



Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza

a cura di

Stefania Pacchi e Andrea Pisaneschi



G. Giappichelli Editore



L'“Osservatorio Internazionale sul Debito” è un progetto del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena, istituito con l'obiettivo di monitorare il problema dell'indebitamento, nel diritto privato e nel diritto pubblico, e gli strumenti approntati dagli ordinamenti, nazionale e stranieri, per tentare di porvi rimedio. Il progetto si svolge in collaborazione con l'Associazione Osservatorio Internazionale sul Debito – AOID – che si propone i medesimi fini e che intende altresì collegare il mondo accademico – italiano ed internazionale – con il mondo delle professioni e degli organi giudicanti.

Nei prossimi mesi si giocheranno partite fondamentali per il mantenimento in vita del sistema delle imprese, per garantire la circolazione della liquidità e la stabilità degli intermediari creditizi, per rilanciare una politica di investimenti che abbia moltiplicatori adeguati sul Pil, per utilizzare in maniera adeguata le risorse europee. In relazione ad ognuna di queste aree saranno necessari interventi normativi, regolatori, interpretativi, applicativi. Il diritto dovrà confrontarsi necessariamente con tematiche economiche ed aziendalistiche; l'Università, per dare un contributo efficace, dovrà ascoltare le voci e le problematiche del mondo giudiziale e professionale.

Attraverso il progetto Osservatorio Internazionale sul Debito, l'AOID intende seguire scientificamente questo percorso attraverso la pubblicazione di ricerche che raccolgano, a seconda dei temi, competenze qualificate ma di diversa estrazione.

La collana si propone pertanto di seguire temi inerenti la crisi di impresa, la relazione tra banca e impresa, nonché le più rilevanti questioni giuridiche relative agli strumenti normativi e regolatori, interni e sovranazionali che verranno adottati, da Governi e Istituzioni sovranazionali, in questo difficile momento storico.

Nelle intenzioni dei curatori la collana dovrà essere un osservatorio, up to date, sulle trasformazioni e i mutamenti giuridici sui temi sopra descritti. Per questa ragione è stata scelta, tra l'altro, la veste dell'e-book ad accesso libero, ritenendo che questo formato possa consentire una maggiore rapidità di pubblicazione ed una migliore possibilità di accesso per professionisti, operatori, studiosi.

STEFANIA PACCHI e ANDREA PISANESCHI

Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza

a cura di

Stefania Pacchi e Andrea Pisaneschi



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-5056-0

*Il volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Siena.*



Opera distribuita con Licenza Creative Commons

Attribuzione – non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

Pubblicato nel mese di novembre 2020
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

INDICE

pag.

PREMESSA

XIII

PARTE I

I FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE NELL'EMERGENZA: GLI INTERVENTI NORMATIVI E LE PROBLEMATICHE

IL SUPPORTO FINANZIARIO ALLE MEDIE E GRANDI IMPRESE NELL'AMBITO DEL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO

di *Andrea Pisaneschi*

1. Introduzione	3
2. I provvedimenti per assicurare liquidità straordinaria alle banche	4
3. Il problema del trattamento degli NPE	6
4. Il <i>Temporary Framework</i> della Commissione sugli aiuti di Stato	8
5. L' <i>Amendment</i> del 8 maggio 2020	11
6. Le modifiche alla organizzazione della SACE e i prestiti con garanzia pubblica	13
7. La nozione di "impresa in difficoltà"	15
8. Gli interventi di rafforzamento patrimoniale di cui al d.l. 19 maggio 2020	17
9. Ma lo Stato non deve essere imprenditore	20

IL RILASCIO DELLA GARANZIA SACE EX ART. 1, D.L. N. 23/2020 NEL QUADRO DELLE INIZIATIVE DI COORDINAMENTO DEFINITE IN SINERGIA TRA SACE, ABI E SETTORE BANCARIO

di *Giovanni Staiano*

1. La normativa di riferimento	23
2. Il conseguente contesto operativo	24
3. La procedura per l'erogazione del finanziamento assistito dalla garanzia SACE	25

LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO CON GARANZIA PUBBLICA IN TEMPO DI COVID-19

di *Giovanni Staiano*

1. Premessa	31
2. Le specifiche disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per la conclusione di contratti bancari	31
3. I tratti essenziali di tale normativa <i>ad hoc</i>	32
4. Alcune brevi notazioni	34
5. Altre disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per semplificare l'accesso ai servizi bancari	35

IL FONDO CENTRALE DI GARANZIA E LE NUOVE REGOLE DI ACCESSO AL CREDITO NEL "DECRETO LIQUIDITÀ"

di *Niccolò Pisaneschi*

1. Introduzione	37
2. L'art. 13 del d.l. n. 23/2020: struttura e funzione	38
3. La dotazione del Fondo Centrale di Garanzia ai sensi della riforma	39
4. I nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari (ed il loro presumibile perché). Una prima definizione delle aziende ammesse al credito	41
5. Sempre sui nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari. Sugli strumenti scelti per legare i nuovi finanziamenti alle conseguenze dirette del Covid-19	44
6. La garanzia del Fondo Centrale ed i finanziamenti bancari: il ruolo delle banche nel sistema della riforma	46
7. Conclusioni	48

ACCEDERE AL CREDITO ATTRAVERSO IL FONDO CENTRALE DI GARANZIA: LA RECENTE RIFORMA E LE NUOVE MISURE POST EMERGENZA COVID-19

di *Lorenzo Gai – Federica Ielasi – Maria Cristina Arcuri*

1. Introduzione	51
2. Il Fondo Centrale di Garanzia: profili operativi	52
3. Il Fondo Centrale di Garanzia: potenziali beneficiari	55
4. La riforma introdotta nel marzo 2019	57
5. Una prima verifica empirica su dati pubblici	63
6. Il ruolo del Fondo Centrale di Garanzia nell'emergenza Covid-19	66
7. Conclusioni	68

pag.

PROFILI CRITICI DELLA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE CON GARANZIA PUBBLICA NELL'AMBITO DELLA CRISI PANDEMICA

di *Luciano Panzani*

1. Il quadro normativo	71
2. La deroga al divieto di aiuti di Stato	73
3. Garanzia e vincolo di destinazione del finanziamento	76
4. Concessione della garanzia e situazione di insolvenza, crisi e/o difficoltà dell'impresa sovvenuta	77
5. Garanzia SACE ed imprese con esposizioni deteriorate	79
6. Esposizioni deteriorate e Fondo Centrale di Garanzia	81

I RISCHI PENALI PER GLI OPERATORI BANCARI IN RELAZIONE AI FINANZIAMENTI CON GARANZIA PUBBLICA PREVISTI DAL DECRETO LIQUIDITÀ

di *Fabio di Vizio*

1. Considerazioni introduttive	83
1.1. Il <i>focus</i> della ricerca	83
1.2. L'irrinunciabilità della verifica del merito di credito, tra responsabilità amministrative e civili	85
2. Le sovvenzioni con garanzia pubblica	93
2.1. Osservazioni generali: la rinegoziazione dei debiti e la crisi economica dei beneficiari dei finanziamenti	93
2.2. I finanziamenti previsti dall'art. 1 del d.l. n. 23/2020 con garanzia di SACE	97
2.3. I finanziamenti previsti dall'art. 13 del d.l. n. 23/2020 con garanzia del Fondo centrale di garanzia PMI	101
2.3.1. In via generale	101
2.3.2. Il privilegio per i crediti del Fondo di garanzia	102
3. Le responsabilità penal-fallimentari dell'operatore bancario quale terzo concorrente	104
3.1. Premesse generali	104
3.2. La bancarotta per distrazione, le bancarotte semplici e la bancarotta impropria per operazioni dolose	105
3.3. La bancarotta preferenziale: nozioni utili	109
3.3.1. L'interesse tutelato	109
3.3.2. L'alterazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori	110
3.3.3. Il presupposto della condotta: insolvenza o crisi incombente	111
3.3.4. La condotta: l'esecuzione di pagamenti	111
3.3.5. La condotta alternativa: la simulazione di titoli di prelazione	113
3.3.6. Il contributo causale del creditore preferito	115
3.3.7. Il dolo	117

	<i>pag.</i>
3.3.8. Il sostegno finanziario e i rientri delle imprese in crisi: il valore indiziante della preferenzialità penale ricollegato alla soggezione alla revocatoria fallimentare	119
4. La responsabilità penal-fallimentare degli operatori finanziari rispetto ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal d.l. n. 23/2020	128
4.1. Premesse in breve	128
4.2. La bancarotta preferenziale	130
4.3. Le bancarotte semplici e da operazioni dolose	134

PARTE II

LA DISCIPLINA DELL'IMPRESA IN CRISI NELL'EMERGENZA: GLI INTERVENTI NORMATIVI E LE PROBLEMATICHE

L'IMPATTO DEL VIRUS CORONA-19 SUL DIRITTO DELLA CRISI

di *Stefania Pacchi*

1. Premessa	137
2. Le urgenze: scongiurare la dichiarazione di fallimento	139
3. Le urgenze: mettere al riparo le procedure compositive in corso	141
4. Le urgenze: la sequenza <i>automatic stay</i> – piano attestato	143
5. Evitare il fallimento. Si può rileggere l'art. 5 l. fall.?	144
6. Alla ricerca del sistema migliore per fronteggiare la crisi da Covid-19: la scelta tra legge fallimentare e il Codice della crisi e dell'insolvenza	149
7. I problemi del Legislatore dell'emergenza	155
8. Ripensare la negozialità	158
9. Conclusioni	162

"WHAT EVER IT TAKES". LA PROTEZIONE NORMATIVA DELL'IMPRESA AL TEMPO DEL CORONAVIRUS

di *Franca Vianello*

1. Fonti	163
2. Premessa	163
3. Le misure normative predisposte in Italia	167
3.1. Differimento dell'entrata in vigore del nuovo CCII al 21 settembre 2021 (art. 5 d.l. liquidità)	167
3.2. Improcedibilità delle procedure per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza (art. 10 d.l. liquidità)	169
3.3. Sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale sotto il minimo e di valutazione del <i>going concern</i> (artt. 6 e 7 d.l. liquidità)	172

pag.

3.4. Disapplicazione delle norme in tema di postergazione dei finanziamenti (art. 8 d.l. liquidità)	176
3.5. Disposizioni in materia di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione (art. 9 d.l. liquidità) e di sovraindebitamento	176
3.6. Disciplina dei contratti pendenti e delle azioni ordinarie ed esecutive (artt. 56, 83 e 91 d.l. cura Italia e artt. 11 e 36 d.l. liquidità)	180

L'IMPATTO DEL "DECRETO LIQUIDITÀ" SULLA CONTINUITÀ AZIENDALE DELLE IMPRESE E SULLE PROCEDURE CONCORDSUALI PENDENTI

di *Stefano Ambrosini – Gianvito Giannelli*

1. Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi	187
2. La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale	189
3. La rilevazione della continuità aziendale	191
4. Gli effetti sulle procedure minori pendenti	192
5. <i>Segue.</i> La rinuncia al concordato preventivo e il deposito di un piano attestato di risanamento	198
6. La temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento	198
7. Un accenno al tema dell'insolvenza incolpevole	198

L'INCIDENZA DEL DIRITTO EMERGENZIALE SULLO STATO DI CRISI E DI INSOLVENZA: LA DIROMPENTE "INSOLVENZA REVERSIBILE"

di *Michele Monteleone*

1. Premessa	201
2. Crisi e insolvenza nell'attuale sistema concorsuale	204
3. L'insolvenza prospettica	210
4. Crisi e insolvenza nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza	216
5. L'insolvenza, la pandemia e i rapporti obbligatori	220
6. La legislazione emergenziale e non fallibilità: la causa di forza maggiore	234
7. Conclusioni	239

L'ADEGUATO ASSETTO ORGANIZZATIVO CONTABILE. UNA VISIONE AZIENDALISTA

di *Elena Gori – Maria Lucetta Russotto*

1. Premessa	243
2. L'adeguato assetto organizzativo contabile, teorie e prassi	244

	<i>pag.</i>
3. L'adeguato assetto organizzativo contabile, da obbligo legale a opportunità per l'impresa	246
4. Tre macro-modelli: per la micro, la piccola e la media impresa	251
4.1. L'emersione della crisi aziendale quale variabile del rischio d'impresa. I flussi informativi quali strumento di controllo	251
4.2. L'attendibilità contabile e il modello di M.D. Beneish	253
4.3. I macro-modelli	257
5. Conclusioni	259

IL CONCETTO DI COLPA NELLA L. N. 3/2012 SUL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE

di *Giuseppe Limitone* 261

POSTILLA SULLA COLPA NELLA L. N. 3/2012 SUL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE E LA PROPOSTA DELLA COMMISSIONE RORDORF

di *Giuseppe Limitone* 265

PARTE III

DAL MONDO DELLE PROFESSIONI

LE PROSPETTIVE DEI CONFIDI ALLA LUCE DEL DECRETO LIQUIDITÀ

di *Sabrina Galmarini* 271

COVID-19: DEROGA ALLE PROSPETTIVE DI CONTINUITÀ AZIENDALE

di *Giovanna Greco* 281

IL CONTRATTO DI MUTUO E DI FINANZIAMENTO RATEALE, IL PIANO DI AMMORTAMENTO ED IL REGIME DI INTERESSI: TRE REALTÀ IN PERENNE RICERCA DI TRASPARENZA

di *Antonio Tanza* 285

pag.

IL PIANO ATTESTATO “RAFFORZATO” – COVID-19

di *Giuseppe Schiavo*

- | | |
|--|-----|
| 1. L’Approccio aziendalistico | 301 |
| 2. Cosa intendere per azienda “sana” ante Covid-19 | 301 |
| 3. Analisi eziologica dello stato di crisi aziendale | 302 |
| 4. Lo strumento agile per rilanciare l’azienda | 303 |

IL RUOLO DEI PROFESSIONISTI IMPEGNATI NELLE PROCEDURE
CONCORSUALI DURANTE L’EMERGENZA COVIDdi *Francesco Corbello*

307

GLI AUTORI

311

PREMESSA

Questo volume, con cui si inaugura la collana dell’“Osservatorio Internazionale sul Debito”, è dedicato agli interventi straordinari posti in essere dal Governo italiano tra il marzo e l’agosto 2020 per mantenere in vita il sistema delle imprese, colpito dal *lockdown*, e dal conseguente crollo sia della domanda che della produzione.

È diviso in tre parti: la prima dedicata agli strumenti di sostegno alla liquidità delle imprese nell’emergenza; la seconda dedicata alla disciplina dell’impresa in crisi nell’emergenza; la terza raccoglie contributi di professionisti rispetto a casi specifici.

Vi hanno partecipato accademici – giuristi ed aziendalisti – professionisti – avvocati e commercialisti – giudici.

A loro esprimiamo la nostra sincera gratitudine.

Stefania Pacchi

Andrea Pisaneschi

PARTE I

**I FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE NELL'EMERGENZA:
GLI INTERVENTI NORMATIVI
E LE PROBLEMATICHE**

IL SUPPORTO FINANZIARIO ALLE MEDIE E GRANDI IMPRESE NELL'AMBITO DEL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO

Andrea Pisaneschi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I provvedimenti per assicurare liquidità straordinaria alle banche. – 3 Il problema del trattamento degli NPE. – 4. Il *Temporary Framework* della Commissione sugli aiuti di Stato. – 5. L'*Amendment* dell'8 maggio 2020. – 6. Le modifiche alla organizzazione della SACE e i prestiti con garanzia pubblica. – 7. La nozione di "impresa in difficoltà". – 8. Gli interventi di rafforzamento patrimoniale di cui al d.l. 19 maggio 2020. – 9. Ma lo Stato non deve essere imprenditore.

1. Introduzione

L'Europa della regolazione si è mossa rapidamente durante la crisi. Mentre l'Europa della politica ha mostrato tempi più lunghi, evidenziando ancora divisioni sulle scelte di politica fiscale comuni, il sistema regolatorio, nato dalla precedente crisi del 2008-2012 e basato su BCE come autorità di politica monetaria, Single Supervisory Mechanism (BCE) come autorità di vigilanza, e EBA come autorità di regolazione, hanno dimostrato di poter agire in modo rapido e coordinato.

In meno di 15 giorni, infatti, (dal 12 marzo sino al 25 di marzo 2020), le varie autorità hanno adottato misure tra loro coerenti, finalizzate da una parte ad offrire al sistema bancario abbondanza di liquidità, da un'altra parte a rendere più flessibili i requisiti prudenziali di capitale, da un'altra parte ancora a consentire aiuti di Stato alle imprese in difficoltà (senza considerare gli interventi di acquisto di titoli di Stato da parte della BCE che riguardano la questione della sostenibilità del debito pubblico).

Per limitarsi alle relazioni tra banca e impresa, era prevedibile che in un contesto nel quale il sistema bancario sarebbe stato il perno degli aiuti alle imprese (come previsto anche dal *Temporary Framework* in materia di aiuti di Stato approvato dalla Commissione), non coordinare le misure straordinarie sulla liquidità con le regole sul capitale e con il trattamento prudenziale dei crediti sottoposti a moratoria o a ristrutturazione, avrebbe reso ancora più difficile lo sblocco dei prestiti. Un tale disallineamento si verificò, del resto, durante la crisi 2008-2012, quando analoghe misure straordinarie di liquidità poste in essere dalla BCE durante la crisi finanziaria, non produssero gli effetti sperati anche perché nuovi prestiti avrebbero impattato sui requisiti di capitale (che la regolazione stava rendendo più

stringenti). Questa volta gli interventi sono stati invece rapidi e coordinati e si sono basati su quattro pilastri: da un punto di vista della politica monetaria, sulla immissione, da parte della BCE, di liquidità nel sistema bancario ad un costo basso e con un notevole ampliamento delle garanzie collaterali; da un punto di vista della vigilanza, attraverso la concessione alle banche, da parte del *Single Supervisory Mechanism* (SSM) dell'utilizzo dei *buffer* di capitale e di liquidità, nonché attraverso una concessione alla flessibilità nell'interpretazione delle regole in sede di valutazioni SREP; da un punto di vista della regolazione attraverso alcune precisazioni, da parte dell'EBA, sul trattamento a fini prudenziali dei crediti sottoposti a moratoria o a ristrutturazione; da un punto di vista delle politiche attraverso un intervento della Commissione sulla normativa in tema di aiuti di Stato.

L'insieme di queste misure ha offerto al sistema bancario un armamentario poderoso per affrontare, nella prima fase, l'urto di una crisi di liquidità da parte di imprese e famiglie sostanzialmente inedita (perché derivante dalle misure di *lockdown* imposte dallo Stato e non da un fallimento del mercato come nel 2008). Il sistema, peraltro, è stato tarato con orizzonte temporale breve, e con contenuto emergenziale, per permettere alle imprese di sopravvivere pur in carenza di liquidità. Ma è implicito che sin da subito si dovrebbe guardare al 2021, quando queste medesime imprese si troveranno presumibilmente con un debito difficile da sostenere.

2. I provvedimenti per assicurare liquidità straordinaria alle banche

Per evitare che una crisi di liquidità –ipoteticamente temporanea– si trasformi rapidamente in una crisi economica strutturale, è necessario offrire sia alle banche che alle imprese liquidità a basso costo. Inoltre è essenziale che i nuovi prestiti –o le moratorie su prestiti già erogati– non abbiano un impatto “eccessivo” sui requisiti di capitale delle banche.

Sono cioè opportune azioni coordinate di politica monetaria e di vigilanza. In mancanza di interventi sul secondo versante, i prestiti o le moratorie effettuate dal sistema bancario inciderebbero pesantemente sui requisiti di capitale delle banche, limitando la erogazione del credito o ponendo a rischio i *ratios* patrimoniali del sistema bancario.

Nel primo intervento straordinario della BCE del 12 marzo 2020, sono state utilizzate le leve della politica monetaria e le leve della vigilanza in maniera congiunta: l'unificazione all'interno di un unico ente (la BCE) delle competenze in tema di politica monetaria e di vigilanza bancaria sembra essere stata, a questo proposito, una scelta corretta. Molti ricordano bene quanto accadde nel 2011, quando l'EBA, incaricata di realizzare gli *stress test* nel sistema bancario europeo, ritenne di dover computare nei bilanci delle banche le minusvalenze maturate sui titoli di Stato, mentre la BCE, dall'altra parte, acquistava i medesimi titoli di Stato per immettere liquidità nel mercato. Un corto circuito tra i regolatori che certamente è stato di insegnamento.

A parte il metodo, la BCE ha agito sulla liquidità delle banche con strumenti già conosciuti: le c.d. operazione TLTRO (*Targeted long term refinancing operations*).

Queste operazioni furono inizialmente sperimentate a livello Europeo nel 2011 con una immissione da 1000 miliardi denominato LTRO (*Long term refinancing operation*). Si trat-

tava sostanzialmente di prestiti al sistema bancario a più lungo termine e a bassi tassi di interesse, fornite dalla BCE, al di fuori delle regole del prestatore di ultima istanza. Allora questa operazione non dette i risultati sperati, perché da un lato la liquidità era priva di un *target* (le banche non erano obbligate ad immettere la liquidità nell'economia reale), e dall'altro lato vi era una contemporanea richiesta, da parte del regolatore, di innalzamento dei requisiti prudenziali di capitale, cosa che spingeva le banche a ridurre gli attivi a rischio e a non utilizzare la liquidità ricevuta. Migliori effetti lo ebbero sempre in passato le c.d. TLTRO (*Targeted long term refinancing operations*), operazioni utilizzate dalla BCE dal 2014 al 2016, ancora per fornire liquidità alle banche, ma appunto con il vincolo di scopo della utilizzazione di tali linee per prestiti a famiglie e imprese.

Le TLTRO, lanciate nuovamente il 13 di marzo di quest'anno, si inseriscono dunque nell'ambito di uno strumentario già collaudato dalla Banca Centrale, ma con ulteriori vantaggi per il sistema bancario e per le imprese.

In primo luogo la liquidità potrà essere richiesta dalle banche per prestiti alle piccole e medie imprese; tale liquidità potrà essere ottenuta fino al 50% dello stock dei prestiti del 2019 c.d. *eligible* (contro il 30% delle precedenti operazioni). Le nuove TLTRO, inoltre, godranno di un beneficio di ulteriori 25 punti base sul tasso delle precedenti. Verranno inoltre effettuate aste LTROs settimanali fino a giugno 2020. Si tratta di un'immediata iniezione di liquidità a supporto del sistema finanziario con tasso di interesse pari al tasso medio sui depositi (-0.50%). Secondo le stime che sono state effettuate (Prometeia) ciò si tradurrà per il settore bancario italiano nella possibilità di ottenere fino a 470 miliardi di liquidità aggiuntiva.

