela (di «costi richiesti» parla, ad esempio, l'art. 1 comma 2 lett. h. decreto di liquidità), quanto sui «costi» sopportati dalle imprese bancarie nello svolgimento della loro

tra l'altro, dichiarato: si tratta di un tema che «in parte viene lasciato alla discrezionalità delle parti»; «è evidente che un tasso di interesse deve essere in questa fase commisurato al rischio del prenditore, ma anche alla situazione di estrema liquidità e di tassi estremamente bassi; quindi, non dovrebbe essere ragionevole vedere sul mercato tassi molto alti, disancorati dal costo della liquidità o dal premio per il rischio». «La mia impressione è che in questa fase sia importante soprattutto che le imprese debitori abbiano accesso alla liquidità, un po' a prescindere dal costo [prezzo], senza volere ovviamente mettere in secondo piano l'importanza di un *pricing* corretto. Su questo fronte, però, i meccanismi concorrenziali, che hanno funzionato sino ad adesso, dovrebbero continuare a funzionare»; prima che si verificasse l'emergenza, «c'era il rischio di tassi molto molto bassi in genere sui prestiti. Questo è un tema complicato che lasceremo al mercato, ma che ovviamente continueremo a monitorare attentamente».

2. (Segue). *Non divisibilità dell'impostazione*

L'impostazione concettuale che emerge dalle affermazioni appena riferite può fare sorgere, a me pare, molti e molti pensieri. In relazione allo svolgimento del presente discorso – che intende concentrarsi sulla materia delle misure adottate dal decreto liquidità in relazione ai negozi di credito seguenti all'emergere della pandemia – ne vengo a segnalare tre, sostanzialmente in fila tra loro³.

attività (ai «costi di gestione» si richiama, sempre ad esempio, l'art. 13 comma 1 lett. m. del decreto). Unica la parola, i relativi concetti sono «naturalmente» diversi.

La cosa può creare confusione (cfr., in termini davvero esemplari, l'*incipit* della citata lett. h.): al di là del fatto che si tratta di espressione di uso tutto sommato corrente. Tra le varie opzioni disponibili, la più efficace e chiara è persa quella di designare i «costi» contrattuali con la parola «prezzo»: per quanto tecnicamente impropria, la formula risulta così adoperata nell'ambito dell'art. 117 TUB.

Ancora due precisazioni: salvo diversa indicazione, con «prezzo» si intende qui fare riferimento all'insieme (o genere) delle diverse voci che, nei contratti bancari, vengono a comporre il carico economico dell'operazione per il cliente; la parola «prezzo» rimane anche quando si riferisce ai «costi» che al cliente derivano dalla stipulazione di un contratto bancario in ordine allo svolgimento della propria attività (di impresa o meno).

³ Uno sviluppo a parte meriterebbe, se non altro, il tema dell'«eccesso di concorrenza» tra le banche operanti in Italia, che il capo del dipartimento solleva (:

Il primo segue alla constatazione del tipo di risalto che viene dato – per la dimensione del prezzo del credito erogato – al costo della provvista: quale fattore, appunto, in sé stesso determinante. Viene da chiedersi, in effetti, la ragione, per cui dovrebbe essere considerata trascurabile, se non proprio irrilevante, ogni altra cosa. Come, se non altro, l'incidenza degli altri costi in concreto sopportati dalle diverse imprese bancarie (quali, ad esempio, quelli relativi al proprio personale; agli immobili strumentali e non ...); come lo *spread* di profitto che queste decidano di praticare. Come pure, per altro verso, l'incidenza delle voci economiche ulteriori rispetto agli interessi – le altre «condizioni del prezzo» (nel lessico dell'art. 117 TUB) –, che non siano connesse al costo della provvista (e così, ancora, la misura della maggiorazione del tasso moratorio rispetto al compensativo, che venga stabilita).

Il secondo pensiero riguarda la dissociazione che la detta impostazione viene a prospettare tra l'accesso al credito e il prezzo dell'accesso medesimo, che viene stimato profilo (al più) secondario: pure nella compiuta rilevazione – e anzi sottolineatura – che, per sé, la misura del prezzo è funzione della misura di rischio che l'operazione propone e che, nel tempo attuale, si discorre di crediti da sofferenza pandemica⁴. La stessa sembra dunque trascurare, a me pare, l'incidenza e peso che può assumere il prezzo del credito per la sua rimborsabilità: altrimenti detto, che l'accesso al credito può venire a dipendere proprio dalla misura del prezzo praticato, come ago della relativa sostenibilità.

vigilanza non solo in Italia, che ci fosse una politica dei prezzi eccessivamente aggressiva da parte delle banche. Intendo dire: tassi di interessi troppo bassi, magari con l'idea di fare quello che gli inglesi chiamano *cross selling*, cioè ti attiro con un prodotto chiamiamolo “civetta”, con riserva magari di compensare con commissioni da risparmio gestito o con commissioni su altri fronti; però c'era il rischio di tassi molto molto bassi in genere sui prestiti. Questo è un tema complicato che lasceremo al mercato, ma che ovviamente continueremo a monitorare attentamente»).

⁴ Così, il capo del dipartimento: «non c'è automatismo tra i beneficiari dei provvedimenti messi in campo dal governo ... e la classificazione come *non performing loan*»; «se un'impresa perfettamente sana fino agli inizi di febbraio non deve, sulla base di un meccanismo prudenziale, trovarsi in situazione di difficoltà a causa del coronavirus, allo stesso tempo è possibile che una perdita di produzione, quale quella che si prefigura per l'economia europea e per l'economia italiana, qualche problema di NPL lo crea». «Quindi, il timore di trovarsi classificati NPL ... è un timore realistico».

dalla misura del prezzo praticato, come ago della relativa sostenibilità. Dall'impostazione in discorso, insomma, resta esclusa l'idea che, nel concorso di determinate contingenze (quale quella pandemica), occorra assistere e rendere agevole la possibilità effettiva di restituzione dell'erogato: in un simile contesto di riferimento concettuale, meglio, l'evocazione di un profilo di «solidarietà», più che fuori luogo, risulta proprio impensabile.

A compimento dei primi due, il terzo pensiero prende tratto dall'enfasi che l'audizione dà ai patti di autonomia (alla «discrezionalità dei privati»), a scapito (anche) delle misure di intervento adottate dal decreto di liquidità. Il rilievo da riconoscere a queste ultime ne viene, di conseguenza, del tutto ridimensionato e marginalizzato. Così facendo, però, si finisce, a me pare, per trascurare un punto invece di importanza centrale.

Non si qui fa questione – non è inopportuno precisare – del maggiore o minore rilievo che si intenda assegnare all'autoregolamentazione del mercato o all'esistenza di (più o meno) invisibili «mani», o «poteri», volti a sistemare tutto per bene. Il riscontro è diverso. Nella specie, comunque, l'intervento dello Stato, come condotto (soprattutto) dalle misure dettate nel decreto di stabilità, è venuto a irrompere sul mercato del credito, incidendo sugli equilibri – o anche squilibri – preesistenti ovvero per il futuro presumibili. La quantità delle risorse messe a disposizione indica, invero, che non si tratta di un intervento volto a incidere su tipologie più o meno episodiche di operazioni o su settori sostanzialmente circoscritti⁵: di carattere più che massivo, l'intervento attuale appare propriamente inteso ad alterare le coordinate di riferimento del mercato del credito. Volendo: a creare una nuova fisiologia del mercato (seppur di natura, per sé, «provvisoria»).

Di un simile fattore non si può, dunque, non tenere conto.

3. La prospettiva del decreto: la garanzia statale

3.1. Emergenziali e temporanee, le misure adottate dal decreto liquidità per il mercato del credito sono in modo dichiarato connesse –

⁵ Come si potrebbe pensare in relazione al settore (peraltro vasto) degli interventi pubblici di sostegno alle imprese disciplinati dal d.p.r. n. 123/1998 e successive modifiche.

in termini tanto di causa, quanto di funzione – alla pandemia in essere («emergenza COVID-19») e alla crisi economica che è conseguita alla sua esplosione e ai provvedimenti messi in campo per contrastarla, di sospensione e/o riduzione delle attività sia di produzione, che di consumo dei privati⁶.

In quanto tali, le stesse risultano destinate – nel loro specifico – a fare fronte a un problema oggettivamente complicato e difficile.

Nel contesto di una crisi economica così profonda e distribuita nel mercato, qual è quella attuale, la crescita del bisogno di credito risulta non diversamente diffusa, nei singoli operatori andandosi – in via tendenziale – a porre come struttura di sopravvivenza della propria operatività: e con connessa crescita, pure, della difficoltà, per gli stessi, di conseguire i mezzi occorrenti per il dovuto rimborso dell'erogato. Perdurando nel tempo la pandemia – e pure allungandosi *pari passu* i provvedimenti di contrasto e quindi anche le limitazioni alle attività dei privati –, bisogno di credito e difficoltà di rimborso vengono poi a crescere in via esponenziale: con corrispondente lievitazione, tra l'altro (e specie in una prospettiva di pura autoregolamentazione), anche del prezzo inerente al rapporto (interessi di mora compresi).

In sintesi: un mercato in progressivo e forte deterioramento; sempre più marcata la crescita delle posizioni di *non performing loan*, di incagli, di sofferenze, etc.

3.2. Le misure adottate dal decreto liquidità si fissano, nel loro scheletro essenziale, su due poli cardinali: il diretto coinvolgimento delle banche, quali prestatori di danaro; la partecipazione, pure diretta,

⁶ Il decreto liquidità è univoco nel prendere in considerazione solo situazioni «colpite» dalla pandemia [così V. MINERVINI, *Il rischio di «insolvenza diffusa»*. *Spunti di riflessione per la «fase 2» (e una proposta operativa)*, in *Il Caso*, 2020, n. 936]. Non sempre appare chiara peraltro il tipo di incidenza causale che la pandemia deve avere avuto sul pregresso.

Quanto all'effetto negativo seguito al verificarsi dell'emergenza sanitaria, il decreto delinea uno spettro ampio (anche in relazione alle diverse misure di garanzia che viene a presentare). La fascia più bassa di operazioni garantite (art. 13 lett. m.) si fissa, così, sulla produzione di generico «danneggiamento»: che in sé può essere del tutto modesto, quanto, all'opposto, tombale (su quest'ultima eventualità si torna nella nota 14 e nel n. 12.3.). La fascia intermedia di operazioni (art. 13, lett. g.) comprende, tra le altre, anche le situazioni «classificate come “inadempienze probabili” o “scadute o sconfinanti deteriorate” ai sensi del paragrafo B della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia».

dello Stato (per il tramite, a seconda dei casi, della Sace o del Fondo di garanzie per le PMI), a mezzo di prestazione di apposita garanzia personale: per certe fattispecie, totale; per altre, parziale, a salire dal 70% dell'«importo del finanziamento».

Com'è palese, la struttura di questa idea riposa su «schemi base» già ampiamente collaudati: quale, in particolare, quello contenuto nel d.lgs. n. 123/1998 (e modifiche successive), di razionalizzazione degli interventi pubblici a sostegno delle imprese (peraltro, il decreto liquidità, pur in premessa sottolineando la «specializzazione acquisita» da Sace, non fa riferimento a tale presidio legislativo); quale, altresì, quello predisposto per l'operatività del Fondo gestito dal Mediocredito Centrale, sulla base della legge n. 662/1996, art. 2 comma 100 (che è invece richiamata dalla nuova legge).

Su questa base, il decreto liquidità viene principalmente ad articolare tre diverse specie di operazioni⁷, che risultano distinguibili, prima che per ogni altra cosa, per la dimensione del credito di relativo riferimento. Per la fascia più alta (art. 1, garanzia Sace) e la fascia più bassa (art. 13, comma 1, lett. m., garanzia Fondo) si prevedono anche disposizioni che riguardano il prezzo del credito concesso (cfr. *infra*, n. 9).