Parallelamente, da un punto di vista della vigilanza prudenziale, l'SSM ha concesso alle banche di usare pienamente i *buffer* di capitale esistenti (*Capital Conservation buffer*, *Countercyclical capital buffer* e *Pillar 2 Guidance*, P2G). I *buffer* del resto erano costituiti proprio in funzione di crisi e *shock* sistemici (quale quello che è avvenuto con il coronavirus), ma certo la loro utilizzazione costituisce la spia della gravità della situazione e, ad un tempo, la misura di quanto sia forte lo stimolo della BCE perché il sistema bancario utilizzi realmente la liquidità offerta.

Inoltre, per la composizione dei cosiddetti requisiti di *Pillar 2 Requirement* (P2R), sono state anticipate misure che sarebbero entrate in vigore a gennaio 2021. Tali misure consentono alle banche di soddisfare il requisito anche con strumenti di *Additional Tier1* e di *Tier2*, meno costose in termini di capitale.

Questo insieme di misure consente alle banche italiane "significative", di liberare, è stato stimato (ancora Prometeia), circa 43 miliardi di *Risk Weighted Assets* (RWA) necessari per consentire l'utilizzazione della liquidità aggiuntiva senza eccessivi timori di impatto sul capitale di vigilanza.

Quasi come compensazione – invero ragionevole – a questi interventi di alleggerimento, l'SSM ha poi sollecitato il sistema bancario, a non procedere alla distribuzione di dividendi e a non effettuare operazioni di *buyback* (acquisto di azioni proprie). Tale richiesta è stata accolta dalla maggioranza degli istituti e produrrà un ulteriore aumento dei requisiti di capitale di prima qualità.

Anche il Fondo Monetario Internazionale, il 31 di marzo 2020, ha dato indicazioni ai regolatori nel senso della flessibilità. Se, secondo il Fondo è opportuno non modificare le regole perché ciò potrebbe ingenerare confusione nei mercati, "allo stesso tempo bisogna

essere pronti a concedere alle banche il tempo di rispettare le regole in caso di inadempimento”. Un invito alle banche in linea con quanto effettuato dal SSM, ad utilizzare i *buffer* di capitale, e forse un qualche invito a rivedere i tempi del c.d. *calendar provisioning* (di cui nel paragrafo seguente).

3. Il problema del trattamento degli NPE

I primi interventi dei regolatori sono dunque andati nella giusta direzione. Tuttavia uno dei punti centrali sui quali si giocherà la stabilità del sistema bancario e la sua capacità di fornire liquidità alle imprese, sarà il tema degli assorbimenti di capitale da parte degli NPE (*non performing exposure*). È evidente infatti che un aumento considerevole degli NPE nei bilanci delle banche, che sarà inevitabile e che per fortuna avverrà dopo una già consistente operazione di alleggerimento in questi ultimi anni, rischia di vanificare l'utilizzazione dei *buffer* di capitale, anche in considerazione della nozione “armonizzata” di NPE che i regolatori utilizzano, e i tempi stretti – determinati anteriormente alla crisi – che i regolatori avevano posto per le coperture integrali di tali NPE.

È infatti noto che la nozione armonizzata di N.P.E., stabilita normativamente dal regolamento (UE) n. 6801/2014 della Commissione, e poi ripresa nei documenti dell'A.B.E. e della B.C.E. con medesimo significato, tratta in maniera eguale le diverse situazioni di “sofferenza”, “inadempienze probabili” (U.T.P.) e “esposizioni scadute e\confinante deteriorate”¹.

Secondo la definizione armonizzata, infatti, un'esposizione creditizia è comunque classificata come N.P.E. quando vi sia un “giudizio della banca circa l'improbabilità che senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie”². In quest'ultimo caso la posizione è definita come *unlikely to pay* (o U.T.P.). Si tratta infatti non di una situazione di inadempimento o di ritardo nell'adempimento delle obbligazioni, ma di un giudizio pro-

¹ Questa distinzione è indicata nella circolare della Banca di Italia 12 luglio 2008, n. 272 – 10° aggiornamento del 28 dicembre 2017. Secondo tale circolare gli N.P.I.s si distinguono in 1) sofferenze “ovvero il complesso delle esposizioni creditizie per cassa e fuori bilancio nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdite formulate dalla banca. Sono escluse le situazioni le cui anomalie siano riconducibili a profili attinenti al rischio paese”. 2) Inadempienze probabili (U.T.P.) “la classificazione in tale categoria è il risultato del giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali ad esempio l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Tale valutazione va operata in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi (o rate) scaduti e non pagati.” 3) Esposizioni scadute e o sconfinanti deteriorate: “sono esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili) che sono scadute o che eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza”.

² Come si è visto criteri più precisi di definizione non si rinvergono nel diritto positivo. La *Circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008 (matrice dei conti)* ha introdotto con il 10° aggiornamento del 28 dicembre 2017 la nozione di inadempienze probabili, differenziandole dalle altre esposizioni deteriorate. La permanenza nell'ordinamento italiano, di diverse classificazioni di crediti deteriorati ha però fini essenzialmente statistici, dato che tali esposizioni sono definite ai fini degli assorbimenti patrimoniali, come N.P.E. Si veda sul punto P. Messina, *Unlikely to pay: potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 190.

gnostico, da effettuarsi da parte dell'intermediario, su di un possibile, futuro, non adempimento delle obbligazioni³. La valutazione è prospettica e si fonda su criteri valutativi non precisati⁴.

Da un punto di vista prudenziale, la normativa primaria, data dal regolamento (UE) n. 630/2019 (che ha modificato il precedente regolamento (UE) 575/2013 c.d. *Capital Requirements Regulation* "CRR") stabilisce il trattamento degli N.P.E. (secondo la definizione armonizzata sopra ricordata) nell'ambito dei c.d. requisiti di primo pilastro. Si tratta quindi di norme giuridicamente vincolanti per tutte le banche con sede nell'Unione Europea. Tale normativa impone una deduzione dai fondi propri per i crediti deteriorati non sufficientemente coperti da accantonamenti o da altre rettifiche, a far data dal 26 aprile 2019, secondo un percorso temporalmente determinato. Gli N.P.E. non garantiti (quindi sia situazioni di insolvenza accertata, sia di *past due*, sia i c.d. U.T.P.) dovranno essere coperti integralmente entro tre anni, mentre i crediti garantiti da beni immobili entro nove anni e quelli garantiti da beni mobili entro 7, con previsione di accantonamenti crescenti annuali al fine di evitare il c.d. *cliff edge* alla scadenza temporale prevista.

A sua volta "L'Addendum alle linee guida," approvato nel 2018 dalla B.C.E. ha previsto una progressione di accantonamenti prudenziali secondo una logica di calendario (da cui il nome, normalmente utilizzato nella prassi, di *calendar provisioning*)⁵ pur con alcune differenze.

In primo luogo le aspettative di vigilanza si applicano a tutti gli N.P.E., classificati come tali, anche se erogati anteriormente all'entrata in vigore dell'*addendum* in ambito di secondo pilastro (non sono cioè giuridicamente vincolanti). Vi è poi una differenza di calendario tra la normativa di primo pilastro e la normativa di secondo. Secondo le aspettative di vigilanza i crediti dovranno essere svalutati integralmente entro due anni se non garantiti e entro sette se garantiti, definendo, solo per i crediti garantiti, una progressione annuale a partire dal terzo anno.

Questa normativa pone pertanto almeno due ordini di problemi: in primo luogo il problema della classificazione dei crediti sottoposti a moratoria e dei nuovi crediti concessi; in secondo luogo la applicazione dei tempi stringenti del *calendar provisioning* per le coperture, in una situazione che è divenuta, oggettivamente, eccezionale.

Per quanto concerne il primo profilo, secondo la normativa vigente, i crediti sottoposti

³ Vi è al proposito una generale condivisione circa il fatto che nel caso degli U.T.P., la considerazione della semplice difficoltà a far fronte a pagamenti di solito si rivela temporanea, per cui il debitore non può essere giudicato, *tout court*, insolvente. Cfr. in questo senso F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati*, cit., 22.

⁴ Per questa ragione la assimilazione tra le due situazioni è generalmente criticata in dottrina. Si veda P. Messina, *Unlikely to pay. Potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, cit., 195 che espressamente si domanda "come il regolatore Europeo abbia mancato di operare tale rilevante distinzione e abbia optato per la l'equiparazione tra NPLs e UTP, senza aver riguardo alla circostanza che dall'equiparazione terminologica ne deriva che entrambi i crediti in parola, nonostante le profonde differenze sostanziali, soggiacciono alle medesime disposizioni inerenti le attività di vigilanza, soprattutto in materia di accantonamenti prudenziali".

⁵ Il *calendar provisioning* è stato oggetto di critiche, non solo in relazione alla stretta tempistica e ai rilevanti impatti in termini di capitale che tale tempistica impone, ma anche per una mancata analisi, differenziata, sui tempi dei processi esecutivi e delle procedure concorsuali che avrebbe necessitato un approccio più collegato alle cause che agli effetti. Cfr. A. Blandini, *Crediti deteriorati e struttura delle banche: considerazioni di insieme*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019, 219.

a moratoria dovrebbero essere classificati come sotto misure di concessione (c.d. *forborne*), mentre le nuove linee concesse alle imprese in difficoltà, quasi per definizione, dovrebbero essere qualificati come UTP. Esse infatti vengono richieste da imprese che si trovano in una situazione di probabile difficoltà di adempimento. Tale classificazione, nondimeno, produce come conseguenza l'innalzamento del NPE *ratio* nel sistema bancario, una serie di obblighi di monitoraggio, e non ultimo, rilevanti assorbimenti di capitale per le banche. I rischi di tornare – da un punto di vista bancario – alla situazione post crisi finanziaria del 2008 sono evidenti.

Per limitare – non eliminare – questo rischio, è tuttavia intervenuta l'EBA, che ha dettato regole prudenziali sulle classificazioni dei crediti finalizzate ad essere applicate in questo momento emergenziale. Il 25 marzo, infatti, l'EBA ha invitato le banche ad utilizzare tutta la flessibilità dei principi contabili per la classificazione dei crediti a fini prudenziali. Ha sottolineato, inoltre, come le moratorie non producano automaticamente né un cambio di classificazione del credito (come *foreborne*) né una modifica del *rating* della controparte. La valutazione che le banche devono svolgere è invece una valutazione prospettica nel lungo termine sulla sostenibilità, da parte dell'impresa, del debito contratto.

L'intervento dell'EBA, certamente assai rilevante, non risolve però compiutamente il problema. Rimane onere delle banche la valutazione caso per caso, sulla sostenibilità prospettica del debito; la questione, inoltre, si intreccia inevitabilmente con il problema della valutazione del merito creditizio dell'impresa richiedente il prestito, e con le connesse problematiche relative ai vari profili di responsabilità della banca nella concessione del credito (di cui specificamente nel paragrafo 6).

Il profilo relativo al calendario delle coperture non è stato ancora oggetto di una revisione. Se però pensiamo che il *calendar provisioning* dovrebbe applicarsi a far data dal 2021 è abbastanza chiaro come una sua revisione, quantomeno in ordine alla tempistica, sarebbe necessaria.

4. Il *Temporary Framework* della Commissione sugli aiuti di Stato

Praticamente in contemporanea con queste misure, il 19 di marzo la Commissione ha approvato una Comunicazione "*Temporary Framework*" in tema di aiuti di Stato per il sostegno all'economia da parte degli Stati membri.

Come noto, sulla base dell'art. 107 TFUE, non è consentito agli Stati membri l'utilizzazione di risorse pubbliche per attribuire vantaggi selettivi ad imprese qualora tali aiuti falsino a minaccino di falsare la concorrenza.

Il divieto di aiuti di Stato è finalizzato ad evitare il rischio di distorsioni della concorrenza tra imprese europee, e, tra l'altro, ad impedire che imprese che non possono godere di aiuti si trovino in condizioni svantaggiate rispetto a concorrenti europei che possano invece beneficiare di maggiori aiuti pubblici. In questo senso, la normativa sul divieto di aiuti di Stato tutela anche il buon funzionamento del mercato comune.

Secondo il trattato, sono tuttavia compatibili con il mercato interno "gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali" (art. 107, comma 2, lett. b). Possono invece considerarsi compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati "a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato mem-

bro” (art. 107, comma 3, lett. c). Mentre nel primo caso non occorre una valutazione della Commissione, nel secondo caso la valutazione è necessaria.

Nel *Temporary Framework* approvato il 13 di marzo, la Commissione ha riconosciuto in primo luogo l’applicabilità, in questo momento, dell’art. 107, comma 2, lett. b). La conseguenza è rilevante perché ne deriva che sono compatibili, senza una previa valutazione, gli aiuti per compensare i danni direttamente subiti dalle imprese in conseguenza dell’evento eccezionale. Si tratta di una possibilità di intervento molto ampio per lo Stato, non sottoposto alle limitazioni alle quali sono invece sottoposti gli aiuti di cui all’art. 107, comma 3, lett. c) (ad esempio non essere impresa in difficoltà) e con il solo limite del danno direttamente subito dall’evento.

Inoltre, secondo la Commissione, possono essere compatibili con il quadro europeo, a norma dell’art. 107.3. b TFUE (e dunque debbono essere verificati dalla Commissione) gli aiuti necessari “per porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro”. Rispetto a questa ipotesi, ed a parte casi specifici connessi con l’emergenza sanitaria, la Commissione individua ben sei tipologie di aiuto, per evitare che, in conseguenza della crisi, venga pregiudicata la continuità aziendale di imprese sane.

Gli strumenti di aiuto più rilevanti si incentrano sul sistema bancario, nella forma del prestito con garanzia pubblica o con interessi agevolati. La Commissione, infatti, prende atto nelle premesse, che “le banche e gli altri intermediari finanziari hanno un ruolo fondamentale nel far fronte agli effetti della pandemia da Covid 19 mantenendo il flusso del credito all’economia.” Del pari “anche le imprese sane, ben preparate ad affrontare i rischi inerenti alla normale attività imprenditoriale, possono trovarsi a dover far fronte a queste circostanze eccezionali, al punto che la loro sopravvivenza potrebbe essere messa a repentaglio”. Pertanto “un sostegno pubblico adeguatamente mirato è necessario per garantire la disponibilità di liquidità sufficiente sui mercati, per contrastare i danni arrecati alle imprese sane e per preservare la continuità dell’attività economica durante e dopo la pandemia di Covid 19”.

La prima tipologia di aiuto, con un tetto massimo di 800.000 euro per impresa, può essere concessa in forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento, anticipi rimborsabili, garanzie prestiti e partecipazioni.

Si tratta di una norma che consente una ampia discrezionalità per gli Stati e pochi vincoli. Gli Stati debbono prevedere un budget complessivo, ma, ad esempio, possono scegliere se sovvenzionare direttamente a fondo perduto o prestare una garanzia al 100%. (cfr. sez. 3.1.). È presumibile che questa tipologia sia indirizzata principalmente al sistema delle PMI, sia per l’entità (relativamente modesta) sia per la sostanziale libertà procedurale.

La ragione della entità, relativamente ridotta, di questa forma di aiuto, è da rinvenirsi nella tutela del mercato interno, e entro certi limiti, nella tutela del principio di parità delle armi. Come sottolineato nella medesima comunicazione, infatti, “l’integrità del mercato interno è un altro fatto che contribuisce a una ripresa più rapida. Inoltre, evita pericolose corse alle sovvenzioni, in cui Stati membri con mezzi più ingenti possono spendere più dei loro vicini a scapito della coesione all’interno dell’Unione”⁶. L’aiuto, secondo la Comuni-

⁶ Deve però essere rilevato che, a distanza di circa un mese dalla entrata in vigore della sospensione, la Germania, da sola, ha concesso circa il 51% dell’ammontare complessivo di tutti gli aiuti di Stato alle imprese

cazione, “non può essere concesso a imprese che si trovavano già in difficoltà (ai sensi del regolamento generale di esenzione per categoria) il 31 dicembre 2019.

Il secondo tipo di aiuto è il prestito con garanzia pubblica. In questo caso le regole sono assai più stringenti e gli Stati hanno poca possibilità di distaccarsi dalle rigide previsioni poste dal *Temporary Framework*.

Anche questi aiuti non possono essere concessi ad imprese che si trovavano già in difficoltà secondo la definizione comunitaria, (sulla quale torneremo successivamente), essere concessi entro il 31 dicembre 2020, e non possono avere durata superiore a sei anni. Da un punto di vista quantitativo hanno un limite massimo (25% del fatturato dell’impresa o doppio dei costi del personale riferibili al 2019, oppure ancora copertura del fabbisogno di liquidità per 18 mesi per le PMI o 12 mesi per le grandi imprese), e, comunque, la garanzia pubblica non può eccedere il 90% del capitale di prestito⁷. Anche le commissioni annuali sono fissate in un minimo, con aumenti progressivi mano a mano che aumenta la durata del prestito garantito.

Questa normativa stringente è presumibilmente finalizzata ad evitare eccessive distorsioni del mercato unico (permettendo agli Stati che non hanno problemi di debito di accollarsi il 100% del rischio). Del resto, se non vi fosse alcuna valutazione del merito creditizio e la garanzia pubblica fosse al 100%, sarebbe difficile distinguere la sovvenzione dal prestito: ogni prestito avrebbe infatti la certezza del rimborso e questo produrrebbe vantaggi per gli Stati con minor problemi di debito pubblico.

Nondimeno la questione pone vari problemi. Come diremo successivamente, in conseguenza di questa scelta le banche si trovano in una situazione complessa, strette tra il bisogno di concedere i prestiti in tempi rapidi per sostenere economia e occupazione, e la necessità di vagliare il merito creditizio in un contesto, economico e di mercato, non prevedibile. Dal punto di vista delle imprese, poi, i sei anni di durata del prestito sono assai pochi anche considerando che difficilmente il Pil del paese tornerà rapidamente al livello ante crisi.

Dal punto di vista delle banche, per evitare che la garanzia pubblica costituisca un aiuto, queste ultime debbono dimostrare di aver trasferito al beneficiario finale i vantaggi dell’aiuto “sotto forma di maggiori volumi di finanziamento, maggiore rischiosità dei portafogli, minori requisiti in materia di garanzie e premi di garanzia o tassi di interesse inferiori”.

Un terzo tipo di aiuto sono i tassi di interessi agevolati. (sez. 3.3.). Questo aiuto tuttavia non può essere cumulato con i prestiti con garanzia pubblica ed hanno i medesimi vincoli quantitativi e qualitativi richiesti per i prestiti con garanzia pubblica.

Altri tipi di aiuto sono la assicurazione del credito all’esportazione, il differimento selettivo di imposte e contributi previdenziali per imprese particolarmente colpite, il sostegno selettivo ai costi salariali.

autorizzate. La Francia ha notificato il 17%, l’Italia il 15,5%, il Regno Unito il 4%, il Belgio il 3% e gli altri Stati al di sotto. Si tratta di uno squilibrio rilevante che comporta un rischio per la coesione del mercato unico.

⁷ O il 35% del capitale di prestito, laddove le perdite siano dapprima attribuite allo Stato e solo successivamente agli enti creditizi (garanzia di prima perdita). In ogni caso mano a mano che il prestito è rimborsato l’importo garantito deve diminuire proporzionalmente.

5. L'*Amendment* dell'8 maggio 2020

Con una comunicazione in data 8 maggio 2020, la Commissione ha integrato il *Temporary Framework* con ulteriori misure in tema di ricapitalizzazione (denominate misure di ricapitalizzazione Covid-19).

In generale le misure di ricapitalizzazione sono considerate dalla Commissione fortemente distorsive del mercato, e per questa ragione non possono eccedere il minimo necessario per assicurare la vitalità dell'impresa, non possono andare al di là del ristoro delle perdite derivanti da Covid 29, possono essere prese in considerazione solamente se non v'è un'altra soluzione. In generale la comunicazione pone vincoli stringenti sulla remunerazione, sui meccanismi di uscita dello Stato e sui vincoli operativi e di *governance* delle imprese che hanno beneficiato dell'aiuto. Nonostante queste misure è implicito che le ricapitalizzazioni pubbliche sono distorsive del mercato, perché consentono agli Stati con maggiori spazi di bilancio, interventi maggiori e dunque la creazione di potenziali asimmetrie nel mercato interno.

Di ciò pare consapevole la Commissione, che, quasi a sospingere l'approvazione di altri strumenti di natura comune, espressamente sottolinea che "se il sostegno dovesse essere concesso a livello dell'UE, tenendo conto dell'interesse comune dell'Unione, il rischio di distorsione del mercato interno potrebbe essere inferiore e potrebbero essere imposte condizioni meno rigorose. La Commissione ritiene che siano necessari ulteriori finanziamenti e sostegno a livello U.E. per far sì che questa crisi simmetrica globale non si trasformi in uno *shock* asimmetrico a scapito degli Stati membri che hanno minori possibilità di sostenere la loro economia e della competitività dell'UE nel suo complesso".

Gli aiuti debbono essere sottoposte a condizioni che riguardano l'ingresso dello Stato, la remunerazione e l'uscita, e non possono essere concesse oltre il 30 giugno 2021 e, anche in questo caso, il beneficiario non deve essere considerato in crisi (secondo la definizione europea) alla data del 31 dicembre 2019.

Per quanto concerne la tipologia dell'intervento, può trattarsi di strumenti di *equity*, ma anche di strumenti ibridi di capitale come diritti di partecipazione ai profitti o obbligazioni convertibili e anche debito subordinato. In particolare, il debito subordinato è considerato particolarmente idoneo a sostenere le imprese in difficoltà anche perché meno distorsivo del capitale o del capitale ibrido, dato che non può essere convertito in capitale quando l'impresa è in attività. Lo Stato, in ogni caso, può fare ricorso a qualsiasi variante di questi strumenti o a una combinazione di strumenti di capitale e di strumenti ibridi.

La comunicazione prevede alcuni requisiti preliminari per accedere alla ricapitalizzazione pubblica.

Occorre in primo luogo l'accertamento sulle difficoltà, per l'operatore, senza l'aiuto pubblico, di permanere nel mercato. Tali difficoltà possono essere rivelate dal deterioramento del rapporto tra debito e patrimonio netto del beneficiario o da indicatori analoghi. In secondo luogo, occorre un interesse generale all'intervento, per evitare una significativa perdita di posti di lavoro, l'uscita dal mercato di una impresa sistemica, o di una impresa innovativa, nonché la perdita di un servizio importante. In terzo luogo, è necessaria la dimostrazione che l'operatore non è in grado di finanziarsi sul mercato in termini sostenibili.