Il meccanismo base così proposto, che è di condivisione, non risulta privo – va subito segnalato – di giustificazione oggettiva. La qualità, ritenuta particolarmente «affidabile», del garante Stato consente di ritenere senz'altro trasferito su di esso il rischio di credito connesso all'operazione (naturalmente, in relazione alla misura di garanzia concessa), così assicurandosi l'efficienza dello strumento di intervento. Nel contempo, avere posizionato l'intervento sulla linea della garanzia

⁷ Nei fatti, il complesso testo normativo del decreto liquidità prevede interventi di garanzia statale anche su altre tipologie operative: dalle garanzie su «portafogli di finanziamenti» a quelle per il microcredito.

Bisogna dire che, per la verità, una simile «analiticità» qualche dubbio di efficienza lo viene a sollevare: anche tenuto conto che il testo normativo è, nel complesso, di difficilissima lettura e che le disposizioni, che lo compongono, sembrano più di una volta scritte «a valanga» (esemplare al riguardo appare la lett. m dell'art. 13: una cinquantina di righe, distribuite per cinque periodi, affastellati a partire dalla articolazione sintattica; il primo periodo dura – incessante – per ventidue righe).

La domanda è se – meglio, fino a che punto – il concreto dell'attuale situazione pandemica abbia reso inevitabile un simile esito.

Non v'è dubbio, comunque, che anche le norme costituiscono un prodotto: con confezione che condiziona alquanto il contenuto.

consente allo Stato di non sopportare – per la durata del rapporto di credito – i costi della provvista, che rimangono a carico della banca erogatrice delle somme⁸. Anche se – va almeno *in limine* messo in evidenza – forse sarebbe stato più opportuno prevedere, per una serie di ipotesi contenuta e ben selezionata, un intervento di sostegno pubblico nella versione del contributo in conto interessi⁹, condotta sulla falsariga sostanziale dell'art. 7 comma 6 d.lgs. n. 123/1998¹⁰.

4. (Segue): *il ruolo delle banche*

La partecipazione delle banche all'effettiva realizzazione delle misure predisposte nel decreto liquidità ha base e natura volontaria. Nessuna norma, nel contesto del decreto, risulta imporla: una simile opzione potrebbe soffrire, del resto, di non lievi problemi di legittimità costituzionale. D'altra parte, il decreto non progetta, o anche solo contempla, l'idea di un accordo preventivo, e di tratto generale, tra le banche (*uti singulae* oppure come complesso) e lo Stato¹¹.

Pure sul fronte dei rapporti con la clientela – va aggiunto – l'adesione delle banche al meccanismo di intervento in discorso non risulta vincolato. In effetti, perché si possa anche solo porre il quesito dell'eventuale esistenza di una qualche posizione attiva del cliente rispetto all'agire della banca (così, in punto di dovere motivazionale circa l'esame delle richieste di credito pandemico e di rispetto del

⁸ Letto alla luce delle categorie privatistiche del diritto d'impresa, l'intervento posto in essere dallo Stato si ascrive al genere dell'attività di credito di firma (cfr. nell'art. 1 TUB), pur se, all'interno di questo contesto, esso presenta delle peculiarità indubbie, in ragione del rapporto – costruttivo delle concrete fattispecie operative – che viene qui a instaurarsi tra garante e creditore (cfr. *infra*, n. 12.1.).

Per il rilievo che l'«intervento di sostegno a mezzo garanzia personale sembra proporre, per qualità, una tipologia di rischio imprenditoriale non diversa da quella propriamente portata dalla concessione dei mutui o comunque dalle rogazioni dirette di somme» v. Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664.

⁹ Che nell'ambito del decreto liquidità, invece, concernono solo, almeno se ho visto bene, la materia delle attività sportive (art. 14).

¹⁰ In questi giorni i *media* riportano con insistenza, peraltro, la voce di prossimi, e massivi, provvedimenti organizzati sulla linea dell'intervento a fondo perduto.

¹¹ Riferiscono i *media* dell'esistenza di una «task force», costituita in via informale (e, sembrerebbe, senza il fondamento di norme di rango primario) a fine marzo tra MEF, Banca d'Italia, ABI e MedioCredito Centrale.

principio della parità di trattamento)¹², occorre se non altro che questa abbia dato mano alla relativa operatività.

L'adesione delle banche al meccanismo di intervento – e, quindi, l'effettivo funzionamento del medesimo – si affida, in definitiva, a strumenti di suasività. Non a caso si è detto, nell'ambito governativo, che si sta chiedendo alle banche di fare un «atto di amore per l'Italia» ovvero che «serve la responsabilità» di queste (così alludendo, presumibilmente, ai concetti di «senso della società» e di «senso dello Stato»)¹³.

In proposito va peraltro osservato, al di là della suggestione indotta dalle parole appena trascritte, che sul piano oggettivo il meccanismo di intervento di cui al decreto – strutturato con la proposizione di una garanzia particolarmente «affidabile» per tutto o (elevata) parte del credito – ha dentro di sé, proprio intimo, un fattore di fortissimo, ed evidente, sostegno e agevolazione per le imprese bancarie.

In un mercato del credito deteriorato, com'è quello attuale (sopra, n. 2.1. in fine), la garanzia dello Stato, che risulta così proposta, viene a evitare significative contrazioni nello svolgimento dell'attività dell'impresa creditizia, comportando la possibilità – nonostante la situazione di crisi pandemica in essere – di un mercato stabile, diffuso e a rischio per sé marginale (per la parte di credito non coperto dallo Stato).

Non sembra dunque azzardato affermare che le misure disposte nel decreto liquidità perseguono l'obiettivo di dare stabilità al sistema bancario¹⁴.

¹² L'approfondimento di questo tema esula, per evidenti esigenze di contenimento della trattazione, dall'economia del presente lavoro (un micro cenno in materia è peraltro proposto dalla nota 25).

¹³ Per il primo riferimento v. *Il Sole 24 Ore Radicor Plus*, 28 aprile 2020.

La seconda affermazione appartiene a Andrea Orlando nell'intervento alla Camera dei deputati, 30 aprile. A quest'intervento così ha replicato Emilio Contrasto (segretario generale di Unisim/Confsal-Unità sindacale Falcri/Silcea/Sinfub): «all'onorevole Andrea Orlando, così come a chiunque ricopra incarichi pubblici di rappresentanza o di governo, chiediamo quella stessa responsabilità che l'ex ministro invoca alle banche» (Unisin Gruppo Intesa Sanpaolo, comunicato stampa, 30 aprile 2020).

¹⁴ Nelle operazioni di fascia più alta, la valutazione del merito di credito del prestatore, come condotta in modo oggettivo, documentato e professionale, appare presupposto per l'ammissione al credito coperto dalla garanzia: l'agevolazione può

5. La ricerca della finalità prevalente

5.1. Ciò, tuttavia, non esclude, né per sé mette in crisi, l'idea che le misure in discorso perseguano – oltre a quello di tutelare l'offerta del credito (anche) – l'obiettivo di rafforzare, e tutelare, la domanda del credito¹⁵.

Il punto, all'evidenza, è un altro: si tratta, piuttosto, di vedere come vengano bilanciati, nel concreto contesto della normativa, i detti due poli. Per esprimere con altri termini, forse più efficaci, lo stesso concetto: si tratta di capire quale sia, nel contesto in discorso, il fine ultimo dell'intervento normativo e quale sia, invece, l'interesse pur perseguito, bensì in funzione sostanzialmente strumentale rispetto all'altro (il fine-mezzo, per così dire).

Fermato l'oggetto della domanda, è appena il caso di aggiungere che la sua posizione non risponde a fini meramente, o propriamente, didascalici. La risposta è destinata, invece, a svolgere funzioni interpretative e ricostruttive (anche in via di affinamento e miglioramento) della normativa di cui al decreto; e pure per riempire gli spazi che questa – mi pare soprattutto sul piano direttamente negoziale – lascia in sostanza aperti. Questo, tuttavia, secondo una prospettiva che comunque non trascuri – data la complessità interna all'intervento normativo – l'esigenza di salvaguardare anche l'altro degli interessi ivi considerati.

5.2. La risposta al quesito appena tratteggiato si manifesta – occorre senz'altro dare atto – per nulla semplice e forse lascia, inoltre, qualche traccia di opinabilità. Fatte queste riserve, a me comunque pare che si debba preferire la soluzione che assegna alla tutela della domanda del

essere concessa, dunque, se è ragionevolmente presumibile il rimborso dell'erogato (cfr. anche nel n. 12.2.). Alla stessa conclusione sembra di doversi arrivare (pur sulla base di un intervento disciplinare assai meno nitido) pure per le operazioni di fascia intermedia (cfr. *infra*, nota 59).

Rimane oscura, invece, la situazione relativa alle operazioni di fascia più bassa, per le quali si potrebbe forse anche pensare a una prognosi (di restituzione dell'erogato) *ex ante* affidata, nel dettato legislativo, più che altro alla speranza (v. pure nel n. 12.3.).

¹⁵ Ritene che il decreto liquidità sia solo «una partita di giro quasi tutta a favore delle banche» G. PARAGONE, *Il premier Conte e il bluff dei prestiti. Solo le banche possono stare tranquille*, ne *Il Tempo*, 30 aprile 2020.

credito la funzione predominante della normativa contenuta nel decreto liquidità.

A supportare questa mia opinione stanno, in particolare, i rilievi qui sinteticamente accennati.

Un primo argomento prende tratto dalla constatazione che il decreto liquidità (non diversamente dai tanti altri provvedimenti normativi, che sono stati introdotti in questi mesi) non è stato originato dalla crisi di una o più banche o del sistema bancario nel suo insieme; bensì da una emergenza pandemica che ha determinato una crisi economica, nell'immediato colpendo, a livello macro, i prenditori del credito. A questo rilievo è subito da riconnettere, a me pare, anche quello dato dal principio costituzionale di solidarietà: come principio tra l'altro inteso a privilegiare – nel dare soccorso – le situazioni che si trovano in stato di difficoltà *attuale*, nell'oggi in posizione deteriore rispetto a quella degli altri. Nella medesima prospettiva, va segnalato che la conformità di simili interventi al diritto dell'Unione europea consegue – ed è condizionata – alla circostanza che i beneficiari dell'aiuto siano le imprese imprenditrici (cfr., in particolare, il *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 adottato dalla Commissione il 20 marzo*, che, al punto 11, discorre espressamente della esigenza di «garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese, in particolare le PMI, che si trovano a far fronte a un'improvvisa carenza di credito in questo periodo, per consentire loro di riprendersi dalla situazione attuale»).

Un altro ordine di ragioni è rinvenibile nelle «premesse» del decreto, che in specie si richiamano alla «straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica COVID-19 sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale, prevedendo misure di sostegno alla liquidità delle imprese e di copertura di rischi di mercato particolarmente significativi». Del resto, lo stesso *incipit* dell'art. 1 del decreto è esplicito nel dichiarare che lo strumento della garanzia statale è posto al «fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia COVID-19, *diverse* dalle banche e dagli altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito» (corsivo aggiunto): l'enunciazione appare sembra proprio possedere, in effetti, il tono del criterio guida (cfr. pure l'intitolazione dei capi I e II del decreto).

D'altro canto, se il provvedimento in discorso fosse inteso precipuamente a sostenere il lato dell'offerta del credito non avrebbe senso discriminare quello della domanda sulla base di situazioni di (più o meno accentuata) difficoltà anteriori o posteriori all'emergere della pandemia (cfr., ad esempio, le ipotesi considerate dall'art. 1, comma 2, lett. b.; dall'art. 13 comma 1, lett. g., quarto periodo; dall'art. 13 comma 1 lett. m., primo periodo).