Lo Stato deve intervenire a prezzi di mercato e deve ricevere una remunerazione congrua per l'investimento: il prezzo dell'intervento dello Stato dovrebbe collocarsi nella me-

dia del valore delle azioni del beneficiario nei quindici giorni antecedenti la ricapitalizzazione. Quanto più la remunerazione è a condizioni di mercato, minore è la distorsione della concorrenza che l'intervento statale potrebbe causare.

Inoltre, l'intervento deve essere transitorio e pertanto vi sono incentivi-disincentivi a mantenerlo per un lungo periodo di tempo.

Per incentivare l'uscita dello Stato, la Commissione ritiene opportuno prevedere un aumento progressivo della remunerazione dello Stato, per spingere le imprese a rimborsare le quote e cercare capitale alternativo non appena le circostanze di mercato lo consentono. A questo scopo la Commissione suggerisce un meccanismo di *step-up* basato su incrementi progressivi del valore della partecipazione (attraverso la concessione allo Stato di azioni supplementari o altri meccanismi). Ciascun incremento dovrebbe corrispondere almeno al 10% della remunerazione a far data dal quarto anno successivo alla data della ricapitalizzazione. In particolare, se dopo il quarto anno lo Stato non ha ceduto almeno il 40%, dovrà essere attivato il meccanismo di *step up*, che dovrà essere attivato ancora dopo sei anni se lo Stato non avesse allora ceduto la sua intera partecipazione⁸.

Il beneficiario ha comunque in ogni momento la possibilità di effettuare il *buy back* sulle quote sottoscritte dallo Stato ad un valore che sia il più alto tra il valore nominale aumentato ogni anno secondo una tabella prevista nella Comunicazione, o il valore di mercato delle azioni al momento del *buy back*⁹. In alternativa lo Stato ha sempre la possibilità di cedere sul mercato o in borsa la sua partecipazione.

Nel caso di conversione di strumenti ibridi di capitale, dopo la conversione deve essere incluso un meccanismo di aumento progressivo della remunerazione. Se il capitale risultante dall'intervento statale è ancora di proprietà dello Stato due anni dopo la conversione in capitale proprio, lo Stato riceve un'ulteriore quota pari almeno al 10% della partecipazione rimanente risultante dalla conversione.

Dato che la partecipazione nel capitale è potenzialmente distorsiva delle regole del mercato, le imprese che ne beneficiano subiscono alcuni vincoli sia da un punto di vista operativo che di *governance*.

Da un punto di vista operativo, in generale, i beneficiari non debbono impegnarsi in aggressive espansioni commerciali finanziate dallo Stato, o assumere rischi eccessivi. Se un'impresa è beneficiaria di un aiuto di oltre 250 milioni di euro e dispone di un notevole potere di mercato gli Stati dovrebbero predisporre misure per preservare la concorrenza nei mercati.

Inoltre, sino a quando almeno il 75% del capitale pubblico non sia stato rimborsato, i beneficiari dell'aiuto debbono astenersi dall'acquistare più del 10% in imprese concorrenti, salvo che questo sia assolutamente necessario per l'esercizio dell'attività economica del beneficiario¹⁰.

⁸ Tuttavia, se il beneficiario non è una società quotata gli Stati membri possono decidere di posporre gli strumenti di *step up* un anno dopo.

⁹ Il prezzo di riacquisto dovrebbe corrispondere all'importo più elevato tra l'investimento nominale effettuato dallo Stato membro aumentato di una remunerazione annua degli interessi di 200 punti base maggiore di quella prevista in una apposita tabella allegata alla comunicazione o il prezzo di mercato al momento del riacquisto.

¹⁰ In caso di gruppi di imprese, delle quali alcune qualificate come in difficoltà alla data del 31 dicembre 2019, dovrà essere posta in essere una separazione contabile per evitare che imprese in difficoltà possano beneficiare degli aiuti.

Le imprese beneficiarie di aiuti non possono pagare dividendi o effettuare *buy back* di azioni salvo che per le azioni di proprietà dello Stato. Inoltre, fino a quando almeno il 75% delle azioni non siano state riscattate; la remunerazione del management non dovrà eccedere la parte fissa prevista alla data del 31 dicembre 2019, né potranno essere pagati bonus o parti variabili.

6. Le modifiche alla organizzazione della SACE e i prestiti con garanzia pubblica

Il sistema delle imprese è arrivato alla crisi del Covid con una struttura finanziaria migliore degli anni passati. Secondo la Banca d'Italia le imprese affrontano l'attuale congiuntura con una struttura finanziaria nel complesso più equilibrata rispetto alla vigilia della doppia recessione del 2008-2013. La leva finanziaria (misurata come rapporto tra i debiti finanziari e la somma degli stessi con il patrimonio netto) si è ridotta di circa dieci punti percentuali; l'incidenza dei debiti a breve termine sul totale di quelli finanziari è scesa di sette punti percentuali. La diminuzione dell'indebitamento complessivo e l'allungamento delle scadenze hanno interessato tutti i settori di attività. Alla fine dell'anno scorso la redditività era su livelli storicamente elevati e le attività liquide in bilancio avevano raggiunto il picco del 21% del PIL. La maggiore solidità dei bilanci e i bassi tassi di interesse hanno favorito il calo del tasso di deterioramento dei prestiti all'1,9 per cento alla fine del 2019, un livello inferiore ai valori osservati nel 2007 (2,6%). La quota di debito delle aziende vulnerabili era stimata al 28% (rispetto al 44 del 2007).

Nondimeno l'indebitamento delle imprese, ancora in riduzione a febbraio, è destinato ad aumentare fortemente per le sopraggiunte esigenze di liquidità, determinate da un calo delle entrate accompagnato dalla presenza di costi incompressibili. Nel 2018 la quota di debito delle imprese con un basso grado di liquidità (inferiore al primo quartile) era scesa dal picco del 2011 a circa il 43%; tale valore risultava maggiore tra quelle più piccole e tra quelle attive nei settori immobiliare, dell'agricoltura, dell'energia e delle costruzioni.

In questo contesto, stime della Banca d'Italia ipotizzano un fabbisogno di liquidità per le imprese pari alla fine di luglio a circa 50 miliardi, gran parte del quale potrebbe essere coperto con il ricorso alle ulteriori misure varate dal Governo.

Le misure per assicurare la liquidità alle imprese di medie e grandi proporzioni, con sede in Italia, nel d.l. 8 aprile 2020, n. 23, sono assicurate da SACE attraverso il rilascio di garanzie, in favore di banche e di altre istituzioni finanziarie. Sulle obbligazioni assunte da SACE è accordata la garanzia dello Stato a prima richiesta e senza regresso, estesa al rimborso del capitale, degli interessi, e di ogni altro onere accessorio al netto delle commissioni. La medesima SACE esercita per conto del Ministero dell'economia e delle finanze le attività successive relative all'escussione della garanzia e al recupero dei crediti (che possono anche essere delegate a banche o ad altre istituzioni creditizie)¹¹.

Le misure di concessione sono previste dalla legge sino al 31 dicembre 2020; tuttavia

¹¹ Con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze possono essere impartite a SACE S.p.a. indirizzi sulla gestione dell'attività di rilascio delle garanzie e sulla verifica, al fine dell'escussione della garanzia dello Stato, del rispetto dei suddetti indirizzi.

la normativa ha ridelineato un nuovo e differente *status* giuridico per SACE destinato a durare stabilmente ben oltre la data – teoricamente – fissata per il rilascio delle garanzie, e che lascia prefigurare per SACE e per Cassa depositi e prestiti un ruolo strategico – ancora da definire – per la fase successiva alla concessione delle garanzie.

Il modello organizzativo e le procedure si dipanano in tre articoli per circa 10 pagine.

Si tratta di una lettura complessa dalla quale traspare, da un lato, la necessità di stabilire criteri ragionevolmente certi per la concessione delle garanzie, ma dall'altro lato anche problemi di bilanciamento politico tra i vari ministeri – soprattutto nel modello organizzativo di SACE – destinato a rendere assai complessa l'erogazione del credito. Tra l'altro, come si dirà, i finanziamenti hanno un vincolo (costi del personale, investimenti o capitale circolante), v'è il problema dell'accertamento del merito creditizio (con le connesse responsabilità), vi sono vari problemi relativi al controllo su riciclaggio e su infiltrazioni della criminalità organizzata. Questo insieme di questioni rende inevitabilmente il processo piuttosto lento.

Da un punto di vista sostanziale si tratta poi per le imprese di fare nuovo debito che dovrà essere restituito entro sei anni. Per un paese che ha un sistema di imprese tendenzialmente poco capitalizzato e fortemente dipendente dalla leva bancaria non sarà agevole, alla fine dell'emergenza, smaltire questo debito aggiuntivo, se solo si pensa che circa l'85% della struttura finanziaria passiva delle imprese (PMI e medio grandi) è bancocentrico.

Da un punto di vista organizzativo, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 ha rimodellato il sistema dei riporti di SACE, delineando una società per azioni atipica.

SACE, ente pubblico economico, fu trasformata in società per azioni nel 2004, con una privatizzazione “fredda” a seguito della quale il 100% delle azioni furono attribuite al Ministero delle Economia e delle Finanze (MEF). Successivamente, nel 2012, fu acquisita da Cassa depositi e Prestiti (CDP) – a sua volta controllata dallo Stato – nell'ambito di un piano di ristrutturazione delle partecipazioni del MEF. Nel 2016 CDP vi conferì SIMEST, attribuendogli pertanto una forte connotazione nel supporto all'internazionalizzazione delle imprese italiane.

Con il decreto in questione non cambia la veste societaria di SACE, ma cambiano invece radicalmente i riporti, attraverso la previsione di poteri diretti di direzione e coordinamento del MEF e del Ministero degli Esteri. È stata così creata una rete complessa di consultazioni preventive tra i vari ministeri che in vari casi si sostituiscono ai poteri dell'azionista di controllo (Cassa depositi e prestiti CDP).

Secondo l'art. 3, comma 2, lett. c) del decreto, SACE, infatti, non è più soggetta all'attività di direzione e coordinamento di C.D.P (che tuttavia continua a controllarla al 100%). Il sistema di direzione e coordinamento è infatti sostanzialmente trasferito al MEF e al Ministero degli Esteri attraverso un complesso sistema di consultazioni preventive e di “concerti” tra i vari ministeri che ricordano molto i tempi – non brillanti invero – dell'IRI degli anni '70. Tali strumenti di consultazione, tentano evidentemente di risolvere un conflitto, tutto politico, tra MEF e Ministero degli Esteri sul controllo della medesima SACE.

Secondo la nuova normativa SACE deve consultare preventivamente il MEF in ordine a “decisioni aziendali rilevanti”, con particolare riferimento alle misure di rilancio degli investimenti e all'assunzione di impegni e recupero crediti. Tale consultazione si estende, quando si entri nel campo della internazionalizzazione delle imprese, anche al Ministero

degli Esteri. Inoltre, il piano annuale di attività di SACE deve tener conto delle linee guida di indirizzo strategico in materia di promozione e internazionalizzazione delle imprese assunte dalla cabina di regia co-presieduta dal Ministero degli affari esteri e dal Ministero dello sviluppo economico. Questo modello tende a confondere tra indirizzo e gestione, dato che la consultazione con il MEF deve avvenire a fronte di singole decisioni aziendali e non solo rispetto ai piani annuali di SACE. Trattandosi di decisioni su investimenti o su recupero di crediti, viene il sospetto che la politica voglia influire direttamente sulle singole scelte di salvataggio o di recupero e non solamente sugli obbiettivi strategici generali.

Rispetto al suo controllore diretto, CDP, SACE “concorda” le strategie industriali e commerciali, mentre CDP, a sua volta, “concorda” con il MEF “sentito” il Ministero degli Esteri l’esercizio di voto derivanti dalla partecipazione in SACE. Per le nomine in SACE occorre invece il “concerto” tra MEF e Ministero degli Esteri, mentre ancora CDP deve consultare preventivamente il MEF in merito a operazioni di gestione della partecipazione in SACE.

Per quanto le norme utilizzino varie espressioni come “consultazione” “tener conto”, “concorda” “sentito” (dunque atti giuridicamente non vincolanti) risulta però chiaramente la volontà, da parte dei due ministeri MEF e Esteri di eterodirigere le scelte aziendali di SACE, anche tramite consultazioni preventive con CDP che costituisce l’azionista di controllo. Per le nomine nel consiglio di amministrazione di SACE è attribuito addirittura “il concerto” tra i due ministeri, ad indicare il difficile equilibrio politico che si è voluto raggiungere in una attività che da sempre la politica ha considerato come la più importante.

Il castello di norme che ne esce e il sistema dei riporti non è tuttavia incoraggiante.

Come accaduto spesso in passato con l’utilizzazione di modelli analoghi, l’efficienza diminuisce quanto più la catena di comando risulta poco chiara e sottoposta a condizionamenti politici.

7. La nozione di “impresa in difficoltà”

Il modello prescelto dal legislatore italiano per assicurare liquidità alle imprese medio-grandi (a parte i finanziamenti attraverso il Fondo per le PMI) fa dunque perno sulla SACE, così come ridisegnata nei riporti dalla normativa sopra ricordata. L’impegno finanziario è di 200 miliardi di euro utilizzabili attraverso garanzie che la SACE rilascia in favore di banche o altri soggetti abilitati all’esercizio del credito, per finanziamenti, sotto qualsiasi forma alle imprese. Sulle garanzie assunte da SACE è accordata di diritto a prima richiesta la garanzia dello Stato.

Le condizioni per il rilascio della garanzia, tuttavia, non sono poche: alcune risultano espressamente necessitate dalla normativa europea in tema di aiuti di Stato, ma altre sono state inserite, aggiuntivamente, dal legislatore italiano.

In primo luogo, alla data del 31 dicembre l’impresa non deve essere classificata nella categoria delle imprese in difficoltà secondo la definizione comunitaria. Tale previsione è identica a quanto previsto nella Comunicazione della Commissione in tema di aiuti di Stato.

La definizione di “*impresa in difficoltà*” si desume dai Regolamenti UE 651/2014, 702/2014 e 1388/2014. Tali norme qualificano come imprese in difficoltà quelle società “*a responsabilità limitata*” (tra le quali rientrano espressamente le società per azioni) che:

a) abbiano perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate. Ciò si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto;

b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società, qualora abbia perso più della metà dei fondi propri.

c) siano oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfino le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei loro confronti di una tale procedura su richiesta dei loro creditori;

d) abbiano ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbiano ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbiano ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e siano ancora soggette a un piano di ristrutturazione;

e) negli ultimi due anni abbiano avuto un rapporto debito/patrimonio netto contabile superiore a 7.5;

f) negli ultimi due anni abbiano avuto un quoziente di copertura degli interessi dell'impresa inferiore a 1,0.

Il razionale di questa previsione, a livello europeo risulta chiara. La Commissione intende tenere fermo il punto che le imprese in difficoltà non possono ricevere aiuti se non *ex art. 107 2 b*) per la compensazione di un danno subito (ad esempio nel caso del settore aereo) oppure seguendo le regole *standard* per gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione secondo la precedente Comunicazione della Commissione del 2014.

A questa condizione, tuttavia, il legislatore ha aggiunto che l'impresa al 29 di febbraio 2020 non deve avere nei confronti del settore bancario, esposizioni deteriorate secondo la definizione della normativa europea.

Come abbiamo detto poco sopra per esposizioni deteriorate si intende, secondo la nozione armonizzata, non solo situazioni di insolvenza o di c.d. *past due* (inadempimento per oltre 90 giorni) ma anche situazioni di potenziale inadempimento (UTP). La stima delle imprese classificate come UTP nel nostro sistema è superiore (nel 2019) a 70 miliardi di euro. Si tratta però di imprese attive e vive, che possono aver incontrato difficoltà economico finanziarie transitorie e che, a maggior ragione delle altre si trovano attualmente in difficoltà.

In altre parole, il fatto che, al 29 di febbraio un'impresa abbia una o più esposizioni classificate come deteriorate, non implica, di per sé, la esistenza di una crisi conclamata dell'impresa anteriormente all'avvento dell'emergenza Covid. Si tratta infatti di imprese, per le quali la continuità aziendale non è, al momento in discussione.

Oltre questo aspetto preliminare l'impresa si impegna a non approvare la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel 2020 e a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali.

Così come previsto dalla Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato, la garanzia SACE vale per i prestiti erogati entro il 31 dicembre 2020 e ha un limite massimo: non può essere superiore al 25% del fatturato 2019 o al doppio dei costi del personale dell'impresa relativi al 2019. Inoltre, il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a coprire costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti che siano localizzati in Italia.

La garanzia è prestata con percentuali massime a scalare pari a:

- 90% dell'importo del finanziamento per imprese con meno di 5000 dipendenti e un fatturato fino a 1,5 miliardi di euro;
- 80% dell'importo del finanziamento per imprese con fatturato tra 1,5 miliardi e 5 miliardi o con più di 5000 dipendenti in Italia;
- 70% per imprese con valore del fatturato superiore a 5 miliardi.

Le procedure previste dalla legge per il rilascio della garanzia sono due, di cui una semplificata per il rilascio di garanzie in favore di imprese con meno di 5000 dipendenti e con un fatturato inferiore a 1,5 miliardi, ed una seconda riservata alle grandi imprese. Nel primo caso l'impresa presenta la domanda di finanziamento ad un soggetto finanziatore che svolge la istruttoria. In caso di esito positivo la domanda viene trasmessa a SACE che "processa la richiesta verificando l'esito positivo del processo deliberativo del soggetto finanziatore ed emettendo un codice unico identificativo del finanziamento e della garanzia".

Per le imprese con fatturato e soglie superiori il rilascio della garanzia è decisa con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, sentito il Ministero dello sviluppo economico, sulla base dell'istruttoria SACE ed in relazione al ruolo dell'impresa svolto nell'ambito dello sviluppo tecnologico, nelle reti logistiche e nei rifornimenti, sulle infrastrutture critiche e strategiche, sui livelli occupazionali e il mercato del lavoro, in relazione al peso specifico nell'ambito di una filiera produttiva strategica.

8. Gli interventi di rafforzamento patrimoniale di cui al d.l. 19 maggio 2020

Con d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito con l. 17 luglio 2020, n. 77) sono stati istituiti vari strumenti di rafforzamento patrimoniale per imprese di medie dimensioni dei quali si darà sinteticamente conto, anche perché i numerosi decreti ministeriali attuativi (che delineeranno concretamente l'operatività degli strumenti) non sono stati ancora emanati. Il primo strumento utilizzato è il credito di imposta, concesso con vari modalità, allo scopo di spingere le medie imprese al rafforzamento patrimoniale; il secondo strumento è il c.d. "Fondo patrimonio PMI", la cui gestione è stata affidata all'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti – Invitalia; il terzo strumento è il c.d. "Patrimonio destinato" istituito presso Cassa depositi e prestiti S.p.a.; nello stato previsionale del Ministero dello sviluppo economico è stato infine istituito un ulteriore fondo "per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa" con una dotazione per l'anno 2020 di 100 milioni.

L'insieme di queste misure, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe sopperire alla c.d. fase 2 della crisi: dopo i prestiti di emergenza e le moratorie si dovrebbe con tali strumenti poter rafforzare il patrimonio delle medie imprese. Come si diceva, tuttavia, ognuno di questi strumenti rinvia ad uno o più decreti ministeriali che di fatto ne determinano la concreta operatività.

In generale può osservarsi che essi hanno – almeno in astratto – una loro coerenza nell'ambito del modello dello Stato imprenditore e direttamente interventista, piuttosto che

dello Stato facilitatore di interventi privati. Con l'esclusione degli incentivi agli aumenti di capitale, (attraverso crediti di imposta), gli altri interventi sono sostanzialmente interventi diretti dello Stato: l'accesso al mercato obbligazionario delle medie imprese è favorito attraverso un intervento indiretto dello Stato (attraverso la costituzione del fondo PMI, finanziato dallo Stato e gestito da Invitalia che sottoscrive strumenti di debito delle imprese), la capitalizzazione di imprese di media dimensione attraverso un altro intervento indiretto dello Stato (attraverso la costituzione del Patrimonio Destinato presso la Cassa depositi e Prestiti, finanziato dallo Stato con apporti), il fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa (che ricorda esperienze non felici del passato come la GEPI) è addirittura creato nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico con uno stanziamento specifico ed è dunque uno strumento diretto di intervento. Se poi si considera che i numerosi decreti ministeriali ai quali rinvia la normativa preciseranno requisiti di accesso, obiettivi, controlli, (come del resto logico trattandosi di denaro dello Stato) e che molte aziende che hanno ricevuto prestiti con garanzia statale non saranno in grado di restituirli con possibilità di conversione dei medesimi prestiti in capitale, vi è il rischio concreto che in poco tempo lo Stato, in maniera diretta e indiretta, torni a svolgere funzioni di "imprenditore".

Manca invece una visione rispetto all'"altro versante" del soggetto privato: una visione cioè di sviluppo degli investimenti privati la cui attrazione è necessaria non solo a lungo termine ma anche a breve e medio termine (ad esempio garanzie pubbliche su investimenti da parte di fondi di investimento). La presenza massiccia diretta o indiretta dello Stato in imprese che scaturirà da queste norme, potrebbe scoraggiare l'intervento privato e lo sviluppo di fondi di *private equity*, cosa di cui il sistema imprenditoriale italiano ha invece estremamente bisogno.

Partendo dal credito di imposta, l'art. 26 del decreto prevede che per le imprese che abbiano deliberato dopo l'entrata in vigore del decreto legge ed entro il 31 dicembre 2020 un aumento di capitale non inferiore a 250.000 euro, presentino un ammontare di ricavi superiore a cinque milioni di euro e fino a cinquanta milioni di euro (relativamente al periodo di imposta 2019) e abbiano subito nei mesi di marzo e aprile una riduzione dell'ammontare dei ricavi non inferiore al 33%, se non rientravano alla data del 31 dicembre 2019 nella categoria di imprese in difficoltà e in presenza di altri requisiti¹², i soggetti conferenti godono di un credito di imposta. Tale credito di imposta è pari al 20% del conferimento effettuato (l'investimento massimo sul quale calcolare il credito di imposta non può essere superiore a euro 2.000.000 e la partecipazione deve essere posseduta sino al 31 dicembre 2023)¹³, beneficio concesso anche agli organismi di investimento collettivo del risparmio che investono in misura superiore al 50% nel capitale sociale delle imprese di cui sopra (sostanzialmente fondi di venture capital e piccoli fondi di *private equity*).

Inoltre, un ulteriore credito di imposta pari al 50% delle perdite eccedenti il 10 % del

¹² E inoltre si trovi in una situazione di regolarità contributiva e fiscale, in regola con le normative edilizie, urbanistiche, e del lavoro, nonché in regola con la normativa antimafia, nei confronti degli amministratori o dei soci non sia intervenuta negli ultimi 5 anni sentenza definitiva per reati commessi in materia di imposte sui redditi.

¹³ La distribuzione delle riserve prima di tale data da parte della società comporta la decadenza dal beneficio e l'obbligo del contribuente di restituire l'ammontare detratto unitamente agli interessi legali.

patrimonio netto è riconosciuto anche alle società con le caratteristiche sopra individuate (comunque fino al 30% dell'aumento di capitale).

Per questa misura sono stati stanziati due miliardi di euro per l'anno 2021 (le modalità per rispettare tale limite dovranno essere precisate con un successivo decreto del Ministro dell'economia e delle finanze).

Venendo poi ai Fondi, il comma 12 dell'art. 26 stabilisce che, ai fini del sostegno e del rilancio del sistema economico e produttivo è istituito un fondo "Patrimonio PMI", con dotazione per l'anno 2020 di quattro miliardi, affidato alla gestione dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti Invitalia, e finalizzato a sottoscrivere, entro il 31 dicembre 2020, obbligazioni o titoli di debito delle società che abbiano le caratteristiche per beneficiare dei crediti di imposta in sede di aumento di capitale. Le obbligazioni possono essere emesse in deroga ai limiti di cui all'art. 2412 del codice civile e sono rimborsati decorsi 6 anni dalla sottoscrizione, insieme agli interessi maturati. Il valore di rimborso può essere ridotto in relazione al raggiungimento di determinati obiettivi determinati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, obiettivi che peraltro verranno monitorati periodicamente dal Gestore Invitalia.

La società emittente si impegna a non deliberare o effettuare distribuzioni di riserve o rimborso finanziamento soci sino all'integrale rimborso degli strumenti finanziari e destinare il finanziamento a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti localizzati in Italia. Nel caso in cui la società emittente sia assoggettata a fallimento od altra procedura concorsuale i crediti del fondo sono soddisfatti dopo i crediti chirografari e prima di quelli previsti dall'art. 2467 del codice civile.

Il terzo strumento è il c.d. "Patrimonio Destinato", previsto dall'art. 27 e costituito presso Cassa depositi e prestiti (CDP). Si tratta sostanzialmente di un fondo ad apporto: ad esso infatti sono apportati beni e rapporti giuridici, anche in blocco, dal Ministero dell'economia e delle finanze, identificati dall'Assemblea di CDP e trasferiti con decreto del medesimo ministero, oltre a 44 miliardi di euro di titoli di Stato appositamente emessi¹⁴. Il patrimonio può essere articolato in comparti evidentemente a seconda della tipologia dei beni apportati. Si può ritenere, ad esempio, che possano essere apportati immobili, quote di società, crediti ecc.¹⁵ e che sul valore di essi possa poi essere fatta leva per nuova finanza. Inoltre per il finanziamento della attività del Patrimonio Destinato è consentita, anche in deroga all'art. 2412 del codice civile, l'emissione di titoli obbligazionari o altri strumenti finanziari di debito.

Il Patrimonio destinato è un patrimonio separato rispetto al patrimonio di CDP e risponde delle obbligazioni assunte nei limiti dei beni e dei rapporti giuridici allo stesso apportati. Sulle obbligazioni assunte, tuttavia, in caso di incapienza del Patrimonio è concessa la garanzia di ultima istanza dello Stato, così come può essere concessa la garanzia dello Stato a favore dei portatori dei titoli emessi per il finanziamento del patrimonio destinato (nel limite massimo di 20 miliardi).

¹⁴ Tali titoli, tuttavia, non concorrono a formare il limite delle emissioni nette per l'anno 2020 stabilito dalla legge di bilancio e dalle successive modifiche.

¹⁵ Il comma 2 dell'art. 27 prevede infatti che "in caso di bei e rapporti giuridici diversi dai titoli di Stato, i relativi valori di apporto e di iscrizione nella contabilità del Patrimonio Destinato sono determinati sulla scorta della relazione giurata di stima prodotta da uno o più soggetti di adeguata esperienza e qualificazione professionale.

A fronte degli apporti sono emessi da CDP, a valere sul patrimonio destinato ed a favore del Ministero dell'economia e delle finanze, strumenti finanziari di partecipazione la cui remunerazione è condizionata all'andamento economico del Patrimonio Destinato.

Il comma 4 dell'art. 27 prevede che “le risorse del Patrimonio Destinato sono impiegate per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano”. Gli interventi del fondo hanno per oggetto società per azioni, anche quotate, con sede legale in Italia che non operano nel settore bancario, finanziario e assicurativo, con fatturato annuo superiore a cinquanta milioni. Il fondo può operare sia a condizioni di mercato, sia in deroga alla normativa sugli aiuti di Stato, alle condizioni previste dal quadro normativo dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19. Opera normalmente attraverso la sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale, l'acquisito di azioni sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche. È rilevante che possono essere effettuati interventi relativi a operazioni di ristrutturazione di società che, nonostante temporanei squilibri patrimoniali o finanziari, siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività.

I requisiti di accesso, le condizioni, i criteri e le modalità di intervento sono definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sentito il Ministro dello sviluppo economico.

Il regolamento del patrimonio destinato è adottato da CDP ma approvato dal Ministro dell'economia e delle finanze.

L'art. 43 disciplina infine il “fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa”.

Si tratta di uno stanziamento di 100 milioni di euro per l'anno 2020 istituito nell'ambito dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico. Il fondo è finalizzato al salvataggio e alla ristrutturazione di imprese titolari di marchi storici di interesse nazionale e delle società di capitali che si trovino in uno stato di difficoltà economico finanziaria con numero di dipendenti non inferiore a 250. Il fondo opera attraverso interventi nel capitale di rischio ed a condizioni di mercato. I criteri e le modalità di gestione e di funzionamento del fondo, nonché le procedure per l'accesso agli interventi sono stabiliti con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Con un ulteriore intervento normativo (art. 60, comma 3, c.d. d.l. 14 agosto 2020, n. 104) l'operatività di questo ulteriore fondo è stata potenziata. La dotazione è salita a 300 milioni; il numero di dipendenti può essere inferiore a 250 quando le imprese “detengano beni e rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale”. Inoltre, il fondo può operare anche per sostenere la proroga della cassa integrazione.

9. Ma lo Stato non deve essere imprenditore

In pochi mesi (dal marzo al luglio 2020) a livello europeo sono state cambiate le regole sugli aiuti di Stato, modificata la politica monetaria della BCE, introdotti nuovi criteri di vigilanza sulle banche.

A livello interno sono stati introdotti strumenti di sostegno a breve per le imprese (prestiti garantiti) e strumenti di stabilizzazione a lungo (costituzione di fondi per intervento

nel capitale e altri strumenti di incentivazione per favorire gli aumenti di capitale). Altri strumenti saranno introdotti con nuovi decreti legge, senza contare gli interventi sussidiati dal piano Next Generation della UE.

In sostanza non vi è mai stato periodo nella storia recente nel quale il paese abbia avuto una massa di risorse pubbliche di questa entità. A fronte di una tale massa di risorse, lo Stato è chiamato a svolgere alcuni compiti fondamentali, alcuni più immediatamente visibili, altri meno immediatamente evidenti ma non per questo di minore rilievo.

I primi compiti immediati – rispetto ai quali i primi risultati non sono incoraggianti – è garantire la velocità di trasmissione delle risorse finanziarie all'economia reale. Sia chiaro che ciò non è facile, perché gli interessi in gioco sono comunque molti e alle volte confliggenti o di difficile bilanciamento: offrire denaro alle imprese tramite il canale bancario mantenendo però la solidità del medesimo; essere rapidi nella concessione del denaro ma egualmente vigili per evitare infiltrazioni della criminalità organizzata; essere comunque selettivi nell'erogazione del denaro (che è comunque un bene finito) per non sprecarlo rispetto ad imprese che comunque non sopravvivrebbero. Tutto ciò si traduce – inevitabilmente – in procedimenti di una certa complessità che debbono ponderare interessi pubblici e privati diversi. Nondimeno, mai come in questo momento, le scelte chiare ed una selezione degli interessi con conseguenti individuazione delle priorità, appaiono inevitabili.

Ma accanto a queste problematiche evidenti ed immediate, che colpiscono e creano problemi agli operatori nel breve periodo, vi è la grande questione di una ricostruzione di un modello di rapporti tra Stato ed economia, che, in conseguenza delle scelte dei prossimi mesi, influenzerà invece i prossimi decenni della vita del paese.

Dopo le grandi crisi la storia insegna che sempre lo Stato acquisisce un ruolo più forte nelle questioni economiche. È accaduto in tutto il mondo dopo la crisi del 1929 e si è ripetuto dopo la seconda guerra mondiale; è avvenuto anche – sia pure in relazione al solo settore bancario che allora era stato colpito direttamente – dopo la crisi finanziaria del 2008. Quando poi sul campo vengono messe risorse pubbliche di questa entità è inevitabile che chi mette in campo le risorse (lo Stato) pretenda anche di gestirle.

Tuttavia questo è un punto evidentemente delicato, perché si scontra con il grande tema dei compiti e soprattutto dei limiti, dello Stato nell'intervento economico. In relazione a questo profilo, anche se non mancano i nostalgici dello Stato imprenditore, sarebbe sbagliato pensare di tornare indietro, pena il rischio dell'isolamento economico e la scarsa attrattività per investimenti privati. In effetti è largamente provato che non è compito dello Stato gestire aziende nel medio o lungo periodo: l'IRI della fine degli anni '30 (cioè immediatamente dopo la sua costituzione) non era l'IRI degli anni '70, del ministero delle partecipazioni statali, della costituzione della GEPI, del grande "buco" dell'EFIM ecc. Negli anni la presenza – diretta o indiretta – dello Stato nelle imprese rende ad asservire le imprese alle finalità della politica (mantenimento dei livelli occupazionali, tenuta in vita di imprese che non potrebbero stare sul mercato).

Inoltre, la crisi non diminuirà la globalizzazione perché ormai sono assolutamente globali le catene del valore. Pensare di tornare indietro implicherebbe una –impossibile– ristrutturazione complessiva del sistema industriale.

Da qui la prima considerazione normalmente condivisa: l'intervento pubblico deve essere eccezionale e temporaneo nel senso di limitato nel tempo.

Al di là dei vincoli europei, è però il caso di ricordare che la previsione normativa della

temporaneità non costituisce – almeno in Italia – una garanzia particolarmente sicura di un intervento a termine. Dopo la crisi del '29 gli Stati Uniti istituirono, un ente statale, il *Reconstruction Finance Company* (RFC) che fu autorizzato ad investire nel capitale delle banche. Gli investimenti furono così rilevanti che intorno al 1932 tale ente aveva in mano circa un terzo del capitale delle banche. Nel 1935, alla fine della crisi, tuttavia l'ente fu liquidato.

In Italia l'IRI, come si sa, nacque come ente provvisorio; nel 1937 fu trasformato in ente permanente con il compito anche di assumere nuove partecipazioni; a cavallo degli anni '50, con la costituzione degli enti autonomi di gestione, divenne una *holding* di partecipazioni fino alla sua privatizzazione e in parte liquidazione negli anni '90. *Medio tempore* il rapporto tra prodotto interno lordo e debito in Italia – anche per sovvenzionare un sistema industriale deficitario – era salito dal 60% al 120%, con disavanzi annuali negli anni '80 nell'ordine del 12%.

È evidente che un modello del genere non solo non è auspicabile, ma non è tollerabile economicamente e giuridicamente (le regole europee di sospensione del divieto di aiuti di Stato prevedono comunque regole ed anche la sospensione del patto di stabilità è temporaneo).

Il rischio di una presenza costante nella gestione delle aziende è tuttavia presente, soprattutto attraverso la costituzione del Patrimonio destinato presso Cassa Depositi e Prestiti.

Alcune previsioni normative, infatti, non sono, allo stato, chiare. Solo per esemplificare le finalità delineate dal decreto sono assai generiche: “al fine di attuare interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico produttivo” recita il comma 1 dell'art. 26; sui criteri per l'individuazione degli interventi l'art. 26, comma 5 pone “i livelli occupazionali e il mercato del lavoro”, riecheggiando le finalità della vecchia GEPI degli anni '70. Anche la durata (12 anni) pare tutt'altro che temporanea.

Evidentemente il quadro definitivo lo si avrà solo dopo la approvazione del regolamento del Patrimonio destinato, che però, è bene ricordarlo, è solo adottato dalla Cassa depositi e prestiti ma approvato dal Ministero dell'economia.

Il punto è che fermo restando l'opportunità dell'istituzione dello strumento, che può servire, attraverso conferimenti di beni e servizi statali al fondo, ad intervenire sul capitale delle imprese diminuendone il profilo bancocentrico, esso non dovrebbe essere inteso come sostitutivo della presenza privata, quanto finalizzato a creare compartecipazione tra soggetto privato e soggetto pubblico. Gli strumenti astrattamente vi sono (ad esempio i fondi di fondi) o anche altri (garanzie su investimenti privati) ma l'importante sarebbe sempre tenere presente che i fini dell'intervento dello Stato sono quelli di attrarre investimenti privati e non sostituirsi ad essi. Su questo aspetto l'impressione è che vi sia da lavorare.

IL RILASCIO DELLA GARANZIA SACE EX ART. 1, D.L. N. 23/2020 NEL QUADRO DELLE INIZIATIVE DI COORDINAMENTO DEFINITE IN SINERGIA TRA SACE, ABI E SETTORE BANCARIO

Giovanni Staiano

SOMMARIO: 1. La normativa di riferimento. – 2. Il conseguente contesto operativo. – 3. La procedura per l'erogazione del finanziamento assistito dalla garanzia SACE.

1. La normativa di riferimento

L'art. 1, comma 1 del d.l. Liquidità (d.l. 8 aprile 2020, n. 23), 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, ha previsto che SACE SpA concede fino al 31 dicembre 2020 garanzie (la c.d. "Garanzia Italia"), in conformità alla normativa europea in tema di aiuti di Stato e nel rispetto dei criteri e delle condizioni previste dal medesimo d.l., in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali ed internazionali nonché altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle predette imprese.

La conversione in legge (l. 5 giugno 2020, n. 40) del d.l. Liquidità ha previsto una serie di sostanziali modifiche.

Esse hanno, tra l'altro, riguardato:

a) i *soggetti beneficiari della garanzia*, in quanto l'intervento della garanzia è stato esteso alle associazioni professionali ed alle società tra professionisti. Possono inoltre beneficiare della garanzia in parola non solo le PMI che abbiano esaurito la capacità di accesso al Fondo per le PMI, ma anche le imprese agricole che non abbiano ulteriori margini di accesso alla garanzia del Fondo costituito presso l'ISMEA;

b) i *finanziamenti ammissibili*, in quanto se, da un lato, è stata confermata la durata dei finanziamenti coperti dalla garanzia SACE fino ad un massimo di 72 mesi, dall'altro, è stato aumentato il periodo di preammortamento che può essere richiesto fino a 36 mesi. Inoltre il predetto finanziamento può essere destinato anche al pagamento, tra l'altro, dei canoni di locazione o di affitto di ramo di azienda;

c) gli *aspetti procedurali inerenti alla richiesta della garanzia*. È stato ad esempio previsto che le esposizioni deteriorate ai fini dell'ammissibilità dell'impresa richiedente sono

quelle rilevabili dal soggetto finanziatore e che le richieste di nuovi finanziamenti debbano essere integrate da un'autocertificazione del titolare o del legale rappresentante del richiedente (cfr. art. 1-*bis*) che deve contenere varie dichiarazioni, tra cui quella per cui l'attività d'impresa è stata limitata o interrotta dall'emergenza dovuta al Covid-19 o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse alla medesima emergenza e che prima di tale emergenza sussisteva una situazione di continuità aziendale.

Le autodichiarazioni, una volta ricevute dalla banca, vanno tempestivamente trasmesse alla SACE (art. 1-*bis*, comma 2); l'operatività sul conto corrente dedicato è condizionata all'indicazione, nella causale di pagamento, della locuzione "Sostegno ai sensi del decreto-legge n. 23 del 2020" (comma 3).

Il comma 1-*bis* del medesimo art. 1 (anch'esso introdotto in sede di conversione in legge del predetto d.l. Liquidità) ha inoltre stabilito che tali disposizioni si applicano, in quanto compatibili, anche alle cessioni di crediti con garanzia di solvenza prestata dal cedente effettuate dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del citato d.l., dalle imprese sopra indicate, anche ai sensi della l. 21 febbraio 1991, n. 52, a banche e ad intermediari iscritti all'albo previsto dall'art. 106 TUB.

2. Il conseguente contesto operativo

La novità e la complessità del quadro normativo, nonché la sua sostanziale integrazione nel corso dell'*iter* di conversione in legge del d.l. Liquidità, da un lato, il numero di attori coinvolti, l'eccezionale mole di domande di finanziamenti assistiti dalla garanzia pubblica, i problemi di natura organizzativa e le differenze tra gli intermediari nelle dotazioni informatiche, dall'altro, hanno fatto registrare inizialmente alcune frizioni, come sottolineato dallo stesso Governatore della Banca d'Italia nelle sue Considerazioni finali alla Relazione annuale della Banca d'Italia del 29 maggio 2020¹.

Le ultime rilevazioni della *Task force* coordinata dal Ministero dell'economia e delle finanze² danno conto di un tendenziale miglioramento della situazione. Nel recente comunicato stampa del 15 luglio 2020 è segnalato che sono salite a circa 9 miliardi di euro i volumi complessivi delle garanzie nell'ambito di "Garanzia Italia", come detto lo strumento di SACE per sostenere le imprese italiane colpite dall'emergenza Covid-19. Di questi, circa 6,7 miliardi di euro riguardano le prime tre operazioni garantite attraverso la procedura ordinaria prevista dal Decreto Liquidità, relativa ai finanziamenti in favore di imprese di grandi dimensioni, con oltre 5.000 dipendenti in Italia o con un valore del fatturato superiore agli 1,5 miliardi di euro. Sono inoltre cresciuti a 2,3 miliardi di euro circa i volumi complessivi garantiti in procedura semplificata, a fronte di 212 richieste di Garanzia gestite ed emesse entro 48 ore dalla ricezione attraverso la piattaforma digitale dedicata a cui sono accreditate oltre 250 banche e società di *factoring*.

È poi da tenere presente che dall'8 luglio 2020 la stessa "Garanzia Italia" è operativa

¹ Cfr. in particolare p. 19.

² Si veda al riguardo il sito internet del MEF ed in particolare i periodici comunicati stampa della predetta *Task force* ivi rinvenibili.

anche per il factoring, così come previsto dall'art. 1, comma 1-*bis* del d.l. n. 23/2020.

Da tale data pertanto SACE può concedere garanzia anche a favore di banche e società di factoring per cessioni di credito con garanzia di solvenza prestata dal cedente. Nello specifico sono ammesse a garanzia le nuove operazioni di finanziamento con o senza concessione di fido che siano riconducibili all'operatività di confirming, anticipi contratto e factoring pro solvendo, quest'ultimo a valere su crediti ceduti dall'impresa beneficiaria al soggetto finanziatore e relativi a fatture emesse dall'impresa beneficiaria entro e non oltre il 31 dicembre 2020.

Infine, dal 20 luglio 2020 è possibile ottenere "Garanzia Italia" anche sulle operazioni di leasing perfezionate fino al 31 dicembre 2020.

Le garanzie in parola sono rilasciate, nel rispetto delle previsioni normative e fino a completo utilizzo delle somme messe complessivamente a disposizione, sulla base di una regolamentazione operativa che disciplina la relazione delle banche con la SACE e di un'implementazione delle procedure informatiche per lo scambio dei flussi informativi tra le banche e la stessa SACE.

Tale regolamentazione operativa è stata definita nell'aprile 2020 ed è rinvenibile sul sito internet della SACE.

Quest'ultima ha anche predisposto un apposito portale (www.sacesimest.it/garanzia-italia) grazie al quale le banche possono presentare le domande di garanzia e ottenere le relative risposte di ammissione in tempi brevi.

3. La procedura per l'erogazione del finanziamento assistito dalla garanzia SACE

In sostanza la procedura per l'erogazione del finanziamento assistito dalla garanzia in parola si sostanzia nei seguenti passi:

- i) l'impresa richiede alla banca o altro soggetto finanziatore un finanziamento o una linea di credito con garanzia statale;
- ii) la banca verifica i criteri di eleggibilità, effettua l'istruttoria creditizia e, in caso di esito positivo del processo di delibera, inserisce la richiesta nel portale on line di SACE;
- iii) SACE esamina la richiesta e, riscontrato l'esito positivo del processo di delibera, assegna alla richiesta stessa un Codice Unico Identificativo (CUI) ed emette la garanzia, controgarantita dallo Stato;
- iv) la banca eroga all'impresa il finanziamento richiesto o concede la linea di credito assistita dalla garanzia di SACE, controgarantita dallo Stato.

Un primo tratto caratterizzante di questa operazione è dato dal fatto che si tratta dell'erogazione di un finanziamento previo rilascio in tempi alquanto contenuti da parte di SACE di una garanzia di cui la banca è sicura della sua esistenza, in quanto l'intera operazione viene effettuata avvalendosi dell'apposito Portale.

Nel Manuale operativo sulla Garanzia dello Stato sui finanziamenti concessi dalle banche (versione aggiornata al 10 luglio 2020) è infatti previsto a p. 13, da un lato, che il soggetto finanziatore, all'esito della positiva delibera di finanziamento dichiara a SACE, oltre che di aver ricevuto dall'impresa beneficiaria tutte le dichiarazioni previste dalla richiesta

di finanziamento, di aver concluso favorevolmente la propria istruttoria e di voler concedere il finanziamento, subordinatamente all'ottenimento della garanzia della SACE, e, dall'altro, che la stessa SACE, in esito al riscontro positivo della richiesta di garanzia, comunica al soggetto finanziatore il Codice Unico Identificativo (CUI) della garanzia, confermando l'avvenuta emissione di quest'ultima mediante il rilascio di una lettera di garanzia.

Per assicurare certezza dell'operazione e tempi brevi, un secondo aspetto caratterizzante è dato dal fatto che tutta la documentazione è previamente definita nei suoi contenuti e non modificabile, trattandosi in sostanza per il soggetto richiedente il finanziamento e per la banca erogatrice di atti contrattuali posti in essere secondo i canoni del contratto per adesione, proprio perché volti a disciplinarne in modo uniforme i relativi contenuti.

Specifico rilievo perciò assumono le modalità operative per l'accesso alla garanzia in parola e nello specifico quanto previsto, in merito al rilascio della garanzia stessa, nel menzionato "Manuale Operativo", oltre che nelle "Condizioni generali" del contratto di garanzia e in tutti i relativi allegati, tra cui in particolare il contratto di finanziamento da sottoscrivere tra la banca e l'impresa richiedente il finanziamento stesso.