Non sono senza significato – è ancora da notare, aprendo un poco lo sguardo sulla disciplina ulteriore (*extra* credito, cioè) contenuta nel decreto liquidità – le norme di cui agli artt. 6, 7, 8, quali disposizioni apertamente intese, nel sospendere temporaneamente l'applicazione di taluni precetti societari, a «mantenere in vita» delle imprese in forte difficoltà: sospensione che, in assenza di una simile funzione specifica, non potrebbe trovare senso alcuno. Si pensi, così, alla disposizione dell'art. 8, che «blocca» l'applicazione della regola della postergazione per i finanziamenti soci erogati tra aprile e dicembre 2020, così riprendendo, e anzi per certi versi estremizzando¹⁶, la sostanza della regola scritta nell'art. 182 *quater* legge fall. per i finanziamenti avvenuti nell'ambito delle procedure di concordato preventivo e di ristrutturazione dei debiti.

Transito

6. Idem

Facendo perno sulle considerazioni sin qui sviluppate, vengo adesso a svolgere qualche ulteriore rilievo, che più da vicino riguarda i profili negoziali delle operazioni di credito garantito regolate dal decreto di liquidità.

¹⁶ Nel senso che, nel contesto dell'art. 182 *quater*, la deroga alla regola della prededuzione avviene nell'alveo di una procedura a controllo giudiziale (quando il finanziamento è «in funzione della presentazione della domanda» di accesso alla procedura, poi, il beneficio della prededuzione, quale opposizione alla postergazione, dev'essere «espressamente disposto» dal giudice). Per dare almeno un minimo di equilibrio alla disposizione provvisoria, sarebbe occorsa la previsione di una durata minima «necessaria» dei finanziamenti soci.

Stante la *ratio* della disposizione dell'art. 8, che è sostegno alle imprese «danneggiate» dall'emergenza pandemica, è poi da reputare che la norma non si applichi al caso di società costituite nello spazio temporale considerato da questa.

Dico subito che l'analisi, che segue, non ha nessuna pretesa, né possibilità e neanche desiderio, di esaustività. Si tratta di semplici appunti, in realtà, presi a caldo e frammentari, che in qualche punto vengono ad assumere come punto di riferimento principale (sebbene non esclusivo) l'operazione di credito garantito dalla Sace (art. 1 decreto liquidità).

La nutrita messe di temi e problemi, che la materia solleva, è ragione già sufficiente per precludere, allo stato, disamine con intendimenti (per dire) a tutto campo.

Per altro verso, un approccio unitario alle tre forme di operazioni, su cui il decreto si ferma in modo principale – e che nell'immediato sono distinguibili in base alla dimensione del credito di relativo riferimento –, si manifesta comunque sconsigliabile¹⁷. Forse non impossibile sul piano oggettivo (attese sia l'unicità del fatto problematico da cui originano le norme, sia l'uniformità della finalità loro assegnata), un simile (e unificante) approccio appare comunque poco praticabile a livello concreto: remoto, secondo la mia impressione.

La fascia mediana (art. 13, comma 1 lett. a. - h.; garanzia Fondo) prende tratto e respiro di base dalla vigente disciplina relativa alle ordinarie operazioni garantite dal fondo per le PMI. Da questo ceppo risulta allontanarsi, per prendere vita propria, l'operazione di fascia di intervento più bassa (art. 13 comma 1, lett. m.). Che peraltro non appare nell'immediato coniugabile, o anche solo accostabile, con quella di fascia più alta. In realtà, la regolazione delle due operazioni segue, in linea di massima, tecniche normative assai lontane tra loro: la stessa idea di ipotizzare collegamenti «orizzontali» tra queste due disposizioni appare, di per sé, poco prudente.

Resta, naturalmente, l'unitarietà della finalità del decreto liquidità, come appunto sopra vista. Pure comune a queste diverse strutture disciplinari è, poi, l'ovvia esigenza di confrontarsi con i principi generali del sistema negoziale.

¹⁷ Visti presupposti e finalità, sembrerebbe naturale pensare all'opportunità di predisporre norme fortemente coordinate, se non mutuamente integrate tra loro di queste disposizioni, così dando anche la possibilità all'operatore (di qualunque tipo e livello) di una gestione semplice, e utile, dei relativi portati. Per un (raro) di norme (parzialmente) coordinate tra loro v. *infra*, nel n. 11, in materia di rinegoziazione.

Profili Problematici

7. Sui contorni della garanzia Sace

7.1. La garanzia prestata dalla Sace – recita l’art. 1, comma 2 lett. f.– è «a prima richiesta, esplicita, irrevocabile e conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della migliore mitigazione del rischio». La prima parte della formula riprende la descrizione di «garanzie», che risulta adottata dalle «Disposizioni operative» relative al Fondo di garanzia per PMI («definizioni» n. 12: «dirette, esplicite, incondizionate, irrevocabili ed escutibili a prima richiesta»)¹⁸.

È da chiedersi l’utilità di tutte queste parole¹⁹. Per dire: nel sistema vigente, la volontà di prestare garanzia deve essere sempre (quantomeno) espressa (art. 1937 c.c.).

Nel richiamato contesto normativo non viene però pretesa la formula «senza eccezioni». Che, per contro, sarebbe meglio comparisse nei testi contrattuali esecutivi del decreto.

Non v’è dubbio, infatti, che – per potere fare nel concreto funzionare il meccanismo predisposto dal decreto liquidità – la garanzia prestata dallo Stato debba integrare gli estremi del contratto autonomo di garanzia. La contemporanea presenza delle formule «a prima richiesta» e «senza eccezioni» appare dunque senz’altro opportuna; come pure occorre un’attenta sorveglianza delle clausole contrattuali di contorno (anche da ridurre, di conseguenza, al minimo indispensabile). Secondo la giurisprudenza della Cassazione, la presenza, in un contratto di garanzia personale, della «clausola di pagamento “a prima richiesta” e

¹⁸ Non diversamente dovrebbe essere – si può pensare – per la fascia più bassa di crediti garantiti, la lett. m. dell’art. 13 limitandosi a parlare, in proposito di «garanzia del fondo».

¹⁹ Il comma 5 dell’art. 1 afferma che la controgaranzia prestata dallo Stato a favore di Sace è, oltre che «a prima richiesta», pure «senza regresso». Cosa, tuttavia, decisamente impensabile: e infatti lo stesso prosieguo del comma 5 stabilisce che «Sace s.p.a. svolge ... per conto del Ministero dell’economia e delle finanze le attività relative ... al recupero dei crediti» (inspiegabilmente, peraltro, questo testo dichiara pure che l’attività di recupero è svolta «anche» nell’interesse di Sace: la controgaranzia dello Stato essendo speculare a quella data da Sace; non più chiara la ragione per cui, in un simile contesto specifico, Sace andrebbe, «anche per conto» del Ministero, a «escutere la garanzia»).

“senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia ..., salvo non vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione» (cfr., da ultimo, Cass., 19 febbraio 2019, n. 4717).

7.2.1. Un rilievo a parte si rende opportuno per la formula di «irrevocabilità» della garanzia, che pure viene richiamata nella descrizione legislativa della garanzia statale (cfr. nel n. 7.1.).

Nel contesto del sistema normativo delineato dal d.lgs. n. 123/1998 (come pure integrato dalla legge n. 33/2015), la formula si ricollega al tema della «revoca del beneficio» per mancanza, nel soggetto debitore, dei presupposti prescritti (art. 9 comma 1), ovvero pure per «patologie» insorte successivamente all’erogazione delle somme e nell’ambito di svolgimento del rapporto (Cass., 20 aprile 2018, n. 9926)²⁰. Nella prospettiva di questo sistema, d’altra parte, la concessione del beneficio, e le vicende successive che lo riguardano, rimangono interne al rapporto tra garante e debitore principale, come tali estranee alla persona del creditore garantito (comunque protetto, per di più, dalla presenza del contratto autonomo).

Peraltro, il decreto liquidità esprime un contesto diverso da quello dato dalla normativa appena citata. Da un lato, qui non è prevista una disciplina *ad hoc* del fatto della «revoca». Dall’altro, l’assetto normativo appare variamente coinvolgere, nella verifica del possesso nel richiedente dei requisiti prescritti, pure le banche destinate a giovare della garanzia (cfr., così, le lett. b. e c. del comma 2, il comma 6 dell’art. 1; la lett. m. dell’art. 13)²¹. Né sembra peregrino pensare che il possesso, nel debitore, dei requisiti prescritti si ponga, di per sé, come presupposto di effettiva operatività della garanzia.

²⁰ Quale potrebbe essere – per rapportarsi (in via d’ipotesi, peraltro) alle condizioni fissate per l’operatività della garanzia Sace – la violazione, da parte del prenditore del credito, dell’assunto impegno «a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali» (art. 1, comma 2 lett. l.) ovvero il fatto oggettivo che venga approvata, sempre da parte degli organi della società beneficiaria della garanzia, una «distribuzione di dividendi ... nel corso del 2020». Credo che quello appena indicato sia modo di necessaria interpretazione dell’incerto testo della lett. i (: «l’impresa ... assume l’impegno che essa ... non approvi la distribuzione di dividendi ... nel corso del 2020»); nei fatti, un impegno della società relativo a un comportamento (come relativo a una distribuzione di utili) integra una promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), come tale idonea a portare al terzo (qui, la Sace) non più che un indennizzo.

²¹ Il tema viene ripreso e svolto *infra*, n. 12.1.

Non sarebbe dunque inopportuno – l’osservazione si manifesta scontata – una più «precisa» regolamentazione da parte dell’attuale legislatore²², nella specie limitata invece alla formula della «irrevocabilità».

7.2.2. Detto questo, non pare comunque un fuor d’opera osservare che la funzionalità in concreto del meccanismo predisposto nel decreto liquidità ben può consigliare, se non proprio richiedere, che la banca creditrice sia messa al riparo dal rischio che – nonostante l’assenza in concreto dei requisiti prescritti – la garanzia sia concessa e il credito erogato. Tanto, tuttavia, nel limite della inimputabilità alla banca medesima della mancata, o inadeguata, verifica concreta dei requisiti in discorso: pena, altrimenti, la trasformazione del detto meccanismo in uno strumento di abuso.

La posizione di un simile confine – va peraltro pure aggiunto – non sembra destinata a operare in via diretta come limite all’opponibilità, da parte del garante, del difetto dei requisiti prescritti alla banca che escute la garanzia. Al riguardo, è più semplice pensare, in effetti, all’eventualità di una responsabilità risarcitoria in capo alla banca, che ha effettuato la richiesta verifica con difetto della prescritta diligenza professionale, nei confronti del garante. La relativa eccezione – è ancora da precisare – risulta in ogni caso proponibile dal garante, posto che la stessa attiene ai rapporti direttamente intercorrenti tra questi due soggetti²³.

7.3. La garanzia prestata da Sace dovrebbe fare riferimento a operazioni specifiche. Questo non già nel senso della funzione di utilizzo del credito: ché, da questo punto di vista, il decreto non impone conformazioni, ma solo limiti esterni (quale la localizzazione in Italia);

²² In via segnata intesa (viste pure le notazioni che vengono a svolgere nel testo) a dare assetto alla posizione del prenditore di credito, che fruisce di un’agevolazione a cui non aveva diritto.

²³ L’opponibilità delle eccezioni relative ai rapporti direttamente correnti tra garante e creditore principale è, infatti, pacificamente ammessa nell’ambito del contratto autonomo di garanzia. La peculiarità, qui, è piuttosto che i doveri comportamentali posti sulla banca nella fase di «formazione» del contratto di credito e del contratto di garanzia discendono direttamente dalla legge; per rilevare, in punto di riscontro dell’avvenuto adempimento e di conseguente eventuale responsabilità, (anche e) soprattutto dopo l’avvenuta conclusione delle dette convenzioni. V. anche *infra*, nota 52.

né da quello della forma tecnica: il richiamo al «capitale circolante» (art. 1 comma 2, lett. n.) mostrando chiaramente, anzi, la possibilità del ricorso anche alla forma dell'apertura in conto corrente.

Il riferimento intende invece escludere la possibilità di introdurre, nel testo dell'impegno, delle clausole di estensione (più o meno *omnibus*), a far «circolare» la garanzia da un'esposizione a un'altra del debitore, e magari meramente eventuale.

Più punti della disciplina (cfr., così, le lett. d., g. m. all'inizio, del comma 2) indicano, invero, che nella struttura in esame la garanzia copre operazioni determinate, non patrimoni.