Quanto al predetto Manuale operativo vanno necessariamente richiamate alcune previsioni, qui di seguito indicate.

a) *Caratteristiche dei finanziamenti per essere ammissibili alla garanzia SACE*

Oltre a prevedere una durata totale non superiore a 6 anni, il finanziamento: i) può avvalersi di un periodo di preammortamento fino a 36 mesi³; ii) ha un piano di ammortamento italiano, con quota capitale costante, o francese, con rata costante, quest'ultima unicamente in caso di tasso fisso; iii) periodicità di pagamento delle rate trimestrale (fine trimestre solare); iv) erogazione in un'unica soluzione su di un conto corrente dedicato intestato all'impresa richiedente. Nel caso di finanziamento richiesto dall'impresa richiedente controllante per destinarne in tutto o in parte il ricavato in favore di imprese italiane controllate, le relative somme vanno trasferite alle stesse controllate tramite finanziamento soci su conti correnti dedicati delle relative imprese controllate, al fine di assicurare anche in tal caso il "tracciamento" richiesto dalla normativa di riferimento; v) *pari passu* agli altri finanziamenti in essere dell'impresa beneficiaria, al fine di assicurare che le obbligazioni di pagamento (e cioè di rimborso del finanziamento) siano collocate almeno nello stesso grado rispetto ai diritti di tutti gli altri creditori chirografari e non subordinati⁴.

b) *Accreditamento del soggetto finanziatore al Portale Garanzia Italia*

La banca che intende richiedere la garanzia deve preliminarmente aderire alle "Condizioni generali" (per i cui contenuti di rilievo cfr. *infra*) e ai relativi allegati, mediante sottoscrizione in firma digitale dell'Atto di Adesione riportato nelle stesse "Condizioni generali" ed inviare tale Atto, via PEC, all'indirizzo: SACEgaranziaitalia@pec.it.

³ Si tratta ovviamente di una facoltà a esclusiva disposizione dell'impresa debitrice, che vi potrebbe anche rinunciare: cfr. A.A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, 281.

⁴ Occorre pertanto verificare nel singolo caso concreto se, all'atto della richiesta del finanziamento assistito da garanzia SACE, l'impresa abbia già in essere altri finanziamenti in cui tale clausola sia stata prevista, nel qual caso potrebbero risultare criticità ai fini del rispetto della condizione in parola.

La procedura di accreditamento al Portale richiede l'individuazione da parte del soggetto finanziatore di un proprio referente in possesso di adeguata delega e poteri di firma per la conferma dei flussi informativi e delle comunicazioni che sono inoltrati alla SACE tramite il portale stesso.

Oltre al portale "Garanzia Italia", specificamente dedicato alle banche, sul sito della SACE è anche disponibile per gli operatori (banche e imprese) un simulatore in grado di restituire in particolare l'importo finanziabile a fronte di parametri economici e finanziari riferiti al 2019 e comunicati dall'impresa.

c) Procedimento per l'ottenimento della garanzia SACE

Ai fini del rilascio della garanzia è prevista:

i) una "procedura semplificata", in favore di imprese con non più di 5.000 dipendenti in Italia nonché con fatturato individuale fino a 1,5 miliardi di euro e solo per finanziamenti di importo inferiore a 375 milioni di euro;

ii) una "procedura ordinaria", riservata alle imprese con fatturato individuale superiore a 1,5 miliardi di euro oppure con un numero di dipendenti in Italia superiore a 5.000 oppure per finanziamenti di importo uguale o superiore a 375 milioni di euro. In tal caso, una volta completata l'istruttoria, SACE ne invia gli esiti al Ministero dell'economia e delle finanze; il rilascio della garanzia (con il relativo CUI) è subordinato all'emissione di un apposito decreto da parte di detto Ministero.

La valutazione dei requisiti di accesso alla garanzia si basano sostanzialmente sulle dichiarazioni rese dall'impresa e le banche effettuano l'istruttoria secondo quanto previsto dalla regolamentazione vigente sulla base di quanto dichiarato dall'impresa beneficiaria.

In particolare la banca deve dichiarare che:

a) ha concluso con esito positivo le procedure di conoscenza del cliente (ivi incluse le verifiche in materia di antiriciclaggio, contrasto al finanziamento del terrorismo, sanzioni ed embarghi);

b) ha verificato che il costo del finanziamento, composto da (i) remunerazione della garanzia SACE, (ii) commissioni (comunque limitate al recupero dei costi) e (iii) tasso di interesse applicato dalla banca è inferiore al costo che sarebbe stato richiesto dal finanziatore per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia in parola;

c) sulla base dei dati e delle dichiarazioni forniti dall'impresa stessa nella richiesta di finanziamento, la predetta impresa non rientrava, alla data del 31 dicembre 2019, nella categoria di quelle in difficoltà ai sensi del Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, del Regolamento (UE) n. 702/2014 del 25 giugno 2014 e del Regolamento (UE) n. 1388/2014 del 16 dicembre 2014 e che alla data del 29 febbraio 2020 l'impresa non aveva esposizioni deteriorate presso il settore bancario;

e) l'importo del finanziamento non è superiore a quanto previsto dal d.l. "Liquidità";

f) secondo quanto dichiarato dall'impresa nella richiesta di finanziamento, l'importo del finanziamento stesso rispetta i criteri indicati da SACE nel regolamento di garanzia;

g) all'esito della concessione del finanziamento, l'ammontare complessivo delle esposizioni nei confronti dell'impresa risulta superiore all'ammontare delle esposizioni detenute alla data del 9 aprile 2020, corretto per le riduzioni delle esposizioni intervenute fra le

due date in conseguenza del regolamento contrattuale stabilito fra le parti prima della suddetta data.

L'eventuale non veridicità delle informazioni fornite dall'impresa alla banca riguardo ai predetti punti c), e) e f) non determinano in alcun caso il venir meno della garanzia da parte della SACE.

d) Monitoraggio periodico

Entro 15 giorni lavorativi dalla conclusione di ciascun trimestre solare, la banca invia a SACE un rapporto (cd Modello di Rapporto Trimestrale).

Si tratta di un flusso di informazioni volte a consentire a SACE il monitoraggio dei singoli finanziamenti erogati e la verifica, tra l'altro, dell'assenza di comunicazioni da parte dell'impresa beneficiaria al soggetto finanziatore in merito alla violazione degli impegni a carico dell'impresa beneficiaria posti dal d.l. Liquidità (ad esempio: gestione dei livelli occupazionali; non distribuzione di dividendi).

e) Azioni successive all'ottenimento della garanzia

Tenuto conto che la garanzia è a prima richiesta, irrevocabile e conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio, sono definiti i tempi entro cui SACE, al netto di eccezioni in relazione ad eventuali inadempimenti del soggetto finanziatore, versa le somme dovute, ferma restando la facoltà di SACE stessa di pagare l'indennizzo secondo il piano di ammortamento originario del finanziamento.

f) Azioni di recupero

Il soggetto finanziatore deve tempestivamente attivare i rimedi necessari a preservare e recuperare il credito. Dopo l'escussione della garanzia il soggetto finanziatore e SACE gestiscono le azioni che dovessero rendersi necessarie od opportune, ciascuno autonomamente a propria cura e spese ed in relazione alle proprie ragioni di credito.

Qualche ulteriore aspetto di rilievo da segnalare in merito a quanto previsto nelle "Condizioni generali" del contratto di garanzia.

Varie sono le disposizioni che nella sostanza riproducono quanto contenuto nel Manuale operativo (come sopra indicato).

Si fa in particolare riferimento ad esempio alle previsioni in tema di imprese beneficiarie (art. 1); tipologia e scopo dei finanziamenti (art. 2); garanzia SACE (art. 3). Per quanto attiene quest'ultima, considerato che – ai sensi dell'art. 1, comma 1 del d.l. Liquidità – SACE può concedere garanzie fino al 31 dicembre 2020, l'art. 3.2 delle citate Condizioni puntualizza che la garanzia potrà essere emessa e dovrà divenire efficace entro e non oltre il 31 dicembre 2020.

Per l'escussione della garanzia, l'art. 6 stabilisce che il soggetto finanziatore, in caso di mancato pagamento di qualunque importo dovuto in base al contratto di finanziamento, deve presentare una richiesta di pagamento secondo il modello previsto nella documentazione in parola, indicante: le somme non corrisposte e la data di inadempimento; le contabili bancarie attestanti le erogazioni effettuate; copia di almeno un sollecito di pagamento

inviato all'impresa debitrice; l'indicazione delle azioni eventualmente avviate per preservare e recuperare il credito; documentazione volta a consentire il subentro di SACE nei diritti verso l'impresa beneficiaria del finanziamento.

Qualora il finanziatore intenda esercitare il diritto di esigere il rimborso anticipato delle somme finanziate, "il pagamento ai sensi della Garanzia SACE resta operante in base alle scadenze originariamente previste, a meno che SACE non eserciti la facoltà di pagare anticipatamente gli importi" (cfr. il punto 6.4 delle Condizioni generali). Si tratta di una previsione che inverte, nella sostanza, quanto indicato nel Manuale operativo ove, come detto, è invece previsto che SACE versa le somme dovute entro le date previste, a meno che intenda avvalersi della facoltà di pagare l'indennizzo secondo il piano di ammortamento originario del finanziamento (cfr. il menzionato punto 8.1 del cennato Manuale).

Tra i vari impegni del soggetto finanziatore (cfr. art. 9) va segnalato quanto previsto nel punto x) per cui il soggetto finanziatore, in riferimento a ciascun contratto di finanziamento perfezionato, si impegna a non farsi prestare, direttamente o indirettamente, alcuna garanzia specificamente riferibile alla sola quota di finanziamento non garantita da SACE, nonché nel punto xi), per cui il finanziatore si impegna ad effettuare ciascun pagamento dovuto a SACE rimossa ogni eccezione di compensazione. Nel punto xii) è indicato l'obbligo di informare prontamente SACE di ogni comunicazione scritta ricevuta in relazione a procedure concorsuali alle quali sia assoggettata e/o ammessa l'impresa beneficiaria oltre che a fornire, su richiesta di SACE, ogni ulteriore correlata informazione.

Di rilievo anche il punto xiii) in cui viene stabilito che è consentito a SACE di accedere (a fronte di un ragionevole preavviso) presso gli uffici del finanziatore, al fine di porre in essere ispezioni e/o verifiche "a campione" volte ad accertare il rispetto dei termini e delle condizioni previste, fornire la documentazione relativa al contratto di finanziamento e a fare in modo che l'impresa beneficiaria si impegni nel contratto di finanziamento a consentire a SACE analogo accesso ed a fornire l'analoga documentazione richiesta da quest'ultima.

Infine, l'art. 13 delle Condizioni in parola prevede che "le presenti Condizioni generali e i relativi allegati costituiscono proposta contrattuale" e che il contratto riprodotto nei contenuti delle stesse Condizioni generali e dei relativi allegati si intende perfezionato con la ricezione da parte di SACE dell'atto di adesione debitamente sottoscritto con firma digitale dal legale rappresentante del soggetto finanziatore o da altro soggetto munito dei necessari poteri, in segno di integrale accettazione dei termini e condizioni delle stesse Condizioni generali.

LA CONCLUSIONE DEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO CON GARANZIA PUBBLICA IN TEMPO DI COVID-19

Giovanni Staiano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le specifiche disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per la conclusione di contratti bancari. – 3. I tratti essenziali di tale normativa *ad hoc*. – 4. Alcune brevi notazioni. – 5. Altre disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per semplificare l'accesso ai servizi bancari.

1. Premessa

In tempi di necessario distanziamento sociale ed ancor più di blocco agli spostamenti fisici è emersa fortemente anche l'esigenza di assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi e nell'offerta dei prodotti bancari e finanziari.

Non si è cioè solo posto il tema della necessità di adottare un'apposita normativa volta a disciplinare i finanziamenti per assicurare liquidità a famiglie ed imprese in tempo di Covid-19, ma il Legislatore si è anche preoccupato di garantire la possibilità di concludere i contratti relativi ai finanziamenti in parola secondo modalità compatibili, da un lato, con il blocco (o il contingentamento) degli spostamenti fisici e, dall'altro, con la specifica normativa di riferimento, contenuta nel Titolo VI del Testo unico bancario (di seguito TUB) in tema di Trasparenza nelle operazioni e servizi bancari.

È da tenere presente infatti che quest'ultima normativa impone che i contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari, e quindi anche i contratti di finanziamento, abbiano la forma scritta¹ a pena di nullità (cd forma scritta *ad substantiam actus*) e che un esemplare del contratto deve essere consegnato al cliente (cfr. art. 117 TUB).

2. Le specifiche disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per la conclusione di contratti bancari

Nel contesto sopra indicato trova quindi ragione la previsione dell'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2020, n. 40.

¹ Va anche rammentato al riguardo che il comma 2 del citato art. 117 TUB dispone che "il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in forma diversa". Norma che peraltro fino ad oggi non ha trovato attuazione.

Rubricato “Sottoscrizione contratti e comunicazioni in modo semplificato”, il citato art. 4 recita: “Ai fini degli art. 117, 125-*bis*, 126-*quinquies* e 126-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ferme restando le previsioni sulle tecniche di conclusione dei contratti mediante strumenti informatici o telematici, i contratti, conclusi con la clientela al dettaglio come definita dalle disposizioni della Banca d’Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, nel periodo compreso tra la data di entrata in vigore del presente decreto ed il termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 soddisfano il requisito ed hanno l’efficacia di cui all’art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, anche se il cliente esprime il proprio consenso mediante comunicazione inviata dal proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo, a condizione che l’espressione del consenso sia accompagnata da copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente, faccia riferimento ad un contratto identificabile in modo certo e sia conservata insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne la sicurezza, l’integrità e l’immodificabilità. Il requisito della consegna di copia del contratto è soddisfatto mediante la messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole; l’intermediario consegna copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza. Il cliente può usare il medesimo strumento impiegato per esprimere il consenso al contratto anche per esercitare il diritto del recesso previsto dalla legge”².

3. I tratti essenziali di tale normativa *ad hoc*

In sintesi i tratti essenziali della predetta disposizione sono i seguenti:

- a) *temporaneità* dello specifico regime ivi previsto;
- b) *circoscritto* ambito soggettivo e oggettivo di applicazione;
- c) individuazione di una *specifica procedura* da adottare per soddisfare i requisiti (della forma scritta del contratto e della sua consegna al cliente) richiesti dall’art. 117 TUB.

a) *Temporaneità dello specifico regime ivi previsto*

La norma in esame riveste carattere eccezionale in quanto regola i soli contratti *conclusi* tra la data di entrata in vigore del Decreto stesso e la cessazione dello stato di emergenza.

Una volta finito tale stato di emergenza, in sostanza, l’art. 4 (fatte salve ovviamente specifiche previsioni normative da emanarsi) non troverà più applicazione in sede di stipula dei contratti in parola.

Fermo restando quanto indicato infra al par. 2.4 in merito alla consegna della copia cartacea del contratto al cliente da parte della banca o dell’intermediario finanziario, l’ultima parte del citato art. 4 stabilisce che: “il cliente può usare il medesimo strumento impiegato per esprimere il consenso al contratto anche per esercitare il diritto di recesso previsto dalla legge”.

² In sede di conversione in legge la norma ha, in particolare, meglio specificato le modalità dirette a tracciare la connessione tra il consenso prestato ed il soggetto che l’ha espresso.

Vista l'ampio tenore letterale di tale ultima disposizione non appare peregrino ritenere che per il contratto concluso nel periodo di vigenza dell'art. 4 in parola ed in essere anche dopo il termine del cennato stato di emergenza sia concesso al cliente di comunicare legittimamente il recesso dal rapporto facendo ricorso allo strumento impiegato per esprimere a suo tempo il consenso e cioè l'utilizzo di una "comunicazione inviata dal proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo", sempre nel rispetto delle condizioni appositamente previste dallo stesso art. 4.

b) *Circoscritto ambito soggettivo e oggettivo di applicazione*

La disposizione trova applicazione solo nei confronti di una parte della clientela bancaria e cioè la "clientela al dettaglio", da intendersi – come definita dalle Disposizioni della Banca d'Italia in materia di Trasparenza – "i consumatori; le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro; le micro-imprese".

Essa riguarda i contratti bancari regolati dagli artt. 117, 125-*bis*, 126-*quinquies* e 126-*quinqüesdecies* del TUB.

Si tratta in particolare dei contratti, oltre che di deposito, di finanziamento di cui all'art. 117 TUB; dei contratti di credito al consumo di cui all'art. 125-*bis*; dei contratti quadro sui servizi di pagamento di cui all'art. 126-*quinquies* e dei contratti inerenti il trasferimento dei servizi di pagamento connessi al conto di pagamento del consumatore di cui all'art. 126-*quinqüesdecies*³.

c) *Individuazione di una specifica procedura da adottare per soddisfare i requisiti (della forma scritta del contratto e della sua consegna al cliente) richiesti dall'art. 117 TUB*

L'art. 4 in esame stabilisce che i predetti contratti *soddisfano il requisito ed hanno l'efficacia* di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale – c.d. CAD), anche se il cliente esprime il consenso mediante comunicazione inviata dal proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo.

Tutto ciò però alla condizione che *l'espressione del consenso* sia accompagnata da copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente, faccia riferimento ad un contratto identificabile in modo certo e sia conservata insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità.

La norma prende le mosse dal considerare alcuni specifici cardini su cui si fonda la normativa in tema di Trasparenza nelle operazioni e nei servizi bancari di cui al Titolo VI del TUB, e cioè, come prima detto, che i contratti ivi disciplinati, tra cui i contratti di finanziamento, devono avere la forma scritta a pena di nullità ed un esemplare del contratto deve essere consegnato al cliente.

In relazione a ciò la disposizione attribuisce – proprio perché *viene indicato come soddisfatto il requisito sia della forma scritta richiesta per il contratto in parola sia l'efficacia probatoria* di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, prima parte, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 – al consenso prestato dal cliente mediante posta elettronica non certificata o altro strumento

³ Restano pertanto esclusi da tale disciplina i contratti in tema di credito immobiliare ai consumatori di cui agli artt. 120-*quinquies* ss. TUB.

idoneo sia il cennato requisito della forma scritta, sia l'efficacia probatoria dell'art. 2702 c.c. Ciò, pur in assenza dei requisiti di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82⁴.

Nella norma è quindi delineato un procedimento che – in quanto caratterizzato da alcune specifiche fasi tutte strettamente connesse ed inscindibili (a: il cliente esprime il proprio consenso mediante una comunicazione inviata dal proprio indirizzo di posta elettronica non certificata; b: l'espressione del consenso è accompagnata da copia di un valido documento di riconoscimento del contraente; c: l'espressione del consenso è conservata insieme al contratto in parola con modalità tali da garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità) – è ritenuto dal Legislatore in grado di soddisfare, come detto, i necessari requisiti della forma scritta e dell'efficacia probatoria richiesti dal contratto di finanziamento soggetto alla normativa della Trasparenza.

Quanto all'obbligo della consegna del documento contrattuale, si prevede che tale adempimento è soddisfatto mediante la messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole.

Inoltre “l'intermediario [*rectius*: la banca o l'intermediario finanziario] consegna copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza” (cfr. la parte finale dell'art. 4).

Con ciò il Legislatore ritiene soddisfatto il principio della necessaria consegna al cliente di un “esemplare” del contratto sancito dall'art. 117 TUB.

Si tratterà, però, alla conclusione dello stato di emergenza di integrare l'avvenuta messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole con l'effettiva consegna allo stesso cliente di una copia cartacea del contratto, adempimento a cura della banca o dell'intermediario finanziario controparte.

4. Alcune brevi notazioni

Anzitutto, la norma *non si applica*, come detto, *a tutte le categorie di clientela bancaria*, in quanto la sua portata è circoscritta alla sola clientela “al dettaglio”.

⁴ Art. 20 del Codice dell'amministrazione digitale: “Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”.

È da tenere presente che l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) con la Determinazione 23 marzo 2020, n. 57 ha adottato le “Regole tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD (versione 1.0)”. Dette Linee Guida disciplinano le modalità atte a garantire la sicurezza, l'integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta ed inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. Destinatari delle Linee guida sono i fornitori di servizi e i gestori dell'identità nonché gli utenti in qualità di fruitori del servizio. In particolare tali Linee guida prevedono un'apposita procedura di sottoscrizione ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis*, del CAD nonché le regole tecniche del documento sottoscritto.

In ciò si differenzia dall'art. 33 del d.l. 9 maggio 2020, n. 34 che in tema di sottoscrizione e comunicazioni di contratti finanziari ed assicurativi in modo semplificato estende ad ogni categoria di clientela tale modalità di conclusione del contratto.

Forse sarebbe stato opportuno assicurare questo allineamento tra le due disposizioni, estendendo ovviamente l'applicazione dell'art. 4 del d.l. n. 23/2020 a tutte le categorie di clientela bancaria.

Ciò nel presupposto, direi ragionevole, che anche qualche soggetto che non riveste la qualità di consumatore, persona fisica che svolge attività professionale o artigianale, ente senza finalità di lucro e di micro-imprese può trovarsi nella necessità di far ricorso a questa opportunità concessa dal Legislatore.

Anche sotto questo profilo emerge una diversificazione tra la normativa di trasparenza recata dal Testo unico bancario (e relativa normativa di attuazione) per i contratti bancari e finanziari e quella prevista dal Testo unico finanza (e relativa normativa di attuazione) per i contratti disciplinati da quest'ultimo.

Inoltre, il citato art. 4 del d.l. n. 23/2020 non incide sulle *modalità di utilizzo del rapporto*, ma solo su quelle della sua costituzione (nonché in caso di recesso).

La norma in parola non coglie cioè l'opportunità di stabilire modalità innovative per la movimentazione del rapporto, ad esempio mediante telefonia vocale.

Eppure l'art. 34 del cennato d.l. n. 34/2020 ha previsto espressamente che i contratti relativi al servizio di collocamento dei buoni postali fruttiferi postali dematerializzati, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso e fino al termine del periodo emergenziale, possono essere stipulati mediante telefonia vocale, in deroga all'art. 2, comma 3, d.p.r. n. 144/2001, previo accertamento con le medesime modalità dell'identità del sottoscrittore, purché il consenso del sottoscrittore reso telefonicamente sia attestato mediante registrazione vocale, con modalità tali da garantire la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità, custodita dal proponente.

Se probabilmente quest'ultima disposizione risulterebbe (quale possibile modalità di conclusione dei contratti disciplinati dal TUB) di poco impatto per i contratti di finanziamento (visto che gli importi erogati sono accreditati su di un conto corrente dedicato), probabilmente avrebbe avuto un senso prevederla invece per l'utilizzo delle somme presenti sui conti correnti, specie quelli cd "destinati", in quanto accesi e da utilizzarsi nel periodo di emergenza Covid-19 (e quindi di necessitato distanziamento/contingentamento nei rapporti sociali) per le finalità perseguite dai finanziamenti con garanzia pubblica qui in discorso.

In sostanza, anche sotto questo profilo, oltre quello dapprima segnalato nei rapporti tra le discipline in tema di trasparenza rispettivamente dettate dal TUB e dal TUF, un maggior raccordo tra le disposizioni contenute nel d.l. n. 23/2020 e nel d.l. n. 34/2020 sarebbe risultato utile.

5. Altre disposizioni emanate in tempo di Covid-19 per semplificare l'accesso ai servizi bancari

Con l'art. 27 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (provvedimento convertito con modificazioni nella recente l. 17 luglio 2020, n. 77) sono state previste misure volte alla semplifica-

zione ed alla diffusione della firma elettronica avanzata e dell'identità digitale per l'accesso ai servizi bancari.

In particolare, ferma restando l'applicazione delle citate regole tecniche emanate dall'AGID (di cui all'art. 20, comma 3, del CAD), per il rilascio della firma elettronica avanzata, nel rispetto della disciplina europea, si può procedere alla verifica dell'identità dell'utente anche tramite uno dei seguenti processi:

a) processi di identificazione elettronica e di autenticazione informatica basati su credenziali che assicurano i requisiti previsti dall'art. 4 del Regolamento Delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017 già attribuite, dal soggetto che eroga la firma elettronica avanzata, al medesimo utente identificato ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231;

b) processi di identificazione elettronica e di autenticazione informatica, a due fattori, basati su credenziali già rilasciate all'utente nell'ambito del Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese di cui all'art. 64 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82;

c) processi di identificazione elettronica e di autenticazione informatica, basati su credenziali di livello almeno "significativo", nell'ambito di un regime di identificazione elettronica notificato, oggetto di notifica conclusa con esito positivo, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 910/2014 (eIDAS) di livello almeno "significativo".

Si tratta per vero di una disposizione che, a differenza di quanto recato dall'art. 4, d.l. n. 23/2020, non ha carattere temporaneo ma che comunque limita la sua sfera di azione alla sola verifica dell'identità dell'utente.

IL FONDO CENTRALE DI GARANZIA E LE NUOVE REGOLE DI ACCESSO AL CREDITO NEL “DECRETO LIQUIDITÀ”

Niccolò Pisaneschi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’art. 13 del d.l. n. 23/2020: struttura e funzione. – 3. La dotazione del Fondo Centrale di Garanzia ai sensi della riforma. – 4. I nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari (ed il loro presumibile perché). Una prima definizione delle aziende ammesse al credito. – 5. Sempre sui nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari. Sugli strumenti scelti per legare i nuovi finanziamenti alle conseguenze dirette del Covid-19. – 6. La garanzia del Fondo Centrale ed i finanziamenti bancari: il ruolo delle banche nel sistema della riforma. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

In data 29 aprile 2020, con la pubblicazione in gazzetta Ufficiale, è stata convertito in legge, con modifiche, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

Il provvedimento, intitolato “misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”, integra un pacchetto di misure volte a garantire una ripresa del “sistema Italia” dal blocco produttivo e professionale indotto dalla nota pandemia da Covid-19. Come tale, esso regola istituti che, seppure frequentemente diversi tra loro (la semplificazione delle contrattazioni con le banche per la rinegoziazione dei contratti piuttosto che la dazione di garanzie statali gratuite sui finanziamenti bancari) sono però comunque funzionali al medesimo scopo di permettere ad imprese e privati di superare gli effetti di una pressoché integrale – e lunghissima – sospensione delle attività lavorative.

Tra i vari istituti oggetto di attenzione da parte del legislatore, una componente estremamente rilevante è quella dedicata ai finanziamenti alle imprese.

In particolare, gli artt. 2, 3 e 13 del d.l. n. 23/2020 introducono nuove regole per la concessione di garanzie del credito sia da parte di SACE S.p.a. nel caso delle grandi imprese (artt. 2 e 3), sia da parte del Fondo Centrale di Garanzia (art. 13) nel caso delle PMI.

Si tratta di previsioni estremamente rilevanti perché entrambi i soggetti si sono dimostrati funzionali ed hanno consistentemente incrementato, nel corso tempo, la propria capacità di esercizio. Solo per quanto riguarda il Fondo Centrale di Garanzia (unico istituto oggetto di esame in questa sede) in particolare, i dati evidenziano un forte gradimento da parte sia del ceto imprenditoriale che di quello bancario. Ad esempio, nel periodo 2013-

2018 il numero di richieste inoltrate al Fondo Centrale di Garanzie è aumentato di circa il 60%, quello delle richieste accolte è salito di quasi il 70%, mentre il numero di aziende garantite è cresciuto di circa il 60%. Addirittura, ed il dato è forse ancora più significativo, dalle statistiche messe a disposizione via web dal Fondo Centrale di Garanzia risulta una crescita del 60% delle operazioni di medio lungo termine, a riprova del fatto che lo strumento delle garanzie concesse dal Fondo Centrale si è nel tempo trasformato da supporto per interventi di natura saltuaria ed eccezionale in strumento di gestione pressoché ordinaria delle dinamiche aziendali.

2. L'art. 13 del d.l. n. 23/2020: struttura e funzione

Prima di procedere ad un esame di dettaglio dell'art. 13 del d.l. n. 23/2020 può forse risultare utile - anche per orientarsi meglio all'interno di un provvedimento dalla lettura arduamente estremamente faticosa - soffermarsi rapidamente sulla sua struttura interna.

Si tratta, in generale, di un articolo dove si possono riconoscere (almeno) quattro diversi settori di intervento.

Un primo insieme di previsioni, innanzitutto, riguarda quelli che potremmo definire come i criteri generali di semplificazione di accesso alle garanzie concedibili dal Fondo Centrale di Garanzia. All'interno di questo blocco (in massima parte riconducibile al comma 1 dell'art. 13) si trovano le previsioni sulla gratuità delle garanzie, sull'incremento delle percentuali delle somme che possono essere fatte oggetto di garanzia, sui nuovi criteri di valutazione del credito e sulla rinegoziazione delle posizioni già esistenti. Sempre all'interno di questo blocco si possono inoltre, per motivi di afferenza logica, inserire (oltre al comma 5 sulla semplificazione del rilascio dei certificati antimafia) le nuove regole sulla dotazione del fondo di cui ai commi 10, 11, 12 e 13.

Un secondo blocco, invece, tratta della particolare fattispecie delle garanzie sui portafogli di finanziamenti. Si tratta di una materia che, già fortemente innovata nel 2018 ed oggi contenuta nei commi 2 e 7 dell'art. 13, riguarda il caso in cui la garanzia dello Stato viene rilasciata a fronte non di singoli ma di insiemi (portafogli, appunto) di finanziamenti aventi caratteristiche comuni quali la forma tecnica utilizzata, la finalità, la durata, le garanzie, ecc.¹. Come è facile intuire anche ad una primissima analisi, in questo caso il tema di maggiore rilievo (e quindi anche l'oggetto di intervento legislativo) riguarda la ponderazione del rischio complessivo e la conseguente individuazione di criteri idonei a determinare il livello di garanzia concedibile. Le novità contenute nel d.l. n. 23/2020 riguardano quindi, come naturale, il mutamento delle garanzie ottenibili a tutela del portafoglio.

Un terzo blocco (collocato in parte nel comma 1, lett. d) ed in parte nel comma 1, lett.

¹ La definizione di "portafogli di finanziamenti" si trova nell'art. 1, comma 1, lett. g) del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, adottato di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze il 24 aprile 2013 (pubblicato nella G.U. 6 luglio 2013, n. 157) ed avente ad oggetto le "Modalità di concessione della garanzia del Fondo di garanzia per le PMI su portafogli di finanziamenti erogati a piccole e medie imprese". La citata disposizione, riproposta pure nei successivi decreti interministeriali di aggiornamento delle modalità di concessione, definisce i portafogli di finanziamenti come "un insieme di finanziamenti, riferiti ai soggetti beneficiari finali, aventi caratteristiche comuni, quali la forma tecnica utilizzata, la finalità a fronte della quale il finanziamento è concesso, la durata dell'operazione, le garanzie accessorie richieste, ecc.".

n) dell'art. 13) regola le ipotesi di cumulabilità della garanzia del fondo con quelle rilasciate da altri soggetti abilitati, prevedendo tra l'altro, per certe tipologie di finanziamento, che la riassicurazione del fondo giunga al 100% dell'importo garantito dai Confidi o dagli altri soggetti abilitati. Sono (ma il tema verrà trattato in altra sede) previsioni che meritano un esame particolare, perché – lette in parallelo con le previsioni generali sull'ampliamento delle regole di accesso – a prima vista allargano, ma di fatto finiscono per restringere, la funzione dei soggetti abilitati al rilascio delle garanzie.

Infine, un quarto blocco attiene a regole particolari, non riconducibili alle prime tre fattispecie, che vanno dalla possibilità che le dotazioni del fondo siano incrementate da contributi derivanti anche da organismi privati (comma 6), alla specifica casistica sul microcredito (comma 8), ai mutamenti del TUB per ampliare il numero dei soggetti legittimati ad effettuare finanziamenti non superiori ad Euro 40.000 (comma 9), all'applicazione della nuova disciplina delle garanzie anche a fattispecie particolari (le imprese che operano nel settore della pesca prima regolate dal d.l. 29 marzo 2004. Sul punto si veda il comma 11), ecc.

In questa sede, per motivi di semplicità espositiva, si è scelto di soffermarsi principalmente sul primo blocco (i requisiti generali di accesso alle garanzie), che oltre a fungere da regola generale permette una più chiara visione degli obiettivi di sistema, preferendosi viceversa lasciare ad altra sede un esame delle casistiche particolari (i portafogli di garanzie, le cogaranzie, ecc.), per altro in parte già trattate all'interno di questa pubblicazione. In alcuni casi, tuttavia, non si è potuto fare a meno di accennare, sia pure incidentalmente, ad argomenti non specificamente oggetto di trattazione eppure a questa troppo connessi per essere integralmente trascurati (es. la già menzionata ipotesi delle nuove regole sui Confidi, ecc.).

3. La dotazione del Fondo Centrale di Garanzia ai sensi della riforma

Il problema principale che il Governo si è trovato ad affrontare nel redigere il decreto Liquidità è stato sicuramente il dovere contrastare una crisi le cui cause erano non solo esogene alle imprese (nel senso che non derivavano da specifiche debolezze o limiti aziendali) ma purtroppo diffuse ad ampio raggio nei vari settori della produzione nonché, addirittura, nel popolo delle partite iva.

La peculiarità della crisi, caratterizzata da una consistente sospensione dell'attività produttiva, rischiava in particolare di ingenerare due effetti disastrosi.

In primo luogo, vi era il serio rischio che il blocco di produzione determinasse nelle imprese una crisi di liquidità che, se non contrastata immediatamente, avrebbe a sua volta potuto ingenerare una crisi di solvibilità con pericolose derive di natura fallimentare.

In secondo luogo, vi era il pericolo che l'elevato livello di indebitamento medio delle imprese italiane, unito alla menzionata perdita di liquidità, incidesse negativamente sulle capacità di accesso al credito anche da parte di imprese altrimenti tendenzialmente sane, a ragione del cattivo *rating* attribuitigli dal sistema bancario ².

² È noto che in Italia, mentre si è tendenzialmente poco propensi (in via relativa ed in proporzione con quanto accade in altri paesi) ad un indebitamento personale, non si è altrettanto timidi quando si tratta di ricorrere ai finanziamenti bancari per ragioni imprenditoriali. Solo per fare un esempio, in Italia circa il 60 per cento del

In questa situazione, oltre a modificare consistentemente la disciplina positiva di diritto fallimentare, il Governo è intervenuto introducendo da un lato un ampliamento delle dotazioni del Fondo, e dall'altro (e non avrebbe potuto essere altrimenti) modificando, semplificandole, le regole di accesso alle garanzie concedibili dal Fondo Centrale.

Per quanto riguarda il primo punto, innanzitutto, è noto che nel corso degli anni, in presenza di diverse condizioni politiche ed economiche, è cambiata non solo la dotazione finanziaria del Fondo, ma altresì (ed anche più incisivamente) gli strumenti utilizzati per fornirla, passando dai conferimenti effettuati da parte dello Stato o delle Regioni³, a somme specificamente destinate dal CIPE⁴, attività derivanti da altri fondi⁵, ecc., con conseguenze dirette sia sui soggetti finanziati che sui livelli di garanzia concedibile. Nel caso della pandemia, ragioni di urgenza non hanno permesso l'elaborazione di un sistema eccessivamente dettagliato. Ci si è quindi limitati a finanziare il Fondo prevedendo uno stanziamento immediato, per il solo anno 2020, della somma di Euro 1.729,00 milioni di Euro, *“per le finalità di cui al presente articolo”*.

Per amore di dettaglio è forse bene dire che l'art. 13 non contiene una specifica delle finalità perseguite, che come tale debbono essere desunte dal suo contenuto generale. Siccome però in sostanza (come si vedrà meglio nel successivo paragrafo 4) l'art. 13 del d.l. n. 23/2020 amplia le condizioni di accesso alle garanzie per le imprese distinguendo tra imprese che risultavano in sofferenza prima del 2020 ed aziende che lo sono divenute successivamente, è abbastanza chiaro che lo stanziamento dei menzionati 1.729,00 milioni di Euro non può che essere funzionale, almeno nelle intenzioni del legislatore, a garantire una stabilità finanziaria principalmente a quelle aziende che, sane prime della pandemia, sono entrate in sofferenza a causa del blocco di produzione.

A contrario, si direbbe quindi che a base dell'intero sistema sulle garanzie vi sia una – più o meno criticabile – scelta di fondo; e più esattamente la volontà di non intervenire sui rifinanziamenti di imprese che denunciavano difficoltà già prima del blocco di produzione.

debito delle aziende deriva da finanziamenti bancari e la media dei rapporti tra debiti e risorse proprie è del 43,8 per cento, mentre negli Stati Uniti (dove invece il ricorso all'indebitamento personale è in proporzione assai più elevato), il medesimo rapporto ammonta al solo il 26,6 per cento.

³ Cfr. ad esempio l'art. 1 della l. n. 685/1971, secondo cui “È istituito presso la Cassa un fondo per il concorso nel pagamento degli interessi sulle operazioni di credito a favore delle imprese artigiane, effettuate dagli istituti ed aziende di credito ... Le dotazioni finanziarie del fondo sono costituite: a) dai conferimenti dello Stato; b) dai conferimenti delle Regioni da destinarsi secondo quanto disposto dalle relative leggi regionali e da utilizzarsi nell'ambito territoriale delle singole Regioni conferenti; c) dal dividendo spettante allo Stato sulla sua partecipazione al fondo di dotazione della Cassa medesima ...; d) dall'ottanta per cento dei fondi di riserva della Cassa esistenti alla chiusura dell'esercizio 1957”.

⁴ Su cui cfr. art. 2, l. n. 662/1996, secondo cui “Nell'ambito delle risorse di cui al comma 99, escluse quelle derivanti dalla riprogrammazione delle risorse di cui ai commi 96 e 97, il CIPE può destinare: a) una somma fino ad un massimo di 400 miliardi di lire per il finanziamento di un fondo di garanzia costituito presso il Mediocredito Centrale Spa allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese”.

⁵ Sul punto, si legga l'art. 15 della l. n. 64/1986, il quale, al comma 3, prevede che “La garanzia del fondo ... dell'articolo 20 della legge 12 agosto 1977, n. 675, è estesa a quella prestata per il credito di esercizio dai fondi di garanzia collettiva costituiti dalle cooperative e dai consorzi di imprese industriali di piccole e medie dimensioni, operanti nei territori meridionali”. Il comma 4 aggiunge, poi, che “La garanzia del fondo di cui al primo comma dell'articolo 20 della legge 12 agosto 1977, n. 675, è di natura integrativa e può essere accordata dal Mediocredito centrale sino all'80 per cento dell'ammontare del credito garantito dai fondi di garanzia collettiva di cui sopra, su richiesta dei medesimi o dei soggetti interessati”.

Si noti, però, che la scelta sembra riguardare principalmente il tema dei rifinanziamenti ed è forse dovuta al dovere al contempo evitare un crollo verticale del sistema imprenditoriale senza al contempo gravare eccessivamente sul sistema bancario. In altri settori infatti (*in primis* con le nuove regole di diritto fallimentare) si è cercato per quanto possibile di venire incontro anche alle imprese che denunciavano sofferenze anche prima della pandemia (si pensi, solo come esempio, al tema dei concordati preventivi non omologati, che possono oggi venire integralmente modificati per fare fronte alle nuove esigenze aziendali)⁶.

4. I nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari (ed il loro presumibile perché). Una prima definizione delle aziende ammesse al credito

Per quanto riguarda specificamente i soggetti che possono accedere alle garanzie, la necessità di semplificarne l'accesso evitando al contempo di creare una procedura di accesso dalle maglie così larghe da andare a vantaggio dei soggetti meno meritevoli ha imposto un sistema in due fasi in cui in una prima si individuano i soggetti meritevoli di tutela ed in una seconda si determina il fabbisogno finanziabile avendo riguardo alle specificità dell'impresa ed alle specifiche tipologie di sofferenza indotte dalla pandemia.

Il primo tema è, dunque, quello relativo alla “scrematura” iniziale tra quei soggetti che erano in sofferenza già prima della pandemia e quelli che invece lo sono divenuti successivamente.

In termini molto sintetici, l'art. 13 del d.l. n. 23/2020, alla lett. m), ammette al sistema di garanzie specificamente disegnate per l'emergenza da Covid-19 (previa autorizzazione della Commissione Europea) tutti quei soggetti che alla data dei 31 gennaio 2020 non abbiano nei confronti del soggetto finanziatore (ma qui la norma dovrà presumibilmente essere intesa come non avesse nei confronti del sistema bancario) esposizioni classificate come “inadempienze probabili o scadute o sconfinanti deteriorate ai sensi del paragrafo 2, parte B della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia”.

Come noto, la circolare 272 della Banca d'Italia (c.d. Matrice dei conti) individua tre diversi tipi di inadempienze, che per motivi di semplicità suddivide in (i) sofferenze, (ii) inadempienze probabili e (iii) esposizioni scadute e/o sconfinanti⁷.

⁶ Dato forse interessante, sempre a mente del comma 13 dell'art. 13, alla copertura degli oneri si provvede mediante abrogazione della precedente disciplina di cui agli artt. 49 e 56 comma 6 del d.l. 17 marzo 2020, con cui il Governo aveva stanziato (per i medesimi scopi) la somma di Euro 1.500,00 milioni. Si può dunque immaginare che il Governo abbia ritenuto che il prolungarsi del blocco oltre i tempi originariamente ipotizzati nella seconda metà di marzo portassero ad un fabbisogno ulteriore di oltre 200 milioni di euro.

⁷ Per completezza, si riportano le definizioni che detta circolare pone di tali esposizioni creditizie deteriorate, come si leggono dall'ultimo aggiornamento del 17 settembre 2019. In particolare – e in estrema sintesi – le sofferenze sono definite come “il complesso delle esposizioni creditizie per cassa e “fuori bilancio” nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dalla banca”. Per quanto riguarda le inadempienze probabili (definite anche come “unlikely to pay”), la circolare prevede che “la classificazione in tale categoria è, innanzitutto, il risultato del giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso

Le sofferenze, che la circolare qualifica come esposizioni verso soggetti in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili, non sono trattate dal d.l. n. 23/2020, per cui il Fondo Centrale di Garanzia non potrà concedere le garanzie dell'art. 13 a quelle imprese che si trovino in stato di decozione, indipendentemente dal fatto che l'insolvenza si sia verificata prima o dopo il 31 dicembre 2019.

Invece, sono ammesse al rilascio delle garanzie da parte del Fondo Centrale quei soggetti le cui esposizioni siano divenute qualificabili come inadempienze probabili ovvero scadute e/o sconfinanti, a partire dal 1° febbraio 2020. Siccome la menzionata Circolare 272 qualifica come inadempienze probabili quelle esposizioni che la banca valuta improbabile vengano adempiute senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, e come esposizioni scadute e/o sconfinanti le esposizioni scadute da oltre 90 giorni oltre una specifica soglia di rilevanza, si tratta in sostanza di esposizioni di imprese che, pure mantenendo la propria capacità di adempiere le proprie obbligazioni, non riescono a farlo nei termini perché seriamente impattate dalla pandemia.

Si è di fronte, in termini semplici, a quell'idea di fondo che ispira la riforma: la necessità, cioè, che non vedano negato accesso al mercato del credito aziende che si trovano nella momentanea impossibilità di adempiere non per ragioni endogene ma esogene, escludendo invece dalle semplificazioni di accesso le imprese già sofferenti prima del blocco produttivo.

Vi è però una sorta di eccezione alla regola, rappresentata dalle imprese ammesse alla procedura di concordato con continuità aziendale. In particolare, l'art. 13, lett. c) del Decreto Liquidità prevede che la garanzia può essere concessa anche alle imprese che sono state ammesse alla procedura di concordato con continuità aziendale, ovvero che hanno stipulato accordi di ristrutturazione o presentato un piano attestato ex art. 67 l. fall., purché alla data di entrata in vigore del decreto le loro esposizioni non siano più qualificabili come deteriorate, non presentino importi in arretrato sulla base dell'analisi finanziaria del debitore, e si possa "ragionevolmente presumere" il rimborso integrale dell'obbligazione in scadenza.