7.4. La garanzia prestata da Sace non copre per intero la misura del credito concesso, ma solo una parte di questo²⁴. Non credo, peraltro, che l'eventuale scostamento, che nel concreto avvenga rispetto al limite prefissato dalla norma (art. 1, comma 2, lett. d.), produca riflessi sul piano negoziale. Determinante mi pare, in proposito, la circostanza che la lett. g richiami in modo espresso la nozione di «importo massimo garantito», a fare da cerniera in punto di «capitale, interessi e onere accessori»: se ne deduce, sia pur per la traversa via, che, nel testo dell'impegno, la relativa indicazione dev'essere necessariamente presente: a comporre, come tale l'assetto negoziale corrente tra le parti.

Ciò non toglie, naturalmente, che le fattispecie di garanzia a copertura limitata vengano ad assumere un rilievo peculiare. Secondo le voci che circolano nel *milieu* – e secondo quanto del resto prevedibile sulla scorta delle osservazioni svolte sopra (nei nn. 3 e 4, in specie) –, le banche mostrano spesso resistenze per la parte di credito non garantita: ad appesantirne la concessione, con la pretesa di garanzie *ad hoc*, di prezzi più elevati, etc.²⁵.

Per nulla minimale, il tema è propriamente in grado di mettere in crisi il risultato a cui pur tende, nel complesso, l'intervento statale. Il fatto è – se ho inteso bene, almeno – che il meccanismo previsto dal

²⁴ Cfr. la norma dell'art. 1 comma 2 lett. d.

Per la fascia intermedia di operazioni garantite, la copertura sale per solito sino al 90%; nel caso di riassicurazione può giungere al 100% «dell'importo garantito dai Confidi o da altri fondo di garanzia» (art. 13 lett. d.). Per la più bassa fascia di operazioni garantite (art. 13, comma 1 lett. m.), la garanzia è stata senz'altro fissata per il 100%.

²⁵ Un simile comportamento potrebbe anche portare, in determinate situazioni, all'emergere di una responsabilità precontrattuale della banca *ex art. 1337 c.c.*

decreto condiziona il rilascio di una parte del credito (quello garantita) al rilascio dell'altra (garantita).

Forse, si poteva pensare qualcosa di meglio. Magari, anche rinunciando alla fattispecie della garanzia a copertura limitata, per articolare con maggiore puntualità le misure di credito concedibili per fasce di impresa (stringa: «per le imprese x, operazioni di credito garantite fino all'importo massimo di €...»); nel caso, subordinando poi a una specifica, e distinta, autorizzazione l'eventuale richiesta di addizione ulteriore di credito.

8. *Garanzia Sace e privilegio*

8.1. L'art. 1, comma 2, del decreto liquidità stabilisce che la garanzia, prestata da Sace, comporta un «concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito nelle perdite per mancato rimborso del finanziamento». Posta in cima alla descrizione normativa delle caratteristiche della garanzia statale, la disposizione non appare, per la verità, di lettura immediata.

Se la si collega al fatto che l'articolato prosegue introducendo il tema della copertura limitata della garanzia di Sace, diventerebbe ragionevole ipotizzare, mi pare, che essa contempli il caso della partecipazione nell'esecuzione – fallimentare o non – sui beni del debitore del credito di rivalsa del garante, che ha subito l'escussione della garanzia, e del credito residuo, e non garantito, della banca.

Così letta, la norma sembrerebbe manifestarsi, allora, come una sostanziale riedizione della regola generale dettata nell'art. 1205 c.c. per il caso di pagamento parziale: che esprime appunto l'idea del «pari concorso» tra il garante, che ha pagato, e il creditore del residuo²⁶.

²⁶ La norma dell'art. 1205 c.c. ammette il patto contrario al «pari concorso». Tuttavia, questa disposizione non viene richiamata dal decreto liquidità; soprattutto la regola del «pari concorso» sembrerebbe assumere, nel contesto dell'intervento legislativo così delineato, carattere conformativo e tipologico dell'operazione.

Sul piano dell'opportunità legislativa, è piuttosto da osservare che – a volere mantenere un modello operativo fissato su una garanzia solo parziale (v. però, in senso contrario, i rilievi esposti nel precedente n. 7) – potrebbe aprirsi un eventuale spazio per ammettere il creditore al vantaggio del privilegio nella misura in cui i termini contenutistici del contratto di credito fossero in modo penetrante asserviti alla funzione pubblica di sostegno delle imprese, che è propria dell'intervento del garante.

Ne dovrebbe seguire, se ho letto correttamente il dato normativo, che la Sace – garante che ha effettuato il pagamento parziale – concorre (anche) nel ricavato della vendita delle eventuali, distinte garanzie che la banca si sia procurata per la misura di credito non coperto dall'intervento statale.

8.2. E viceversa, naturalmente. Non sembra, peraltro, che Sace sia stata equipaggiata, per la rivalsa, di cautele proprie e peculiari.

Una diversa opinione è stata per la verità affacciata in dottrina, sostenendosi – pur se in termini solo problematici e meramente assertivi – l'ipotesi di applicare alla garanzia prestata da Sace, in ragione della normativa del decreto liquidità, il privilegio generale stabilito dall'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998²⁷.

Senz'altro possibile²⁸ e, per sé, pure opportuna – vista la finalità che assiste l'intervento dello Stato in proposito –, una simile soluzione non

²⁷ Così S. DELLE MONACHE, *Garanzie rilasciate da SACE s.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2020.

²⁸ Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione, è errato il «convincimento che la posizioni del creditore in garanzia mutui, strutturalmente e logicamente, le proprie caratteristiche da quella del garantito, pretermettendo il fatto che il privilegio è concesso in ragione della meritevolezza della causa del credito»; «nell'ambito delle misure di sostegno pubblico alla attività produttive, il legislatore ha scelto di riconoscere tale privilegio al garante e non alla banca, perché mentre quest'ultima ha concesso il mutuo svolgendo la sua ordinaria attività di impresa, l'intervento del garante è quello che trova propriamente causa nell'intervento di sostegno pubblico» (Cass., 26 novembre 2019, n. 30739; Cass., n. 2664/2019).

Non condivisibile – si è altresì precisato – risulta l'assunto per cui «sussisterebbe un'impossibilità logica, o tipologica, di legare il privilegio in questione alla figura della surroga: fenomeno, quest'ultimo, di natura puramente circolatoria a fronte di un privilegio che, nella specie, non risulta spettare al creditore originario». «Una simile opinione, se da un lato rischia all'evidenza di far diventare la surroga un doppione della cessione dei crediti, dall'altro si scontra con la constatazione che – secondo il disposto della legge (art. 1201 ss. c.c.) – l'esistenza di una surroga suppone di necessità l'avvenuto pagamento del credito e, perciò, l'avvenuta estinzione del medesimo (un credito non più esistente, in quanto estinto, non può essere fatto oggetto di circolazione, non foss'altro per il principio che sta alla base della norma dell'art. 1266 c.c.)». «Del resto, il garante che ha pagato il creditore ha comunque diritto di recuperare dal debitore finale quanto per lui pagato, posto che è su quest'ultimo – non già sul garante *solvens* – che non può non ricadere il depauperamento patrimoniale conseguente alla rilevata sussistenza di un «debito»; «si tratta, in effetti, di un diritto proprio del *solvens* (c.d. rivalsa), che il relativo comportamento (di effettuare il pagamento, appunto) tenga perché garante». «In ogni caso, il richiamo alla figura della surroga non potrebbe mai fare “cadere” un diritto proprio del *solvens*, perché

sembra tuttavia prospettabile stando all'attuale testo del decreto. Che – si è già osservato – non richiama proprio la legge del '98 e neanche l'art. 8 *bis* legge n. 33/2015 (di esplicito, formale riconoscimento del privilegio *ex* art. 9 agli interventi di sostegno effettuati con la struttura della garanzia). È noto, d'altra parte, il principio di tassatività dei privilegi.

8.3. Ne esce, se i riscontri appena compiuti sono corretti, un sistema particolare. Che, certo, non si può dire avvantaggi in modo forte il debitore: là dove, in specie, lo espone alla (probabile) eventualità di dovere recuperare garanzie ulteriori per ottenere il «visto» della banca e pure di forte spessore, posto che su di esse graverà pure la rivalsa pubblica.

Ai dubbi manifestati in punto di opportunità del ricorso a forme di garanzie parziali del credito (sopra, parte finale del n. 7.4.) vanno aggiunti, dunque, quelli legati all'eventuale opportunità di spostare l'effettività del rientro del garante pubblico dalla struttura del privilegio legale a quella della (eventuale) garanzia convenzionale acquisita da altri.

9. La regolazione del «prezzo» del credito

9.1. Come si è già accennato, il decreto liquidità destina due norme alla materia dei costi dei prestiti da pandemia: una, per i crediti coperti dalla garanzia Sace (art. 1, comma 2 lett. h.); l'altra per i crediti coperti dalla garanzia del Fondo per le PMI, di fascia più bassa (art. 13 comma 1, lett. m. quarto periodo).

Le due norme rispondono a tecniche di costruzione normativa diversissime tra loro²⁹. La disposizione scritta per i crediti di fascia alta

estraneo alla posizione del creditore *accipiens*; «la norma dell'art. 1203 c.c. è univoca nel dichiararsi “a vantaggio”, e non già a danno, del *solvens*: la stessa, perciò, non potrebbe comunque togliere a questi dei “vantaggi”, che risultano connessi alla posizione propria di questo» (così Cass., 25 novembre 2019, n. 30621. Si vedano altresì le pronunce di Cass., 4 febbraio 2020, n. 2457; Cass., 25 maggio 2019, n. 14915; Cass., 26 giugno 2019, n. 17101).

²⁹ Non è agevole individuare la ragione che ha spinto al contestuale utilizzo di tecniche normative così lontane tra loro; né quella che ha condotto al deludente risultato dell'opacità. Forse l'urgenza della situazione; forse la ragguardevole quantità di regole scritte nel decreto liquidità; forse una certa trascuratezza di tecnica redazionale. Forse pure – (soprattutto) per il modello di costruzione normativa – un

appare attraversata da una linea di evidente genericità, quale rappresentata dal criterio del «minore costo [prezzo]». All'opposto, la norma dettata per i crediti di fascia bassa punta su un criterio di forte specificità, con riferimenti minuziosi (volendo, anche un po' esasperati) e differenze da calcolare, e pure nominando delle singole voci accessorie.

Comune alle norme è (solo) il risultato che, nel concreto, entrambe vengono a produrre: che è nel segno specifico dell'opacità. Quale sia la soglia massima del prezzo per il credito coperto dalla garanzia Sace – a pensare che sussista davvero una soglia reale (sul punto si torna tra poco, in particolare nel passaggio tra il n. 9.5.e il n. 9.5.2.) – non lo si capisce immediatamente. Come nemmeno si percepisce, d'acchito, quale sia il prezzo destinato a trovare applicazione per i crediti della più bassa fascia garantita.

Per capire qualcosa, in realtà, occorre fare ricerche e calcoli. Più ancora, occorre lavorare di interpretazione.

9.2. Per la fascia intermedia il decreto liquidità non risulta toccare la materia del prezzo del credito garantito. Che quindi si affida per intero alla regolamentazione di autonomia³⁰.

Non conosco le motivazioni di una simile scelta: né quelle della scelta in sé, né quelle della differenziazione rispetto alle altre due fasce. Le ragioni indicate in precedenza (soprattutto nel n. 5) indicano che, comunque, si tratta di un'opzione non condivisibile.

9.3. La formula di conteggio del prezzo massimo, che è stata adottata dalla lett. m. per la fascia più bassa³¹, appare complicatissima e involuta. Ci si può chiedere se – per crediti di così modesta entità – sia

difetto di comunicazione tra i diversi funzionari del MEF chiamati alla concreta stesura dei testi.

³⁰ Anche a questa tipologia di operazione risultano comunque riferibili (per parte sostantiva, almeno) i rilievi svolti nel prossimo n. 9.7. in punto di usura concreta.

³¹ Questo il testo della norma: si «applica all'operazione finanziaria un tasso di interesse ... che tiene conto della sola copertura dei soli costi di istruttoria e di gestione dell'operazione finanziaria e, comunque, non superiore al tasso di Rendistato con durata residua da 4 anni a e 7 mesi a 6 anni a 6 mesi, maggiorato dalla differenza tra il CDS banche a 5 anni e il CDS ITA a 5 anni, come definiti dall'accordo quadro per l'anticipo finanziario a garanzia pensionistica di cui all'art. 1, commi da 166 a 168 legge 11 dicembre 2016, n. 232, maggiorato dello 0,20 per cento».

proprio necessario creare una simile articolazione³². Alla fine dei conteggi, in ogni caso, si arriva a trovare una cifra (secondo quanto riferiscono su internet, almeno).

La ridondanza della frase normativa («... un tasso di interesse ... che tiene conto della sola copertura dei soli costi di istruttoria e di gestione ... comunque non superiore al tasso ...») appare, a conti fatti, esprimere l'idea che la cifra così ricavata sia onnicomprensiva, copra tutte le voci del prezzo: anche quelli della c.d. imputazione e cioè attinenti al sistema di ammortamento che venga nel concreto adottato (ma la rateizzazione non rappresenta una necessità).

Resta tuttavia il difetto di informazione: ch  una formula di conteggio, come quella qui organizzata dalla legge, si manifesta oggettivamente comprensibile solo in ambienti fortemente iniziatici e invece muta per gli altri. Ne segue che – per rispettare il precetto imposto dalla norma dell'art. 117 comma 4 TUB – non baster  comunque riportare il testo normativo, occorrendo per contro indicare la cifra complessiva effettivamente pretesa³³.

Non mi pare sorgano particolari problemi –   poi ancora da rilevare – in punto di individuazione della struttura rimediale per il caso di violazione della soglia massima di prezzo stabilita dalla lett. m. Imperativa, la norma fissa in modo diretto il (massimo del) prezzo: il patto sovrabbondante sar  dunque automaticamente sostituito da quello *ex lege*, ai sensi dell'art. 1419 comma 2 c.c., con connessa applicazione, nel caso, delle regole di ripetizione dell'indebitato. La garanzia statale, di conseguenza, si fermer  comunque entro il relativo limite³⁴.

³² Che, secondo G. CAPOLINO, *L'enigma del tasso di prestito fino a 25 mila euro*, in *Assinews.it*, 10 aprile 2020, fa tra l'altro riferimento a parametri swap.

³³   possibile che riguardo a questo tipo di operazione trovi applicazione la struttura negoziale di repressione dell'usura soggettiva (cfr., *infra*, n. 9.7.), ove la fattispecie concreta ne presenti gli estremi?

La risposta dipende da un interrogativo tipico della materia della nullit  di protezione: nel concreto, se la rilevanza della situazione usuraria preceda, o per contro segua, la valutazione di nullit  della clausola nulla per contrasto ad altra disposizione imperativa (qui, appunto la clausola di prezzo imposto). Per la prima soluzione v. «*Scoperti senza affidamento*» e *usura*, in *Contratti*, 2013, 1140 ss.

³⁴ Secondo la giurisprudenza della Cassazione, «nel contratto autonomo di garanzia, il garante   legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullit  anche parziale del contratto base per contrariet  a norma imperativa: v. Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cass., 10 gennaio 2018, n. 371 (ivi ulteriori riferimenti).

9.4. La norma relativa al prezzo del credito coperto dalla garanzia Sace presenta rilevanti problemi³⁵: in punto di effettiva individuazione del vincolo, di cui discorre la norma della lett. h., in specie; e anche in relazione alle conseguenze connesse alla sua violazione (per questo secondo profilo, cfr. il n. 9.6.).

9.5.1. Nei fatti la norma, nella sua consecuzione letterale, sembra essere scritta due volte: una prima volta, distinguendo tra commissioni, per cui si richiama il criterio del costo, e gli altri «costi», per cui si fa riferimento al criterio del minor prezzo; una seconda volta, facendo riferimento a quest'ultimo criterio. Come si coordinano i due segmenti?

A sua volta, il criterio del minor prezzo si risolve nello stabilire che quanto in concreto praticato dev'essere tale – appunto, minore – rispetto a quello che «sarebbe stato richiesto per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia»: secondo quanto «documentato e attestato» – pure si annota – «dal legale rappresentante» della banca.

Col che, peraltro, la norma sembra instaurare una comparazione meramente autoreferenziale: è definitorio, invero, che l'acquisizione di una garanzia, nel comportare una diminuzione del rischio (ché altrimenti la garanzia non sarebbe raccolta: arg. *ex art.* 1943 c.c.), comporti una discesa del prezzo (v. sopra, già nel n. 1 con riferimento alla dichiarazione del capo della Vigilanza); tanto più, se si tratta di un soggetto ritenuto molto «affidabile», come lo Stato: secondo quella che, del resto, è la funzione specifica del decreto liquidità (n. 5). Il problema (meglio: uno dei problemi, si sta qui semplificando), piuttosto, è quello di identificare la misura della necessaria discesa.

V'è, tuttavia, da aggiungere ancora (almeno) un altro tassello. La garanzia Sace – si è detto e ripetuto – copre solo una parte del credito: la norma della lett. h. vale, se ne potrebbe (forse) dedurre³⁶, solo per la

³⁵ «Le commissioni devono essere limitate al recupero dei costi e il costo dei finanziamenti coperti dalla garanzia deve essere inferiore al costo che sarebbe stato richiesto dal soggetto o dai soggetti eroganti per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dei suddetti soggetti eroganti. Tale minor costo deve essere almeno uguale alla differenza tra il costo che sarebbe stato richiesto dal soggetto o dai soggetti eroganti per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dei suddetti soggetti eroganti, ed il costo effettivamente applicato all'impresa».

³⁶ Il punto del prezzo del credito relativo alla parte non garantita è senza dubbio molto delicato: a lasciarlo alla libera autoregolamentazione delle parti, si rischia di

parte garantita; il resto è libero. Dunque, basta porre a confronto le due parti dell'operazione, per constatare che quella garantita da Sace «pesa» meno dell'altra: *res ipsa loquitur*, viene proprio da dire. Senza bisogno – a questo punto – di nessuna forma di attestazione³⁷.

9.5.2. Non v'è dubbio che, se si segue questa linea interpretativa, che appare «facilitata» da un testo nel suo complesso confuso (cfr. il primo capoverso del precedente numero), la norma della lett. h. finisce per destare l'impressione – o anche il giudizio – della disposizione di «pura facciata», per utilizzare un'espressione pudica, solo «pubblicitaria»; priva, comunque, di un qualunque valore precettivo.

Tuttavia, una regola di contenimento del prezzo del credito, erogato dalle banche per la contingenza attuale, appare oggettivamente molto utile – quando non senz'altro necessaria – per l'effettivo raggiungimento delle finalità ultime del decreto liquidità (quali individuate nel precedente n. 5).

Il che, per altro verso, può anche sollecitare l'idea di saggiare una via di diversa lettura della disposizione in discorso. Via che, facendo perno sulla finalità fondamentale del decreto, venga a conservare alla norma un proprio significato precettivo: appunto a mezzo di una lettura che cerchi di renderla, per una qualche misura almeno, sistematicamente coerente con la detta finalità.

Nel concreto a me pare non si tratti di eventualità del tutto preclusa, secondo la linea che qui di seguito vengo ad abbozzare.

vanificare, sotto il profilo sostanziale, il significato di un qualunque intervento relativo alla parte garantita. Il dato normativo presentato dalla lett. h. riferisce il costo delle commissioni all'operazione nel suo intero e il tasso di interessi alla sola parte coperta dalla garanzia.

A me pare che, se si intende conservare alle operazioni in discorso il senso specifico di protezione della domanda di credito, si deve comunque ipotizzare una misura di «coerenza interna» al prezzo *complessivamente* applicato al riguardo: nel senso che la presenza, per la quota non coperta, del rischio di credito dovrà comportare uno scarto di misura sì significativa (cfr. quanto si sta appunto sviluppando nel testo), ma anche ragionevole: e cioè di coerente proporzione. E questo, mi pare, in segnata funzione della valutazione usuraria di cui si viene a discorrere nel prossimo n. 9.7.

³⁷ Non è forse inutile puntualizzare che l'attestazione del legale rappresentante della banca, a cui allude la norma – e che deve essere supportata da una documentazione adeguata e specifica – ha riferimento esclusivo al successivo riscontro, che è compito di Sace effettuare. Nessuna efficacia esterna – tanto meno, giudiziale – è dunque ricollegabile a detta attestazione.

9.5.3. Base di questa diversa lettura è la constatazione che – data anche la «dimensione» dell’impegno di risorse dello Stato garante (*i.e.*: pubbliche) che il decreto comunque comporta – non può essere sufficiente, in proposito, un qualunque scarto, quand’anche minimo o insignificante, tra il prezzo del credito garantito e quello del credito non garantito: che faccia riferimento alla quota non coperta della singola operazione (con le precisazioni, comunque, di cui alla precedente nota 36, peraltro) o al mercato corrente delle operazioni non garantite, ove pure stimato esistente.

Di necessità, dunque, deve trattarsi di uno scarto «significativo». Del resto, l’orizzonte del discorso è pur sempre rappresentato dal tema del credito «agevolato».

Il secondo passaggio concerne la concreta determinazione della «significatività» dello scarto. Non può trascurarsi, al riguardo, che la prima parte della disposizione in questione fa riferimento – in termini di «limite» del prezzo applicato – al recupero dei «costi» positivamente sopportati per l’operazione. Vero è che tale richiamo è fatto espresso solo con riguardo alle «commissioni»; tuttavia, in proposito si deve tenere conto (come appena sopra già sottolineato) del sistema normativo in cui risulta inquadrato il credito in questione e anche della non ragionevolezza dell’affidarsi a criteri tra loro affatto eterogenei rispetto a un tema che di per sé è unitario. Si può quindi ritenere che quello del recupero dei costi si ponga come criterio almeno orientativo della misura delle altre voci che compongono la linea del prezzo. Con la conseguenza, tra l’altro, che, in proposito, finisce per assumere un peso di rilievo peculiare il costo della provvista³⁸.

³⁸ Sul punto si rende opportuna una precisazione. L’indicazione di semplice «orientatività» del criterio dei costi si lega, essenzialmente, alla constatazione che, nell’ambito dell’intervento di garanzia che si sta esaminando, la banca è tenuta a valutare il merito di credito e a monitorare lo svolgimento del rapporto, oltre che nell’interesse proprio, anche nell’interesse e conto dello Stato, con il conseguente emergere di un rischio di responsabilità (cfr., *infra*, spec. n. 12.2.). Ciò potrebbe forse giustificare una sorta di «compenso» per questo specifico proposito: e anche sotto forma di interessi, posto che (al di quella di monitoraggio) anche l’attività di istruttoria fido è destinata a riflettersi sullo svolgimento dell’intero rapporto (cfr. *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito»*. Il caso della cessione del quinto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 644 ss.). Tutto questo, però, negli stretti limiti in cui la voce sia nel concreto effettivamente «proporzionata» a quanto fatto, senza potersi in alcun modo trasformare, dunque, nel «camuffamento» di un indebito lucro

Non v'è dubbio, infine, che dal prezzo del credito vada positivamente scomputato (*pro parte*) il rischio di credito, posto che questo risulta sopportato non dal creditore, ma dal garante statale, sì che ogni ricarico al riguardo risulta in sé stesso oggettivamente non giustificato. D'altronde, il secondo periodo dell'art. 1 lett. h., nel duplicare sostanzialmente quanto già previsto nel primo periodo (cfr. sopra, n. 9.5.1., all'inizio), evidenzia peraltro come il minor costo del credito garantito debba essere basato (anche) su una sottrazione (: «il prezzo deve essere almeno uguale alla differenza...»).