Dato forse curioso, le previsioni relative all'esclusione dal sistema delle garanzie delle imprese in sofferenza, si discosta, almeno sotto un profilo metodologico, da altre previsioni dello stesso d.l. n. 23/2020, dove la qualifica di impresa in difficoltà è fatta dipendere non da regole di diritto interno (la menzionata circolare di Banca d'Italia) bensì da regole di formazione comunitaria. Ad esempio, sempre in materia di garanzie, l'art. 1, comma 2, lett. b) del d.l. n. 23/2020 prevede che possono beneficiare delle garanzie di SACE quelle

ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Tale valutazione va operata in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi (o rate) scaduti e non pagati. Non è, pertanto, necessario attendere il sintomo esplicito di anomalia (il mancato rimborso), laddove sussistano elementi che implicano una situazione di rischio di inadempimento del debitore (ad esempio, una crisi del settore industriale in cui opera il debitore). Il complesso delle esposizioni per cassa e "fuori bilancio" verso un medesimo debitore che versa nella suddetta situazione è denominato "inadempienza probabile", salvo che non ricorrano le condizioni per la classificazione del debitore fra le sofferenze. Un'esposizione creditizia originariamente allocata tra le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate va ricondotta fra le inadempienze probabili ... qualora tale classificazione rappresenti meglio il successivo peggioramento del merito creditizio del debitore". Infine, le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate sono definite come "esposizioni creditizie per cassa, diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili, che, alla data di riferimento della segnalazione, sono scadute o sconfinanti".

imprese in difficoltà che non soffrano di esposizioni qualificabili come deteriorate, ma sia il concetto di impresa in difficoltà che quello di impresa deteriorata, vengono normativamente desunte dalla disciplina comunitaria applicabile⁸.

⁸ L’art. 1, comma 2.b del d.l. n. 23/2020 prevede che possano beneficiare delle garanzie di SACE le imprese di qualsiasi dimensione che alla data del 31 dicembre 2019 non fossero qualificabili come “*imprese in difficoltà*”, ed alla data del 29 febbraio 2020 non avessero esposizioni definibili come “*deteriorate*” nei confronti del settore bancario. Per espressa previsione legislativa, sia il concetto di “*impresa in difficoltà*” che di “*esposizione deteriorata*” debbono essere interpretati facendo riferimento alla disciplina comunitaria applicabile. Per quanto riguarda – innanzitutto – la definizione di “*impresa in difficoltà*”, questa si desume dai Regolamenti UE 651/2014, 702/2014 e 1388/2014, secondo cui vanno qualificate come imprese in difficoltà quelle società “*a responsabilità limitata*” (definizione all’interno della quale l’allegato I della direttiva UE 2013/34 fa rientrare anche le società per azioni di diritto italiano) che: a) abbiano perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate. Ciò che si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto; b) siano oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfino le condizioni previste dal diritto nazionale per l’apertura nei loro confronti di una tale procedura su richiesta dei loro creditori; d) abbiano ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbiano ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbiano ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e siano ancora soggette a un piano di ristrutturazione; e) negli ultimi due anni abbiano avuto un rapporto debito/patrimonio netto contabile superiore a 7.5; f) negli ultimi due anni abbiano avuto un quoziente di copertura degli interessi inferiore a 1.0. Agli stessi requisiti fa riferimento il Manuale Operativo predisposto congiuntamente da ABI e SACE per disciplinare le modalità per l’ottenimento delle garanzie richieste. Per quanto attiene al requisito di concedibilità della garanzia per non avere il richiedente esposizioni deteriorate nei confronti del settore bancario, il concetto è chiarito dall’art. 47 del Regolamento UE 26 giugno 2013, n. 575, il quale esplica sia il concetto di esposizione, sia quello del deterioramento. Rientrano tra le esposizioni, innanzitutto, tutti gli strumenti di debito, inclusi i titoli di debito, i prestiti, gli anticipi e i depositi a vista, nonché gli impegni all’erogazione di prestiti dati, le garanzie finanziarie assunte o qualsiasi altro impegno dato, con l’eccezione delle aperture di credito non utilizzate che possono essere revocate incondizionatamente in qualsiasi momento o provviste di clausola di revoca automatica. Si qualificano invece come deteriorate: a) le esposizioni in cui (come meglio specificato dall’art. 178 del Regolamento n. 575/2013) l’ente erogante giudichi improbabile che, senza il ricorso ad azioni quale l’escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie verso l’ente stesso, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni ovvero sia il debitore è in arretrato da oltre 90 giorni su un’obbligazione creditizia rilevante verso l’ente, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni; b) le esposizioni che si ritiene abbiano subito una riduzione di valore ai sensi della disciplina contabile applicabile; c) le esposizioni in prova qualora siano state accordate misure di concessione aggiuntive o qualora le esposizioni siano scadute da oltre 30 giorni; d) le esposizioni in forma di impegno che, qualora utilizzato o altrimenti attivato, non verrebbe probabilmente rimborsato in modo integrale senza escussione delle garanzie reali; e) le esposizioni sotto forma di garanzia finanziaria che sarebbe probabilmente attivata dalla parte garantita, compresi i casi in cui l’esposizione garantita sottostante soddisfa i criteri per essere considerata deteriorata. Sempre secondo l’art. 178 del Regolamento n. 575/2013, tra gli elementi da considerare come indicativi dell’improbabile adempimento figurano la circostanza secondo la quale l’ente includa il credito tra le sofferenze o gli incagli, riconosca una rettifica di valore su crediti specifica derivante da un significativo scadimento del merito di credito successivamente all’assunzione dell’esposizione, acconsenta a una ristrutturazione onerosa del credito, ovvero abbia, addirittura, presentato istanza di fallimento del debitore. Per quanto la normativa europea in merito alle “*esposizioni deteriorate*” risulti decisamente più articolata di quella prevista dall’art. 56, d.l. n. 18/2020, può comunque, almeno in via di prima approssimazione, farsi riferimento al medesimo concetto e, quindi, alle Istruzioni di Banca d’Italia e, in particolare, alla Circolare n. 272/2008, la quale individua tre vigenti sottoclassi di crediti deteriorati: (i) le “*sofferenze*”: definite come esposizioni verso soggetti in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili; (ii) le “*inadempienze probabili*”: definite come esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze) per le quali la banca valuta improbabile, senza il ricorso ad azioni quali l’escussione delle garanzie, che il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni contrattuali; (iii) le “*esposizioni scadute e/o sconfinanti*”: definite come esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate sono esposizioni (diverse da quelle

Sebbene un esame congiunto della disciplina comunitaria e nazionale porti a ritenere le differenze meno rilevanti dell'immaginabile, è almeno curioso osservare che laddove si è voluto limitare l'accesso agli strumenti di garanzia si è preferito utilizzare dei concetti di specifica derivazione comunitaria; mentre laddove si è cercato di allentare le maglie dei finanziamenti, si è optato per un richiamo alle normative di diritto interno.

5. Sempre sui nuovi criteri di accesso ai finanziamenti bancari. Sugli strumenti scelti per legare i nuovi finanziamenti alle conseguenze dirette del Covid-19

Effettuata la menzionata “scrematura” tra le imprese meritevoli di accedere ai nuovi strumenti di garanzia e quelle che invece non lo sono, bisognava poi assicurarsi che i 1.729,00 milioni di Euro stanziati per rafforzare le dotazioni finanziarie del Fondo venissero utilizzati non già per un generale rafforzamento delle imprese, quanto piuttosto per rimediare specificamente alle conseguenze del blocco produttivo da pandemia. È infatti stato evidente, sino da subito, che modelli imprenditoriali diversi avrebbero sofferto in maniera differente le conseguenze del blocco e che come tale sarebbero stati necessari diversi livelli di intervento. Si pensi, solo per fare un esempio, alla differenza esistente tra imprese a basso od elevato valore aggiunto. Mentre era immaginabile che nelle imprese a basso livello tecnologico la carenza di liquidità potesse avere creato problemi legati principalmente al costo del lavoro (cosicché i nuovi finanziamenti avrebbero dovuto essere parametrati principalmente ai costi salariali), in quelle ad alto livello tecnologico la carenza di liquidità avrebbe invece impattato soprattutto sulla capacità di ammortamento dei beni, e sarebbe dunque dovuta essere collegata ai costi sostenuti per gli investimenti.

Per cercare di ovviare a tali inevitabili differenze, il Decreto Cura Italia prima, e il Decreto Liquidità poi, hanno immaginato un modello in due fasi in cui innanzitutto si definiscono le somme astrattamente finanziabili “caso per caso”, utilizzando delle basi di calcolo che diano conto di diversi modelli imprenditoriali, e solo successivamente si determinano le percentuali passibili di garanzia da parte del Fondo Centrale.

La base dell'operazione di calcolo è dunque la definizione delle somme finanziabili oggetto di garanzia. Al riguardo, l'art. 13, comma 1 prevede in sostanza tre alternative, nella speranza che almeno una delle tre individui correttamente il fabbisogno aziendale. In particolare, secondo la lett. c) del comma 1 dell'art. 13 del decreto, la base su cui determinare le somme che possono essere fatte oggetto di garanzia è rappresentata alternativamente da: a) il doppio della spesa salariale annua del beneficiario per il 2019 o comunque l'ultimo anno disponibile (nel caso di imprese costituito dopo il 1 gennaio 2019 si utilizzeranno i costi salariali previsti per i due successivi anni) b) il 25 % del fatturato totale del beneficiario nel 2019, ovvero c) il fabbisogno per i costi del capitale di esercizio ed investimento nei successivi 18 mesi nel caso delle piccole e medie imprese, e nei successivi 12 mesi nel caso di imprese con meno di 499 dipendenti. Individuata tale somma, a norma della lett. c) del comma 1 dello stesso art. 13 l'importo massimo garantito ammonterà al 90 % di

classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili) che sono scadute o eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza.

una delle tre cifre (a scelta del richiedente) derivanti dal conteggio di cui sopra, ma sempre (a norma della lett. b) del comma 1) con un tetto massimo fissato in 5 milioni. Il tutto per operazioni finanziarie con durata non superiore a 72 mesi.

Per muoversi con un esempio, si immagini una società con dieci dipendenti per un costo di Euro 500.000 annui, un fatturato nel 2019 da Euro 2.000.000, ed un fabbisogno per costi di esercizio ed investimento di Euro 900.000. In questo caso il Fondo Centrale di Garanzia potrà garantire sino ad Euro 900.000, ovvero il 90% del doppio del costo del personale (Euro 1.000.000). Nel caso in esame, infatti, le due alternative del 25% del fatturato ovvero il fabbisogno per capitale di esercizio oltre i costi porterebbe ad una base di calcolo inferiore.

Ovviamente, non tutti i parametri scelti dal legislatore come base di calcolo per la determinazione delle garanzie concedibili sono di lettura altrettanto facile. In particolare, se la distinzione tra costi salariali e fatturato si presta facilmente a descrivere la menzionata differenza tra aziende a diverso valore aggiunto, più difficile è forse capire il razionale della base di calcolo rappresentata dal doppio del fatturato del 2019, che probabilmente verrà solitamente utilizzato come base di calcolo per gli interventi su piccole o microimprese.

È noto che il fatturato, che in una accezione comune si tende a fare coincidere con il valore della produzione riferito ad uno specifico anno di esercizio, è in realtà concetto strettamente dipendente dalla disciplina IVA, cui si lega – appunto – l'emissione delle fatture aziendali. Siccome nelle piccole e microimprese, anche in virtù dei metodi contabili semplificati utilizzati, si ha frequentemente coincidenza tra fatturato e somma dei ricavi aziendali, si può forse immaginare che la previsione che permette di finanziare il 25% del fatturato 2019 sia da questi utilizzata come criterio rappresentativo della propria "dimensione" aziendale e come conseguenza della riduzione sofferta a ragione del Covid-19.

Allo stesso modo, si potrebbe forse immaginare di utilizzare il medesimo parametro nel caso di imprese che, in virtù del proprio oggetto sociale, hanno visto maggiormente ridotte le proprie capacità produttive. Si pensi alle imprese che vivono sul turismo, la ristorazione, ecc. In questi casi è evidente che il crollo del fatturato sarà così importante che potrebbe essere per loro conveniente utilizzare, per la determinazione della base finanziabile con garanzie, il fatturato dell'anno precedente.

Molto rilevante, la percentuale della garanzia in riassicurazione appena rammentata può mutare, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. d), quando il Fondo Centrale di Garanzie viene chiamato a garantire finanziamenti già garantiti dai Confidi od altri fondi di garanzia. In questo caso le fattispecie ipotizzate dal decreto sono, di fatto, tre. Innanzitutto, una prima ipotesi è che i Confidi (o altri fondi di garanzia) abbiano già garantito un finanziamento nella misura non superiore al 90%. In questo caso, se la richiesta di finanziamento segue l'autorizzazione da parte della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108 del TFUE ed il finanziamento non prevede il pagamento di un premio per la remunerazione del rischio di credito, la percentuale di copertura della riassicurazione è aumentata sino al 100% dell'importo garantito. Questo per le operazioni di finanziamento calcolate sulla base prima detta (doppio della spesa salariale, 25% del fatturato, ecc.). Nel caso invece di operazioni che non rientrano in tali parametri, o comunque se il finanziamento avviene prima dell'autorizzazione da parte della Comunità Europea, le percentuali di assicurazioni sono portati al 90%. Infine, una terza ipotesi è quella prevista dalla lett. n), che riguarda specificamente quei soggetti danneggiati dal Covid-19 che godano di un ammontare di ri-

cavi non superiore ad Euro 3.200.000. In questo caso la garanzia del Fondo centrale cumulata con quella dei Confidi od altri soggetti legittimati al rilascio di garanzie può estendersi, per prestiti non superiori al 25% dei ricavi del beneficiario, sino al 100% del finanziamento concesso.

6. La garanzia del Fondo Centrale ed i finanziamenti bancari: il ruolo delle banche nel sistema della riforma

Si è sin qui parlato delle garanzie concedibili dal Fondo centrale di Garanzia, da solo o se del caso di concerto con i menzionati Cofidi. Bisogna ovviamente ricordare che essendo le garanzie concesse a tutela di finanziamenti bancari, il d.l. n. 23/2020 non poteva esimersi dal tratteggiare le modalità di finanziamento utilizzabili dalle banche, nonché alcune regole specifiche nel caso di tipologie di finanziamenti specificamente caratterizzati.

In linea molto generale, anche in questo caso il d.l. n. 23/2020 sembra muoversi su due fronti che prevedono, da un lato, una specifica sui finanziamenti che possono essere fatti oggetti di garanzia (con regole generali ed eccezioni), e dall'altro individuano le modalità (*quid est*: le semplificazioni) che debbono caratterizzarli.

Innanzitutto, regola generale è l'applicazione delle menzionate garanzie a finanziamenti ancora da richiedere rilasciati da banche o intermediari finanziari (nonché, intuitivamente, dagli altri soggetti abilitati alla concessione di credito). Siccome si doveva evitare che i nuovi finanziamenti (con le correlate garanzie) andassero a consolidare posizioni pregresse, l'art. 13.1.m del d.l. n. 23 prevede che si abbia un nuovo finanziamento quando, ad esito della concessione del finanziamento coperto da garanzia, l'ammontare complessivo delle esposizioni del finanziatore nei confronti del finanziato risulta superiore all'ammontare di esposizioni detenute all'entrata in vigore della norma. Tuttavia, non solo i finanziamenti "nuovi" godono di un trattamento più vantaggioso, ma anche i finanziamenti già concessi e fatti oggetto di garanzia da parte del Fondo Centrale. In particolare, la lett. f) del Decreto Liquidità configura l'ipotesi, estremamente diffusa, in cui le banche, per non gravare eccessivamente sui conti dei debitori, abbiano, volontariamente o su richiesta degli stessi debitori, accordato la sospensione delle rate di ammortamento, o del solo capitale, o comunque concesso un allungamento della scadenza dei finanziamenti. In questi casi, la regola prevede una estensione della garanzia pari a quella concessa dalle banche, per legge, senza che questa debba autonomamente essere autorizzata.

Anche, il d.l. n. 23 si preoccupa di assistere il sistema bancario nell'emissione di garanzie su finanziamenti già erogati. È forse una previsione, questa, che oltre a funzioni di equità sostanziale (la parificazione di situazioni sostanziali non dissimili) serve tanto a tutela dei soggetti finanziatori che dei finanziati, perché questi, a ragione della garanzia, godranno di una riduzione del tasso di interesse applicato. Si prevede infatti (art. 13, comma 1, lett. p) che il Fondo Centrale di Garanzia possa rilasciare garanzie anche su operazioni di finanziamento già perfezionate (e se del caso già erogate) *"da non oltre tre mesi dalla data di presentazione della richiesta e, comunque, in data successiva al 31 gennaio 2020"*. In questo caso il soggetto finanziatore, ottenuto il rilascio della garanzia e dunque ridotto il rischio finanziario, è tenuto a trasmettere al gestore del Fondo una dichiarazione attestante la riduzione del tasso di interesse applicata sul finanziamento a ragione della sopravvenuta garanzia.

Casi particolari sono, poi, quelli che potremmo definire come “finanziamenti a pioggia”; o più esattamente finanziamenti di ridotto valore concessi in eguale misura ad imprese, artigiani o liberi professionisti, ovvero anche a tutela di determinati settori economici se del caso specificamente individuati da Regioni, Comuni, Enti locali, ecc., in qualità di conferitari di sezioni specializzate del Fondo. Per quanto riguarda la prima ipotesi, la lett. m) dell’art. 1 del Decreto Liquidità prevede che (previa autorizzazione della Commissione Europea) possono comunque accedere alle garanzie dell’art. 13, addirittura con copertura per garanzia al 100% (sia in garanzia diretta che in riassicurazione) ma per un valore massimo di Euro 25.000,00, le piccole e medie imprese, nonché le persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni, le quali dichiarino mediante autocertificazione di essere stati danneggiati dall’emergenza Covid-19. Soli limiti di accesso sono solamente che la durata del finanziamento non sia superiore a 72 mesi, l’inizio del rimborso inizi almeno dopo due anni dall’erogazione, e il finanziamento non superi (oltre ai menzionati 25.000 Euro) anche il 25% dei ricavi del beneficiario come risultante dall’ultimo bilancio depositato o dall’ultima dichiarazione fiscale⁹. Per quanto riguarda la seconda, la lett. n) dell’art. 13, comma 1 del decreto prevede che (come già nell’ipotesi precedente) possono godere di una garanzia cumulata con ulteriore garanzia di Confidi o altri soggetti abilitati, sino alla copertura del 100%, sempre previa autorizzazione della Commissione Europea, beneficiari con ammontare di ricavi non superiori agli Euro 3.200.000, la cui impresa sia stata danneggiata dall’emergenza Covid-19, per prestiti non superiori al 25% dei ricavi. In questo caso i soggetti beneficiari del finanziamento possono essere di fatto individuati dalle menzionate Regioni, Comuni, Enti locali, Camere di Commercio, Amministrazioni di settore, nonché associazioni ed enti di riferimento, che possono conferire delle risorse al Fondo al fine di costituire sezioni specializzate che agevolino il rifinanziamento a determinati settori economici (o filiere di impresa) particolarmente toccati dalla crisi.

Quanto sopra, per quanto riguarda i finanziamenti passibili di garanzia.

In aggiunta a ciò, tuttavia, particolarmente importanti sono le semplificazioni previste per accedere ai finanziamenti, vero punto nevralgico della riforma. È infatti del tutto evidente che non solo era necessario fornire adeguata liquidità alle imprese (ed in alcuni casi, come abbiamo visto, anche alle partite iva), ma anche, e forse soprattutto, fornirgliela nel più breve tempo possibile. In quest’ottica, il sistema attuale – con riferimento soprattutto i tempi per l’istruttoria delle pratiche – era da considerarsi inefficiente; con la conseguenza che bisognava che le valutazioni di meritevolezza effettuate dalle banche lo fossero in tempi incredibilmente ristretti, e per di più lo fossero in presenza di un immaginabile ingorgo delle richieste di finanziamento.

In questo caso, il criterio scelto è quello di derogare integralmente ai criteri di valutazione previsti per l’amministrazione del Fondo Centrale di Garanzia utilizzando i soli dati contenuti nel modello economico finanziario ivi previsto.

Come noto, i criteri ordinari di funzionamento, disciplinati da ultimo nel Decreto Mise del 12 febbraio 2019, prevederebbero una valutazione da effettuarsi integrando due diversi modelli informativi: un primo, di natura puramente economica finanziaria, che fornisce una misura predittiva del profilo di rischio patrimoniale, economico e finanziario; ed un

⁹ Nel caso di beneficiari costituiti dopo il 1° gennaio 2019, è sufficiente al posto dei bilanci altra “idonea documentazione”, ovvero più semplice autocertificazione.

secondo che invece tratta specificamente del rischio di credito. Il primo modello è alimentato principalmente dagli ultimi due bilanci delle società di capitali (ovvero dalle due ultime dichiarazioni fiscali delle società di persone e ditte individuali) ed è elaborato differenziando semplicemente tra i diversi settori di esercizio. Il modulo andamentale è invece legato ai dati di accordato e utilizzato del soggetto beneficiario finale, con riferimento agli ultimi sei mesi dei rischi a scadenza e dell'esposizione per cassa, nonché i dati relativi ai contratti rateali, non rateali e carte del soggetto beneficiario finale. Sulla base di una elaborazione di tali dati, si attribuisce (calcolandolo attraverso algoritmi differenti a seconda della forma giuridica del soggetto beneficiario finale) uno *score* parziale, poi successivamente oggetto di ulteriore elaborazione. Incrociando i due modelli secondo certe specifiche, si attribuisce una specifica valutazione all'azienda richiedente.

Come visto, la riforma ha eliminato il richiamo al modello relativo al rischio di credito, preferendo che la valutazione delle imprese dipenda integralmente dal modello di natura economica finanziaria (in termini semplificati: i bilanci o le dichiarazioni fiscali). Il che, unitamente ai parametri utilizzati come base di calcolo per la determinazione delle garanzie, dovrebbe rendere l'erogazione del finanziamento operazione di estrema semplicità concettuale.

Altra piccola semplificazione relativa all'erogazione dei finanziamenti riguarda il noto rilascio della documentazione antimafia. In questo caso, i soggetti richiedenti i finanziamenti garantiti (per tramite delle prima citate regole) dal Fondo Centrale di Garanzia, qualora non possano ottenere un immediato rilascio della documentazione antimafia per tramite di una consultazione della banca dati unica (banca dati come noto prevista dall'art. 96 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), possono ottenere il finanziamento anche in assenza di documentazione. Si tratta però di una mera anticipazione. Nel caso infatti in cui la documentazione successivamente reperita accerti l'esistenza di una delle cause interdittive previste dalla specifica disciplina, viene immediatamente disposta la revoca dell'agevolazione (la garanzia).

7. Conclusioni

Concludendo, il d.l. n. 23/2020 ha fortemente innovato, sia pure in via temporanea, i criteri di concedibilità delle garanzie su finanziamenti bancari da parte del Fondo Centrale di Garanzia.

A base della novità si trova un principio generale che è anche una scelta di fondo: la volontà di garantire un agevole reperimento di liquidità solamente a quelle imprese che non manifestassero segnali di sofferenza prima della pandemia da Covid-19.