9.6.1. In ogni caso, si pone il tema delle conseguenze negoziali del credito concesso per un prezzo non consentito dalla legge, perché «non inferiore» a quanto stabilito dalla lett. h.: anche se, naturalmente, laddove si ritenga che per rispettare questa norma è sufficiente che il prezzo della parte garantita sia di un nonnulla inferiore di quello della parte non garantita (anche solo, per dire, di un centesimale del tasso di mora), il quesito ha più che altro il sapore dell'allenamento dommatico.

Venendo al merito del tema: per sé, un'operazione, che porta un prezzo non consentito dal decreto liquidità, appare proprio in contrasto con quanto disposto dalla detta norma e pure con la finalità di rilievo pubblico che sta alla base del decreto liquidità.

Appreziate le circostanze che, nel caso, il debitore possiede i requisiti prescritti per l'intervento e che la violazione di legge segue qui a un comportamento riferibile alla banca, predisponente le condizioni economiche del contratto di credito, se ne deve dedurre che rimedio adatto alla bisogna sarebbe quello della nullità parziale del contratto di credito, con connessa riduzione dell'operare della garanzia.

Nella specie, tuttavia, l'adozione di un simile rimedio non pare nel concreto linea realmente perseguibile: posta la non rinvenibilità, nella norma di legge in questione, di una cifra di sostituzione di quella eliminata, perché troppo onerosa.

9.6.2. Occorrerebbe, in definitiva, un apposito intervento normativo al riguardo. Anche perché le alternative prospettabili sotto il profilo delle strutture di rimedio negoziale sembrano comunque configurare, a dire il vero, delle coperte troppo corte.

(circa l'immanenza del «rischio usura» sulle operazioni qui in esame v. *infra*, il n. 9.7., testo e note).

La nullità dell'intero contratto di credito penalizza ovviamente il debitore, costretto a restituire immediatamente il capitale ricevuto³⁹. La nullità del contratto di garanzia (o, comunque, l'inefficacia della garanzia) potrebbe lasciare intatto il termine fissato per la restituzione (l'inapplicabilità della decadenza *ex art. 1186 c.c.* discendendo sia dal fatto che il difetto di garanzia dipende da fatto non del debitore, ma del creditore, sia pure dalla contrarietà a buona fede di iniziativa in tal senso di questi), ma lascerebbe intatta anche la misura del prezzo stabilita nel contratto di credito.

9.7. A confortare in parte l'esigenza che, nei negozi a cui attiene la garanzia Sace, il prezzo del credito rimanga contenuto, sì da rendere nel concreto effettivamente possibile – e non disagevole – il rimborso del medesimo (credito c.d. sostenibile), sta comunque un altro deterrente. Che, per quanto senz'altro esterno ai contenuti del decreto liquidità e pur non assumendo presupposti in sé (o necessariamente) sovrapponibili a quelli fatti propri dalla lett. h., sembra tuttavia in grado di produrre una significativa incidenza sulla concreta operatività delle imprese fornitrici del credito.

Il riferimento va, com'è chiaro, alla normativa (civilistica) di repressione del fenomeno usurario. Non solo, peraltro, all'usura maggiore, di cui al comma 1 dell'art. 644 c.p.⁴⁰; quanto piuttosto – e,

³⁹ A meno di non ipotizzare la paralisi della richiesta *ante tempus* della banca sulla base del divieto del *venire contra factum proprium* (o, in ogni caso, dell'*exceptio doli generalis*).

⁴⁰ Secondo le *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura* redatte della Banca d'Italia (ancora nell'edizione del 2016), «sono escluse dall'obbligo di segnalazione per la rilevazione a fini statistici, ma non dall'applicazione della legge n. 108/1996» tra le altre, le «operazioni a tasso agevolato».

In critica alla scelta della Vigilanza, in *Regole nuove per le rilevazioni usurarie*, in *Il Caso*, 2015, n. 542, ho osservato: «se si intende fotografare la linea media degli oneri economici correnti, non si vede alcuna ragione obiettiva per escludere quelle operazioni che – secondo la fisiologia loro propria – vengono ad occupare la fascia (più) bassa del mercato. Questa, dunque, la necessaria linea guida in proposito; nel senso che – per esonerare dalla rilevazione operazioni di questo genere – occorrerebbe una motivazione tanto forte, quanto puntuale: non meno che di immediata evidenza». Tanto più questi rilievi valgono, mi pare, rispetto alla situazione attuale, in cui l'intervento agevolativo intende incidere sulla stessa fisiologia del mercato (cfr. sopra, la parte finale del n. 2).

anzi, prima dell'altra, a vedere bene – all'usura c.d. concreta, di cui al comma 3 della medesima disposizione.

Non v'è invero bisogno di sottolineare la prossimità che corre tra le situazioni prese in considerazione dal decreto liquidità (*rectius*: tra una rilevante parte di queste) e la «condizione di difficoltà economica o finanziaria», di cui appunto all'art. 644⁴¹. Da rimarcare è, invece, la specificità che – nell'ambito della larga tematica relativa ai rapporti tra repressione dell'usura e misure variamente intese al risanamento (in via giudiziale o non giudiziale) delle crisi di impresa – propone in proposito la fattispecie del credito garantito ai sensi del decreto di liquidità: in ragione di un prezzo la cui costruzione è per legge orientata sulla linea dei costi ed è sgravata (per la parte coperta dalla garanzia) dal rischio di credito.

Sullo sfondo resta altresì – almeno riguardo alle ipotesi di abuso più acuto (a livello di atto) e/o diffuso (a livello di operatività) – l'alternativa prospettabilità del reato di truffa, fors'anche con l'aggravante dell'essere perpetrata ai danni dello Stato (art. 640, comma 2 n. 2, c.p.).

10. (Segue): il «prezzo» del preammortamento

10.1. Per i crediti coperti dalla garanzia Sace, l'art. 1 comma 2, lett. a. stabilisce che si tratta di «finanziamenti ... con la possibilità per le imprese di avvalersi di un preammortamento di durata fino a 24 mesi». Per i crediti di fascia più bassa, che si giovano della garanzia del Fondo,

⁴¹ Cass. pen., 7 maggio 2014, n. 18778: ai fini della nozione di usura rilevante nel contesto dell'art. 644, comma 3, c.p., «la condizione di difficoltà economica della vittima consiste in una carenza anche solo momentanea di liquidità, a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana; la condizione di difficoltà finanziaria investe, invece, più in generale l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo, ed è caratterizzata da una complessiva carenza di risorse e di beni» (cfr. pure, più di recente Cass., 25 maggio 2017, n. 26214). Prediligendo un angolo visuale diverso, la Cassazione civile esprime la stessa sostanza di concetto, parlando di «notevole limitazione della facoltà di scelta» del mutuatario (Cass., 12 settembre 2014, n. 19282).

Da rimarcare è anche l'ulteriore principio di diritto espresso dalla citata Cass. pen. n. 18778/2014, per cui «il dolo generico», di cui alla pretesa normativa in analisi, «include la consapevolezza della condizione di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo» e della «sproporzione degli interessi e/o degli altri vantaggi».

l'art. 13 lett. m (primo periodo, riga 12) dispone, a sua volta, che la garanzia opera «purché tali finanziamenti prevedano l'inizio del rimborso del capitale non prima di 24 mesi dall'erogazione». Per i crediti di fascia intermedia, l'art. 13 lett. c. prevede semplicemente che «le operazioni finanziate» hanno «durata fino a 72 mesi».

Ci si potrebbe chiedere il motivo – almeno in apparenza, misterioso – per cui in materia sono state predisposte tre differenti serie disciplinari⁴². Il tema, però, risulta rimarchevole anche – soprattutto, anzi – per altre ragioni.

10.2. L'emergenza pandemica e le conseguenti misure di sospensione e blocco delle attività, che stanno alla base dell'intervento di cui al decreto liquidità, comportano che il momento peggiore per il debitore sia quello attuale, in cui avviene l'erogazione. Più si prolungano fatto e misure pandemiche, più dura – anzi, peggiora (cfr. sopra nel n. 3.1.) – la relativa situazione di difficoltà.

Tutto questo è scontato. Scontato però dovrebbe essere pure che la struttura congrua per fronteggiare il problema, che ne deriva, non è – non potrebbe mai essere – la previsione di un periodo di preammortamento.

Il problema, di cui alla pandemia, non è di imputazione di quanto si è chiamati a restituire alla voce «interessi» o, invece, a «capitale» o ad altro ancora (in questa prospettiva, comunque, per il debitore è meglio l'imputazione a capitale). È, per contro, di opportuna definizione dei tempi del dovuto rimborso: per il primo periodo a seguire dall'erogazione si dovrebbero dunque prevedere delle rate di importo basso, modeste; si dovrebbe spostare in là nel tempo l'inizio degli obblighi di pagamento⁴³.

⁴² Dalle norme riportate nel testo è deducibile, mi pare, che anche per i crediti della fascia più alta quello dei 24 mesi è termine minimo di durata dell'operazione.

Davvero singolare che il legislatore – per i crediti della fascia intermedia – non si sia preoccupato (posto il carattere conformativo di una regolamentazione del punto) di stabilire un minimo temporale per la durata contrattuale del rapporto.

⁴³ In prima battuta, il punto attiene alla esigibilità di somme nel primo periodo di svolgimento del rapporto creditizio. In seconda battuta, alla misura e peso degli oneri economici che, nel corso di questo periodo, vengono a gravare il debito.

Su questo punto non v'è, a me pare, che prendere atto dell'errata impostazione del decreto di liquidità⁴⁴: senza giustificazioni spostato ad avvantaggiare, sul punto, la posizione del creditore garantito.

10.3. Il «manuale operativo» predisposto da Sace (*Garanzie dello Stato su finanziamento concessi dalle banche*, 20 aprile 2020) dichiara (p. 6) che «per essere ammissibili alla garanzia ... i finanziamenti ... dovranno presentare ... periodo di preammortamento fino a 24 mesi». Per i crediti della fascia più bassa, la circolare ABI (16 aprile 2020) segnala che si tratta di «finanziamenti ... con preammortamento minimo di 24 mesi».

Posti questi testi, non è forse inutile sottolineare che – nella normativa del decreto per i crediti coperti da Sace – il preammortamento risulta una facoltà a esclusiva disposizione dell'impresa debitrice, che vi potrebbe anche rinunciare. E pure rilevare che, a ben vedere, la norma relativa ai crediti di più bassa fascia non impone necessariamente un periodo di preammortamento, non precludendo la possibilità – a voler leggere – di un differimento di ogni pagamento sino a due anni dall'erogazione.

10.4. Un'ultima notazione a margine.

Si profila, nei giorni dell'oggi, l'eventualità di una ripresa «a singhiozzo», nel senso sostanziale dell'alternanza dei periodi di svolgimento e di blocco delle attività (pause pandemiche). È senz'altro appropriato che i testi contrattuali, che vengono formati nel periodo attuale, prevedano e regolino in modo acconcio una simile eventualità: in modo equilibrato, cioè, e facendo in modo di mantenere, nell'assetto, la garanzia statale.

⁴⁴ Ciò che, tuttavia, non impedisce di rilevare che prima di tutto il buon senso (e cioè la causa concreta dell'operazione di credito), e poi il canone di buona fede oggettiva (sulla «maggiore rilevanza» del quale in tempi di pandemia v. A. BENEDETTI E R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, marzo 2020), importano che – per un primo periodo di tempo – il creditore non possa comunque fa operare il meccanismo della decadenza del beneficio del termine previsto dall'art. 1186 c.c. (come pure da eventuali clausole predisposte dal creditore).

11. *Il problema della «rinegoziazione»*

11.1. Anche in letteratura⁴⁵, non solo su internet, è subito emersa la preoccupazione che le banche vengano a utilizzare la normativa del decreto liquidità al fine di «consolidare», con la garanzia dello Stato, le pregresse esposizioni dei loro clienti.

A quanto pare, si tratta di preoccupazione non del tutto infondata, se è vero che sui siti di taluni istituti risultano postate dichiarazioni (di intento generale) per cui, nel caso di finanziamenti già in essere tra le parti, allora «si può chiedere un rifinanziamento, cioè un nuovo finanziamento con un importo superiore al precedente almeno del 10%; il finanziamento in essere andrà estinto». Così a simboleggiare, a me pare, l'idea di immettere sul mercato dei prodotti differenziati: da un lato, i nuovi clienti; dall'altro, i vecchi.

Il punto – non v'è nessuna incertezza – è proprio importante. Si è detto, e ripetuto, che l'intervento legislativo del decreto liquidità possiede la finalità ultima di sostenere la domanda del credito, per uscire dall'emergenza pandemica. Se le banche potessero – anche indiscriminatamente e del tutto liberamente (salvo solo l'onere di un incremento del 10% dell'esposizione in essere) – utilizzare lo strumento della garanzia statale per sanare il loro pregresso, perseguendo in tale modo l'esclusivo obiettivo di stabilità delle loro imprese, nell'insieme dell'intervento si aprirebbe una falla ulteriore (v., ad esempio, nel precedente n. 10) e decisamente larga.

11.2. Naturalmente, occorre confrontarsi con i dati normativi.

Nel concreto, le norme specificamente destinate a disciplinare la materia risultano organizzate secondo due versioni: da un lato, il campo della garanzia per la fascia intermedia di credito (cfr. l'art. 13, lett. e.); dall'altro, quello relativo alla fascia alta e alla fascia bassa (cfr. l'art. 1, comma 2, lett. g. e m.; e l'art. 13 lett. m., periodi primo e secondo).

La prima versione ammette alla garanzia anche i «finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazioni del debito del soggetto beneficiario, purché il nuovo finanziamento preveda l'erogazione al medesimo soggetto beneficiario di credito aggiuntivo in misura pari ad almeno il 10% dell'importo» del debito in essere. L'altra versione può

⁴⁵ Cfr., così, V. LEMMA, *Le implicazioni del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 sullo shadow banking system*, in questa *Rivista*, 2020, I, 221 ss.

essere compattata nei seguenti termini: la «garanzia copre nuovi finanziamenti», come «concessi all'impresa successivamente all'entrata in vigore del presente decreto»; «si ha un nuovo finanziamento quando, ad esito della concessione del finanziamento coperto da garanzia, l'ammontare complessivo delle esposizioni del finanziatore nei confronti del soggetto finanziato risulta superiore all'ammontare di esposizioni detenute alla data di entrata del presente decreto».

Posti questi elementi normativi, non sembra oggettivamente discutibile – al di là della diversità dell'approccio normativo che connota le riferite due versioni – che l'esposizione già in essere con un dato debitore possa anche essere coinvolta nel complessivo contesto dell'operazioni di finanziamento coperto dalla garanzia statale.

11.3. Il tema attiene, piuttosto, ai termini e alla modalità di un simile, eventuale coinvolgimento. Se questo possa essere effettuato senza distinguo alcuno (di là del maggior incremento dell'esposizione) e secondo quali linee detto coinvolgimento possa correttamente avvenire.

In realtà, nel valutare il complesso di questa materia non si può trascurare che l'intervento delineato dal decreto liquidità fa riferimento – come già sottolineato – a prenditori del credito che, seppur non necessariamente, nel concreto possono anche trovarsi, al tempo dell'entrata in vigore di questo provvedimento, in una situazione di notevole difficoltà patrimoniale e/o economica. Ora, se si viene a calare questo rilievo nel contesto tematico delle esposizioni pregresse, appare chiaro come non si possa – rispetto alla normativa del decreto liquidità e (quantomeno) rispetto a queste posizioni di vicinanza a default – tenere *in toto* (e *a priori*) separati il credito già in essere da quello ulteriore.

Sui poteri del creditore in relazione all'esposizione in essere, in effetti, il legislatore pandemico non sembra incidere in termini realmente sostantivi⁴⁶: in ogni caso, se ne occupa in modo frammentario

⁴⁶ Per il tentativo di ricostruire la norma dell'art. 3, comma 6 *bis* d.l. n. 6/2020 (convertito con legge n. 13/2020), come disposizione anche costitutiva del potere del giudice di fissare un nuovo termine per l'adempimento dell'obbligazione, con connesso «blocco» della decadenza dal beneficio del termine, v., però, «*Misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*», in corso di pubblicazione su *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, fasc. n. 2.

Sul punto si veda altresì quanto riscontrato nella precedente nota 44.

e non coordinato⁴⁷. Data una simile situazione, una lettura che intenda isolare il pregresso dal nuovo finirebbe per risultare fortemente miope: altro legislatore sarebbe occorso, è da pensare (di là dal profilo della capacità tecnica).

11.4.1. Ciò posto, si deve adesso osservare che il testo della norma dell'art. 13 lett. e. esprime, univoco, la necessaria compresenza di due distinti presupposti per ammettere l'esposizione pregressa al beneficio della copertura statale: l'erogazione di credito ulteriore; la rinegoziazione di quello vecchio

La diversa opinione, per cui la concessione di un surplus sarebbe bastante per risolvere ogni cosa (sopra, 11.1.), viene, in realtà, ad amputare illegittimamente una parte sostantiva della regola. Ovvero cade, detto con altre parole, in una manifesta petizione di principio: la concessione di un credito ulteriore, con connessa erogazione delle relative somme, determina solo un'addizione dell'esposizione; non muta i termini di quello in essere.

Né, d'altro canto, potrebbe ritenersi sufficiente a integrare gli estremi di una «rinegoziazione» il fatto che, con l'operazione in discorso, il creditore non venga a fare decadere il debitore dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*: sia perché la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del relativo potere è condizione non necessaria, ma solo possibile, della fattispecie concreta; sia perché, e comunque, la mancata decadenza dal termine si pone come effetto della sopravvenuta garanzia statale: come effetto, cioè, di una rinegoziazione che sia stata effettivamente articolata.

⁴⁷ Al di là delle tante e complesse problematiche emerse in relazione alla gestione pandemica delle procedure relative alle crisi di impresa, il riferimento va qui, in via principale, agli artt. 54 e 56 del decreto cura Italia, n. 18/2020 (su cui v. L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi "di sospensione" nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in questa Rivista, 2020, 235 ss.).

Con riguardo alla previsione dell'art. 56, in particolare, è da segnalare che questa si limita a disporre una sorta di «sospensione» del rapporto bancario al 30 settembre 2020 (il termine fissato per le operazioni coperte da garanzia è il 31 dicembre 2020); di questa sospensione, comunque, non possono beneficiare le imprese comunque «classificate come esposizioni creditizie deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli intermediari creditizi».

11.4.2. Non diverso ordine di osservazioni va ripetuto, nelle sue coordinate di base, per la seconda delle versioni predisposte dal legislatore.

Le norme degli art. 1, comma 2, lett. g. e m. e dell'art. 13 lett. m. (periodi primo e secondo) coinvolgono nella nozione di «nuovo finanziamento», rilevante ai fini della conseguibilità del beneficio statale, anche il credito che risulta già in essere; lo introducono, meglio, nella nozione in discorso.

D'altro canto, la garanzia che viene a presidiare anche questo credito è «nuova» rispetto al rapporto, per l'appunto preesistente. Coerente con questa novità è che anche il rapporto così garantito possieda (rilevanti) elementi di novità. Non sembra invero pensabile – assunta la materia nella prospettiva sistematica che le compete – che l'intervento del legislatore del decreto liquidità si presti a secondare e, anzi, incoraggiare un'operatività che, altrove, considera particolarmente «pericolosa» per il mercato: quale è quella di attaccare *tout court* a debiti preesistenti delle «nuove» garanzie (cfr. l'art. 67 comma 1, nn. 3 e 4 legge fall.)⁴⁸.

11.5. Emerge in tal modo la sussistenza, tra le maglie della regolamentazione del decreto, di un onere di rinegoziazione del credito pregresso come condizione necessaria per la relativa estensione della copertura della garanzia.

Ci si può chiedere, in proposito, se l'effettiva sussistenza, nel prenditore del credito, di una situazione patrimoniale prossima al default (nella sostanza atta, quindi, a integrare i presupposti della decadenza del beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*) sia condizione

⁴⁸ Sulla prassi bancaria di c.d. contestualizzazione dell'ipoteca v., di recente, il lavoro di A. TINA, *Brevi osservazioni sulla inefficacia (revocabilità) o nullità del mutuo ipotecario destinato all'estinzione di un preesistente credito chirografario*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2019, II, 519 ss.

Anche la giurisprudenza dalla Cassazione giudica (per vero, attraverso più linee e percorsi) con sfavore questa prassi. Cfr., tra le più recenti, Cass., 9 novembre 2018, n. 28802; Cass., 21 febbraio 2018, n. 4202; Cass., 5 agosto 2019, n. 20986.

È il caso di aggiungere che il nudo fatto dell'eventuale erogazione di «nuove» somme (nuove nel senso che entrano effettivamente nella disponibilità del debitore e che non sono fatte oggetto di un obbligo di immediata restituzione) non viene, in quanto tale, a mutare la natura dell'operazione in relazione al credito pregresso: l'acqua non diventa vino; né un semplice differimento del tempo dell'adempimento diviene – per contagio – un negozio di credito.

necessaria, a sua volta, per potere procedere alla rinegoziazione. Non si può dimenticare, invero, che lo spettro delle posizioni della domanda di credito rapportabili al beneficio della garanzia è assai ampio, ricomprendendo, per fare un esempio, anche i casi di semplice «danneggiamento dall'emergenza COVID-19».

Quale che sia la risposta a tale specifico quesito, comunque la rinegoziazione posta in essere deve risultare, a me pare, di contenuto e portata significativi: insieme al credito concesso in via ulteriore utile, dunque, a portare un effettivo, rimarchevole sostegno alla concreta posizione del debitore⁴⁹. Spingono in questa direzione le più volte richiamate osservazioni in punto di finalità ultime del decreto liquidità. Spinge altresì il nesso di necessaria coerenza tra struttura e funzione: una rinegoziazione solo minimale, di impianto meramente formale, risponde a un comportamento propriamente strumentale, ostruzionistico degli strumenti predisposti dalla legge.

Indirizza in questo senso, a bene vedere, anche la constatazione che la norma dell'art. 13, lett. pretende che il credito accordato in via ulteriore («aggiuntiva») sia pari «*almeno*» al 10% di quello pregresso. L'avverbio non è proscrittibile, né mortificabile: in una interpretazione teleologicamente orientata, v'è ragione di ritenere che l'indicata proporzione di crescita del credito concesso indichi solo un parametro orientativo, comunque da confrontare con le peculiarità proprie della fattispecie concreta.

11.6. È ancora il caso di aggiungere che comunque – a prescindere cioè dai contenuti nel concreto assegnati alla rinegoziazione – il prezzo del credito già in essere è destinato a risultare regolato, dal giorno della sopravvenuta garanzia, dalla normativa dettata in proposito dal decreto liquidità (sul punto cfr. ampiamente sopra, n. 9).

La legge non distingue in proposito. Nessun esonero risulta previsto per il credito pregresso che venga (rinegoziato e) portato sotto l'alveo della garanzia. Un'eventuale sottrazione alle regole dal decreto fissate in proposito per i crediti della fascia più alta e per quelli della fascia più bassa non potrebbe, perciò, che essere ritenuta *contra legem*.

⁴⁹ Ai sensi della lett. m. dell'art.1, comma 2, il «soggetto finanziatore deve dimostrare», per potere contare sulla garanzia Sace, che il rapporto di credito frutto della rinegoziazione è «superiore» a quello precedentemente in essere.

11.7. Qualche che sia il valore e persuasività delle osservazioni appena compiute, resta in ogni caso fermo che l'agganciamento del credito già in essere alla garanzia dello Stato passa attraverso la conclusione di un contratto tra banca e cliente (come logicamente anteriore a quello che viene a intercorrere tra lo Stato e la banca).

Se tale accordo non rispetta le condizioni prescritte dalla legge, lo stesso è nullo perché posto in essere in violazione di norme imperative, con conseguente inoperatività della garanzia in relazione al credito pregresso⁵⁰.

Ci si può chiedere se, in tale evenienza, il creditore possa comunque giovarsi della facoltà di far decadere il debitore dal beneficio del termine o, se per contro, una simile iniziativa non sia destinata a essere bloccata (se non altro) da una eccezione di dolo generale; e ciò, specie nel caso in cui la violazione di legge sia frutto diretto dell'offerta che la banca ha fatto del prodotto sul mercato (in tal modo, quindi, condizionando la stessa «disponibilità» dell'operazione alla violazione di legge). In termini non diversi ci si potrebbe pure interrogare se, nel caso, la banca non sia da ritenere responsabile nei confronti del debitore ai sensi dell'art. 1338 c.c.

12. Il plesso decisionale privato - pubblico (dal rischio alla valutazione del credito)

12.1. Nella parte iniziale del presente lavoro (n. 3.2.) ho segnalato che il decreto liquidità delinea un «meccanismo di condivisione» tra lo Stato e le (singole) banche. Nel riprendere adesso questo concetto, sembra opportuno rilevare che, nel contesto dei tre rapporti implicati dalla fattispecie normativa, il relativo rapporto – tra garante e creditore, per semplificare – viene ad assumere un ruolo centrale anche dal punto di vista strutturale: cosa affatto inusuale nell'ambito dell'operatività del c.d. credito di firma – in particolare, nella forma tecnica della garanzia autonoma – in cui l'intervento del terzo si limita a incidere, nella sostanza, sul processo decisionale del creditore (in relazione all'*an* e *quomodo* della concessione del credito).

Nella specie tipologica delineata dal decreto, tende a sfumare, intanto, il rapporto tra garante e debitore principale. Nel senso che la

⁵⁰ Cfr. la giurisprudenza citata sopra, nella nota 34.

stessa prospettiva di una preventiva convenzione tra questi due soggetti appare rilevante solo in funzione di un eventuale regolamento convenzionale dell'azione di rivalsa⁵¹: le peculiari caratteristiche dell'intervento di garanzia, di cui al decreto, sembrano invero porsi come presupposto di base dell'interesse del prestatore di credito all'operazione (per le operazioni delle fasce più alte e più basse, il decreto manifesta in modo espresso l'idea che l'operazione si avvii con una richiesta dal prestatore rivolta alla banca: artt. 1, comma 6, lett. a.; 13, lett. m).

Soprattutto, l'intervento del garante Stato viene, in più aspetti, a conformare l'operazione di credito che interviene tra la banca e il prestatore. Il credito è funzione della garanzia, si può anche dire. Per altro, ma correlato verso, i rapporti tra banche e garante non si limitano all'assunzione (in tutto o parte) del rischio di credito da parte del garante, da un lato, e all'apprestamento delle somme da erogare da parte del creditore bancario, dall'altro; ma vanno oltre questi poli di base.

Più sopra (n. 7) si è già fatto cenno del fatto che le banche risultano per più lati coinvolte nel processo di verifica dei presupposti, che la legge prescrive per i prestatori: così, per dire, con riferimento alla «causa pandemica» che sta a determinare il bisogno di credito di costoro. In questi frangenti, la banca agisce dunque sia nell'interesse proprio (ad assicurarsi, in specie, una porzione di mercato «tranquillizzata» dall'intervento statale: sopra, n. 4), che per la tutela di un interesse alieno (statale, appunto). Per dare un'idea immediata (quanto, forse, non solamente impressionistica) della situazione che così si realizza, viene da richiamare, come genere di figura, quella data dal «mandatario» *in rem propriam*⁵².

⁵¹ La complessiva operazione di cui al contratto autonomo suppone infatti (a differenza di quanto accade nella fidejussione, che può essere stipulata anche *insciente debitore ex art. 1936 comma 2 c.c.*) la presenza, prima di tutto sul piano della struttura della operazione di garanzia, un accordo tra garante e debitore principale (c.d. ordinante): la rivalsa del primo sul secondo rimarrebbe, altrimenti, esposta al rischio delle eccezioni di cui al rapporto garantito (cfr., in specie, la norma dell'art. 1952 c.c.). In altri termini, pure il debitore principale «deve» accettare la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni».

⁵² L'indicazione è solo di «genere», naturalmente, visto se non altro che, prima della conclusione del contratto di garanzia, tra banca e Stato non rapporti negoziali (v. anche sopra, n. 4): ciò che, tra l'altro, esclude decisamente l'eventualità di qualificare il legame corrente tra le banche e lo Stato in termini di mandato di credito.

Non v'è dubbio, peraltro, che centrale si ponga, al riguardo, il tema della valutazione del merito di credito del prenditore, nonché quello relativo al monitoraggio, nella fase di svolgimento del rapporto, della posizione del detto debitore.

12.2. Per la regolamentare il caso dell'operazione di fascia più alta, per cui è prevista la garanzia di Sace, il decreto liquidità destina, in proposito, i commi 6 e 7 dell'art. 1. Ricevuta la richiesta di finanziamento con garanzia, dunque, la banca procede – secondo i canoni ordinari – all'istruttoria e quindi alla valutazione del credito. «In caso di esito positivo», trasmette poi la richiesta del prenditore a Sace, che «verifica l'esito positivo del processo deliberativo del soggetto finanziatore»⁵³.

Posto quest'assetto normativo, a me non pare dubbio che l'attività di valutazione del merito di credito sia svolta dalla banca anche nel diretto interesse del garante Sace (per la sola misura garantita, naturalmente): la banca trasmette al garante, in effetti, la propria e «positiva» determinazione. La stessa, perciò, conserva su di sé, in questa fattispecie, il rischio della propria professionalità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1176 comma 2, c.c.⁵⁴.

Al successivo «riscontro» compiuto da Sace non può, d'altro canto, essere assegnato il significato della ratifica: che ciò richiederebbe, quanto meno, una espressione normativa formale in tal senso, posto che non è potere della Pubblica Amministrazione (come pure delle società *in house*) disporre delle norme fissate imperativamente dallo Stato legislatore.

Del resto, ipotizzare al riguardo una sorta di «ratifica» della Sace si tradurrebbe, sotto il profilo sostanziale, in una clausola di esonero da

Le obbligazioni della banca discendono direttamente dalla legge (senza integrare però una gestione di affari altrui, posta la presenza caratterizzante di un interesse del gestore); cfr. già sopra, nella nota 23. Nel caso, l'attività di monitoraggio del rapporto potrebbe invece essere ricondotta a fonte di ordine contrattuale.

⁵³ Per determinate, peculiari fattispecie occorre in aggiunta pure un decreto del Ministro dell'economia (art. 1, comma 7).

⁵⁴ Se è vero che il decreto liquidità persegue pure l'obiettivo (peraltro, non finale, ma strumentale, si è visto) di dare stabilità alle imprese bancarie, è anche vero pure, però, che, come già sopra osservato (n. 7.2.), che il perseguimento di tale obiettivo non può tradursi in un allentamento dei parametri di efficienza delle imprese bancarie e tanto meno in uno strumento di potenziale abuso.

In proposito v. anche la precedente nota 38.

responsabilità, anche in ragione del fatto che la legge non prevede la trasmissione, nel transito dal creditore al garante, né dell'atto di valutazione, né della relativa documentazione. In certi casi – un po' al limite, verrebbe da pensare –, comunque, potranno se mai ricorrere gli estremi del concorso di responsabilità *ex art. 1227 comma 1, c.c.*⁵⁵; è da notare, in proposito, che il decreto assegna anche a Sace (sebbene ad altri fino) il compito di «operare con la dovuta diligenza professionale»⁵⁶.

Lo stesso schema di base dovrebbe potere essere replicato, mi pare, per il punto del monitoraggio.

12.3. Molto meno netta e limpida appare, per contro, la situazione riflessa dalle normative dedicate alle altre due fasce di intervento in garanzia. Allo stato attuale ritengo sia possibili, per questi propositi, esprimere solamente delle semplici impressioni. Che senz'altro vengono a sottolineare in via prioritaria l'esigenza di chiarimenti e miglioramenti del testo legislativo.

Per i crediti di fascia intermedia, provvede la lettera g. dell'art. 13. Nel senso che questa disposizione – nel generalizzare l'esonero dal modello di valutazione tipo (di cui all'allegato A del d.m. 12 febbraio 2019) – si riferisce unicamente all'attività ordinaria del Fondo. Non viene in alcun modo a toccare, cioè, l'attività istruttoria e valutativa posta in essere (in specie, per la parte del credito non coperta dalla garanzia⁵⁷) dalle banche interessate. Si potrebbe fors'anche ipotizzare, allora, che la «compressione» dell'attività istruttoria relativa

⁵⁵ Per la verità, lo stesso tipo coinvolgimento potrebbe risultare ipotizzabile, in linea principio almeno, anche sotto il profilo penalistico della c.d. concessione abusiva del credito.

Sul tema della effettiva ipotizzabilità della concessione abusiva anche nell'ambito delle strutture propriamente intese al superamento della crisi da parte dell'impresa v. ora N. ABRIANI E L. BENEDETTI, *Finanziamento all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale della impresa in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 41 ss.

Dichiarano una loro forte contrarietà al fatto che le «disposizioni del decreto omettano qualsivoglia elemento di raccordo con la disciplina penal-fallimentare» G. AMATO E D. CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel decreto «Cura Italia» e nel decreto liquidità*, in *dirittobancario.it*, maggio 2020.

⁵⁶ A cui peraltro dovrebbe di necessità legarsi, vista l'«esplosione operativa» di questa società, un adeguato rafforzamento delle strutture organizzative della stessa.

⁵⁷ Secondo quella che è la configurazione propria dell'operazione (a parte sta l'attività di riassicurazione: sopra nota 24).

all'impresa prenditrice del Fondo⁵⁸ importi – di rimbalzo – un maggiore affidamento, con connesso seguito di responsabilità, nell'attività istruttoria effettuata dal creditore bancario⁵⁹.

Diversamente complicata è la situazione relativa ai crediti di più bassa fascia. Qui, per vero, non sono riuscito nemmeno a comprendere se un'attività di istruttoria (e monitoraggio) del credito debba, o anche solo possa, essere effettuata. Il testo della lett. m. dell'art. 13 sembrerebbe, nel contempo, ammettere ed escludere la sussistenza di tale attività: l'ultimo periodo della disposizione dichiara, invero, che il credito è «concesso automaticamente ... senza valutazione ..., subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti»; il quarto periodo della medesima invece, nel regolare il compenso della banca finanziatrice, prevede che questo concerne i «costi di istruzione e di gestione» dell'operazione⁶⁰.

⁵⁸ Secondo A. TONIOLO, *Covid-19: garanzia pubblica sui prestiti bancari delle pmi e conversioni in finanziamenti a fondo perduto*, in corso di pubblicazione su *dirittobancario.it*, «il Fondo utilizza unicamente il modulo economico-finanziario del c.d. modello di valutazione, escludendo per converso il modulo andamentale» (di cui all'allegato citato nel testo).

⁵⁹ L'ultimo periodo della lett. g dispone che «sono, in ogni caso, escluse le imprese che presentano esposizione classificate come “sofferenze” ai sensi della disciplina bancaria»: resta il dubbio se si tratta di verifica meramente solo formale (sono sofferenze tutte e solo quelle che sono state classate come tali) o anche sostanziale. A risolvere il dubbio nella seconda direzione sta però, a me pare, la constatazione che le procedure di concordato in continuità, gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati possono essere ammessi al beneficio della garanzia solo se (tra le altre cose) «la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza».

⁶⁰ Non è comunque difficile prevedere, per questa tipologia di crediti in particolare, una quantità infinita di contenzioso (per il recupero di quanto nel caso dovuto): forse ingestibile; comunque destinato a fare lievitare in modo (vieppiù) insostenibile il «prezzo» (ivi comprese mora e spese di recupero: si pensi alla clausola «30% del ricavato» del credito).