Si tratta di una opzione che però avrà, inevitabilmente, dei costi sociali. Il fatto di ammettere alle facilitazioni del d.l. n. 23 solamente le imprese che alla data del 31 gennaio 2020 non soffrivano inadempienze probabili o scadute o sconfinanti deteriorate (come definite dalla nota circolare 30 luglio 2008, n. 272 della Banca d'Italia), in effetti, rischia di ingenerare in un ampissimo numero di imprese una quasi inevitabile deriva fallimentare.

Si comprende l'idea di fondo: intervenire sulle imprese la cui sofferenza è stata ingenerata, e non anche amplificata, dalla pandemia; e tuttavia è inevitabile chiedersi l'effetto do-

mino derivante dal non permettere una integrazione di liquidità a quelle imprese che si trovavano in difficoltà anche precedentemente al blocco di produzione.

Invece, più convincente è il modello scelto sia per la valutazione del rischio di credito (che in effetti, quasi obbligatoriamente) oggi non potrebbe tenere conto del parametro andamentale (che prevede di valutare, tra l'altro, le esposizioni di cassa) ovvero dei criteri utilizzati per determinare il livello di finanziamento garantibile. In questo caso, la possibilità di utilizzare alternativamente come base il doppio della spesa salariale annua del beneficiario per il 2019, il fabbisogno per i costi del capitale di esercizio ed investimento nei successivi 12 o 18 mesi, ovvero il 25% del fatturato totale del beneficiario nel 2019, sembra in effetti una innovazione (si consideri che essa non era prevista nel decreto originale) che dovrebbe permettere una rappresentazione coerente degli effettivi bisogni aziendali post Covid-19.

Allo stato (al tempo in cui si scrive) il ricorso ai nuovi strumenti di garanzia è stato estremamente limitato¹⁰. Resta da capire quali saranno gli sviluppi futuri nonché se ciò derivi da un mancato apprezzamento delle novità da parte delle imprese, un ritardo del sistema bancario nel recepire le nuove opportunità, o magari financo da una tendenziale sfiducia del ceto imprenditoriale nei confronti di un provvedimento che, mutato più volte, è risultato agli operatori di più che difficile lettura.

¹⁰ Alla data di stesura del presente commento, va in effetti ricordato che solo il 13% per cento degli imprenditori italiani ha scelto di chiedere un prestito avvalendosi delle nuove regole sulle garanzie statali. Secondo l'Ufficio studi della Cgia di Mestre, ad esempio, le domande sarebbero state 715.776 per un importo complessivo pari a 41 miliardi di euro su una platea complessiva di beneficiari di circa 5.460.000 unità, diversamente distribuiti tra le diverse regioni italiane. La regione dove i finanziamenti sono stati richiesti maggiormente sembra le Marche, con una percentuale del 17,8%, seguita a ruota da Emilia-Romagna con il 16,4%, la Toscana con il 16,2% e l'Umbria con il 14,8%. Nel mezzogiorno invece l'incidenza è più limitata, con l'11,1% in Calabria, l'11 in Sicilia, il 10 in Molise, ecc.

ACCEDERE AL CREDITO ATTRAVERSO IL FONDO CENTRALE DI GARANZIA: LA RECENTE RIFORMA E LE NUOVE MISURE POST EMERGENZA COVID-19

Lorenzo Gai – Federica Ielasi – Maria Cristina Arcuri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Fondo Centrale di Garanzia: profili operativi. – 3. Il Fondo Centrale di Garanzia: potenziali beneficiari. – 4. La riforma introdotta nel marzo 2019. – 5. Una prima verifica empirica su dati pubblici. – 6. Il ruolo del Fondo Centrale di Garanzia nell'emergenza Covid-19. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente capitolo si pone l'obiettivo di esaminare l'evoluzione del ruolo e dell'operatività del Fondo Centrale di Garanzia, d'ora in poi Fondo Centrale o semplicemente Fondo, come strumento di accesso al credito per le Piccole e Medie Imprese (PMI) e i professionisti.

Esso rappresenta uno strumento gestito da Mediocredito Centrale, per conto del Ministero dello Sviluppo Economico, attraverso il quale l'Unione Europea (UE) e lo Stato italiano supportano PMI e professionisti nell'ottenimento di un finanziamento. Il Fondo, infatti, offre una garanzia pubblica che può essere attivata a fronte di prestiti concessi da banche, società di leasing e altri intermediari finanziari, senza tuttavia intervenire direttamente nel rapporto finanziatore-cliente.

Il Fondo è stato istituito dalla l. n. 662/1996 ed è operativo dal gennaio 2000. Oggi rappresenta il principale strumento nazionale in materia di accesso al credito delle PMI e uno dei principali schemi di garanzia pubblica per l'accesso al credito in Europa¹.

L'attività del Fondo Centrale è infatti aumentata progressivamente nel corso del tempo, con un forte impulso negli ultimi anni. Nel 2019, sono state accolte 124.954 domande (a fronte delle 125.918 domande presentate), favorendo l'erogazione di finanziamenti per 19.375 milioni di euro, garantiti per 13.342 milioni di euro. Il numero delle imprese garantite è stato di 84.404, con un aumento dello 1,4% rispetto al 2018².

L'operatività del Fondo Centrale è stata recentemente interessata da una riforma, il cui

¹ Banca d'Italia, *Public credit guarantees and financial additionalities across SME risk classes. Working paper n. 1265*, by Ciani E., Gallo M., Rotondi, Z., 2020; Banca d'Italia, *Public guarantees on loans to SMEs: an RDD evaluation, working paper n. 1111*, by de Blasio G., De Mitri S., D'Ignazio A., Finaldi Russo P., Stoppani L., 2017.

² Fonte: <https://www.fondidigaranzia.it/>.

decreto attuativo è entrato in vigore il 15 marzo 2019. La riforma in questione ha avuto l'obiettivo di ampliare la platea delle PMI potenzialmente beneficiarie – supportando maggiormente proprio le imprese con un livello di rischio superiore – ma anche “riposizionare” su basi diverse e più strutturate il rapporto tra i diversi intermediari finanziari che possono operare come finanziatori e garanti delle imprese. La riforma ha introdotto un nuovo modello di rating, più articolato del precedente e sviluppato secondo un approccio di tipo bancario.

La crisi economica che ha fatto seguito all'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha innescato nuove e straordinarie risposte da parte del Governo italiano, entro cui rientrano misure speciali di rafforzamento del ruolo e dell'operatività del Fondo, che oggi rappresenta uno dei principali canali di sostegno pubblico alla concessione di credito al sistema imprenditoriale del nostro Paese. In particolare, le novità introdotte prevedono un forte incremento della dotazione finanziaria del Fondo Centrale e della platea delle imprese beneficiarie, nonché una semplificazione delle procedure di accesso e un ampliamento delle coperture della garanzia offerta. In seguito alle misure introdotte, il Ministero dello Sviluppo economico e Mediocredito Centrale segnalano che le richieste di garanzie pervenute al Fondo dal 17 marzo al 9 giugno 2020 risultano superiori a 576 mila, per un importo complessivo di oltre 28 miliardi di euro.

Poiché il Fondo Centrale agevola l'accesso al credito delle PMI attraverso la concessione di una garanzia pubblica, si ritiene di particolare interesse valutare l'efficacia e la sostenibilità dei suoi interventi.

Il presente studio si propone di fornire un'analisi dell'evoluzione del ruolo del Fondo, alla luce della riforma che lo ha interessato nel corso del 2019 e degli interventi ad esso relativi posti dal Governo italiano per fronteggiare l'emergenza Covid-19. In particolare, i paragrafi 2 e 3 descrivono le caratteristiche e l'attività del Fondo Centrale, entrando nel dettaglio delle diverse tipologie di garanzia offerte e dei potenziali destinatari. Il paragrafo 4 spiega i principali contenuti della riforma del Fondo del 2019, approfondendo il nuovo modello di valutazione del merito creditizio dei soggetti richiedenti la garanzia pubblica. Il paragrafo 5 presenta un'analisi preliminare dell'efficacia dei relativi interventi, svolta al fine di comprendere se le caratteristiche delle operazioni di garanzia concesse e le peculiarità delle imprese garantite possano incidere sulla probabilità di default delle stesse imprese. Il paragrafo 6 espone il contenuto delle nuove misure messe in atto dal Governo italiano nel corso del 2020, analizzando in particolare le nuove dotazioni finanziarie, i nuovi strumenti e le nuove procedure di accesso al Fondo, alla luce delle difficoltà economiche e sociali derivanti dall'emergenza Covid-19. Infine, il paragrafo 7 offre conclusioni e spunti di riflessione.

2. Il Fondo Centrale di Garanzia: profili operativi

Gli schemi di garanzia pubblica per l'accesso al credito (*Public Credit Guarantee Schemes*) sono fondi istituiti dai Governi per ridurre le perdite finanziarie delle banche in caso di insolvenza dei soggetti finanziati, attraverso l'offerta di garanzie dirette, co-garanzie, controgaranzie o riassicurazioni³.

³ P. Asdrubali, S. Signore, *The Economic Impact of EU Guarantees on Credit to SMEs. Evidence from CE-*

In particolare, il Fondo Centrale non partecipa al rapporto tra i finanziatori e le PMI, ma opera concedendo garanzie in favore dei soggetti beneficiari con le modalità seguenti:

- a) garanzia diretta, su richiesta dei datori di fondi (le banche), anche in qualità di capofila di pool di soggetti finanziatori;
- b) riassicurazione e controgaranzia, su richiesta dei soggetti garanti (confidi o altri fondi di garanzia), anche in qualità di capofila di pool di soggetti garanti.

Con riferimento alla prima modalità, la garanzia diretta, la garanzia del Fondo consente alle PMI di accedere più agevolmente al finanziamento bancario grazie al trasferimento, per la quota del prestito garantita dal Fondo, del rischio di insolvenza del prestatore dalla banca finanziatrice al Fondo. In pratica, la PMI o il professionista si rivolge alla banca per richiedere un finanziamento e, contestualmente, richiede che sul finanziamento sia acquisita la garanzia diretta. Sarà la stessa banca ad occuparsi della domanda.

Riguardo alla seconda modalità, i soggetti garanti possono richiedere la riassicurazione e la controgaranzia congiuntamente sulla stessa operazione finanziaria solo se le garanzie da essi concesse siano dirette, esplicite, incondizionate, irrevocabili ed escutibili a prima richiesta del soggetto finanziatore, anche attraverso un congruo acconto. Qualora le garanzie concesse dai soggetti garanti non abbiano le predette caratteristiche, i soggetti garanti possono richiedere solo la riassicurazione. Si precisa che tutte le banche sono abilitate a presentare le domande, mentre occorre rivolgersi a un confidi accreditato.

Con la riforma del 2019, che sarà approfondita nel quarto paragrafo, viene chiarita la differenza tra controgaranzia e riassicurazione. La controgaranzia è definita come la garanzia concessa dal Fondo ai soggetti garanti, attivabile dai soggetti finanziatori in caso di doppio *default* (dell'impresa beneficiaria e del soggetto garante). La riassicurazione dà luogo al reintegro da parte del Fondo, nei limiti della misura di copertura, di quanto già liquidato dai soggetti garanti ai soggetti finanziatori. La controgaranzia è, di norma, concessa nella stessa misura in cui è rilasciata, sulla stessa operazione finanziaria, la riassicurazione. Una misura più elevata della controgaranzia rispetto alla riassicurazione, pari al 100% dell'importo garantito dal soggetto garante nei confronti del soggetto finanziatore, è riconosciuta ai soggetti garanti "autorizzati".

I *Public Credit Guarantee Schemes* sono volti ad agevolare l'accesso al credito soprattutto di particolari tipologie di imprese, essenzialmente PMI e start up, che sono, spesso, svantaggiate in termini di maggiore costo del credito e garanzie richieste dai soggetti finanziatori⁴.

SEE Countries, in *EIF Research & Market Analysis*, working paper n. 29, 2015; ADB-OECD, *Study on Enhancing Financial Accessibility for SMEs. Lessons from recent crises*, 2014, disponibile su <https://www.oecd.org/cfe/smes/adb-oecd-study-enhancing-financial-accessibility-smes.pdf>; KPMG, *Credit access guarantees: a public asset between the State and the market. International survey on guarantee market players*, 2012, disponibile su <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2013/06/KPMG-Credit-access-guarantees-public-asset-between-State-Market.pdf>; OECD, *Financing SMEs and Entrepreneurs 2013: an OECD scoreboard. Final paper*, 2013.

⁴ A.N. Berger, G.F. Udell, *A More Complete Conceptual Framework for SME Finance*, in *Journal of Banking and Finance* 30/11, 2006, 2945-2966; European Central Bank, *Survey on the Access to Finance of Enterprises in the euro area*, 2018, disponibile su <https://www.ecb.europa.eu/stats/accesstofinancesofenterprises/pdf/ecb.accesstofinancesmallmediumsizedenterprises201806.en.pdf?39a5afa92e40c051dfb5dde764306ba>; P. Le-

Le normative nazionali stabiliscono le percentuali massime di copertura della garanzia rispetto all'importo complessivo del finanziamento, nonché l'importo massimo garantito. Tali condizioni possono essere differenti in funzione dell'importo e della tipologia di operazione garantita, a breve o a medio-lungo termine, per liquidità o per investimenti. L'importo massimo garantito può essere frazionato su diverse operazioni, fino al raggiungimento del tetto previsto, con o senza un limite al numero di operazioni effettuabili dai singoli soggetti.

La situazione economico-finanziaria mondiale degli ultimi anni ha indotto i Governi a sviluppare ulteriori programmi di garanzia e a rafforzare quelli esistenti con dotazioni finanziarie aggiuntive, al fine di stimolare indirettamente la crescita e la creazione di posti di lavoro⁵. Diversi studi sono concordi nell'affermare che le banche considerano gli schemi di garanzia pubblica per l'accesso al credito il supporto governativo più comune ed efficace per il *lending* alle PMI (prima del credito diretto e dei prestiti o tassi di interesse agevolati)⁶.

In generale, l'accesso al credito è strumentale allo sviluppo economico ed è proprio in quest'ottica che gli schemi di garanzia pubblica per l'accesso al credito operano. L'obiettivo non è incentivare il sovraindebitamento⁷, quanto piuttosto supportare l'accesso al credito di imprese meritevoli e ottimizzare così l'allocazione del credito. I modelli di valutazione dei potenziali beneficiari risultano finalizzati a ridurre il rischio cui anche il Governo nazionale è esposto in quanto prestatore di ultima istanza⁸. Un tema rilevante è quindi quello della valutazione dell'efficacia dell'intervento pubblico nella garanzia dei prestiti, alla luce delle diverse forme di garanzia⁹.

one, G.A. Vento, *Credit guarantee institutions and SME finance*, Palgrave Macmillan, London, 2012; J. Levitsky, *Credit guarantee schemes for SMEs – an international review*, in *Small Enterprise Development* 8/2, 1997, 4-17; A. Riding, J. Madill, G. Haines Jr., *Incrementality of SME loan guarantees*, in *Small Business Economics* 29/1-2, 2007, 47-61; S. Zecchini, M. Ventura, *The impact of public guarantees on credit to SMEs*, in *Small Business Economics*, 2009, 191-206; P. Zhang, Y. Ye, *Study on the Effective Operation Model of Credit Guarantee system for small and medium enterprises in China*, in *International Journal of Business and Management* 5/9, 2010, 99-106.

⁵ S. Holton, F. McCann, K. Prendergast, D. Purdue, *Policy measures to improve access to credit for SMEs: a survey*, in *Quarterly Bulletin Articles*, Central Bank of Ireland, 2013, 91-110.

⁶ T. Beck, A. Demingüç-Kunt, *Small and Medium-Size Enterprises: Access to Finance as a Growth Constraint*, in *Journal of Banking and Finance* 30/11, 2006, 2931-2943; C. Cardone-Riportella, A. Trujillo-Ponce, A. Briozzo, *Analyzing the Role of Mutual Guarantee Societies on Bank Capital Requirements for Small and Medium-Sized Enterprises*, in *Journal of Economic Policy Reform* 16/2, 2013, 142-159; L. Gai, F. Rossi, E. Catelani, *Public policies and venture capital in supporting SMEs: an economic comparison of available instruments*, in *Strategic Change* 19/7-8, 2010, 293-302; L. Gai, F. Ielasi, *Operational drivers affecting credit risk of mutual guarantee institutions*, in *The Journal of Risk Finance* 15/3, 2014, 275-293; R. Vogel, D. Adams, *Costs and benefits of loan guarantee programs*, in *The Financier* 4, 1997, 22-29.

⁷ M. Hudon, *Should access to credit be a right?*, in *Journal of Business Ethics* 84, 2009, 17-28.

⁸ A.W.A. Boot, A.V. Thakor, *Moral hazard and secured lending in an infinitely repeated credit market game*, in *International Economic Review* 35, 1994, 899-917; R.ubb, A. Kaufman, *Securitization and moral hazard: evidence from a lender cut off rule*, in *Public policy discussion papers*, Federal Reserve Bank of Boston, 2009; B. Hartman-Glaser, T. Piskorski, A. Tchistyi, *Optimal securitization with moral hazard*, in *Journal of Financial Economics* 104/1, 2012, 186-202; G. Jemenez, J. Saurina, *Collateral, type of lender and relationship banking as determinants of credit risk*, in *Journal of Banking and Finance* 28/9, 2004, 2192-2212.

⁹ M.C. Arcuri, L. Gai, F. Ielasi, *Public Credit Guarantee Schemes in supporting SMEs: an evaluation of effectiveness and impacts*, in *International Journal of Business and Management* 15/1, 2020, 174-189; S. Caselli, G. Corbetta, M. Rossolini, V. Vecchi, *Public Credit Guarantee Schemes and SMEs' profitability: evidence from Italy*, in *Journal of Small business management* 57, 2019, 555-578.

La possibilità di ottenere una controgaranzia pubblica sembra contribuire ad aumentare il volume delle garanzie concesse dai confidi e a migliorare la credibilità, la reputazione e la sostenibilità dei sistemi di garanzia privata, anche durante i periodi di crisi¹⁰. La controgaranzia offerta dal Fondo Centrale fa sì che solo una piccola parte del rischio resti a carico del garante di primo livello, il che consente ai confidi di accrescere la propria operatività senza assumere più rischio. Dal punto di vista pubblico, una controgaranzia non richiede un flusso di cassa negativo immediato per il Governo, poiché il pagamento avviene solo quando il garante principale esercita la controgaranzia, ovvero in caso di inadempienza del mutuatario¹¹. In termini di impatto sulle PMI, la controgaranzia ai confidi, rispetto alla garanzia diretta offerta alle banche, genera maggiori opportunità di accesso al credito: dato un certo importo di fondi pubblici, il numero di imprese assistite è più elevato nei casi di controgaranzia rispetto alle garanzie dirette, perché una parte del rischio continua ad essere allocata presso il garante di primo livello¹². Alcuni studi evidenziano anche la presenza di tassi di interesse mediamente più bassi in presenza di un confido¹³. Altri autori evidenziano che le imprese italiane controgarantite sono meno esposte a situazioni di stress finanziario¹⁴. Tuttavia, i confidi potrebbero essere caratterizzati da un problema di *adverse selection*, riconducibile alla possibilità di attrarre le imprese più rischiose. Alcuni studi mostrano che le imprese controgarantite sono caratterizzate, *ceteris paribus*, da un maggior livello di rischio di default rispetto a PMI senza una *mutual guarantee*¹⁵.

3. Il Fondo Centrale di Garanzia: potenziali beneficiari

Il Fondo Centrale rappresenta uno strumento di politica economica specificamente dedicato alle PMI e ai professionisti. In particolare, questi ultimi devono essere soggetti iscritti a un ordine professionale o aderenti a un'associazione professionale iscritta nell'apposito elenco del Ministero dello Sviluppo Economico. La definizione di PMI a cui si fa riferimento è invece quella adottata dalla Commissione Europea (CE) con Raccomandazione 8 maggio 2003, n. 361. In particolare, nell'ambito della categoria delle PMI, si considera:

¹⁰ European Commission, *Guarantees and Mutual Guarantees. Report to the Commission by an Independent Expert Group*, 2005; AECM, *Guarantees and the Recovery: the impact of anti-crisis guarantee measures. Secretariat General AECM Brussels (Belgium)*, 2010, disponibile su <https://aecm.eu/wp-content/uploads/2015/07/report-on-performance-of-anti-crisis-guarantee-measures1.pdf>; T. Beck, L. Klapper, J. Mendoza, *The typology of partial credit guarantee funds around the world*, in *Policy research working paper n. 4771*, The World Bank, 2008.

¹¹ S. Arping, G. Loranth, A.D. Morrison, *Public initiatives to support entrepreneurs: Credit guarantees versus co-funding*, in *Journal of Financial Stability* 6/1, 2010, 26-35; P. Honohan, *Partial credit guarantees: principles and practice*, in *Journal of Financial Stability* 6/1, 2008, 1-9.

¹² L. Erzegovesi, *Verso un nuovo modello di equilibrio gestionale dei consorzi fidi*, in *Banca, Credito e Rischi. Saggi in onore di Tancredi Bianchi*, a cura di M. Comana, Vol. 2, Roma, 2009, 115-132.

¹³ F. Columba, L. Gambacorta, P.E. Mistrulli, *Mutual guarantee institutions and small business finance*, in *Journal of Financial Stability* 6, 2010, 45-54; P. Mistrulli, V. Vacca, *Mutual guarantee institutions and small business credit during the crisis*, in *Occasional paper 105*, Bank of Italy, 2011.

¹⁴ F. Bartoli, G. Ferri, P. Murro, Z. Rotondi, *Bank-firm relations and the role of Mutual Guarantee Institutions at the peak of the crisis*, in *Journal of Financial Stability* 9/1, 2013, 90-104.

¹⁵ Banca d'Italia, *Public guarantees on loans to SMEs*, cit.

– “media”, un’impresa che occupa meno di 250 persone e realizza un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure, in alternativa al parametro del fatturato, il cui totale di bilancio annuo non superi i 43 milioni di euro;

– “piccola”, un’impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo, in alternativa al parametro del fatturato, non superiore a 10 milioni di euro;

– “micro”, un’impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo, in alternativa al parametro del fatturato, non superiore a 2 milioni di euro.

I soggetti beneficiari sono ammissibili alla garanzia se svolgono una qualsiasi attività economica, ad eccezione di quelle rientranti nelle seguenti sezioni (classificazione ATECO 2007):

- a) K – Attività finanziarie e assicurative;
- b) O – Amministrazione pubblica e difesa; assicurazione sociale obbligatoria;
- c) T – Attività di famiglie e convivenze come datori di lavoro per personale domestico; produzione di beni e servizi indifferenziati per uso proprio da parte di famiglie e convivenze;
- d) U – Organizzazioni ed organismi extraterritoriali.

Fino al 19 luglio 2020 risultavano escluse dall’accesso al Fondo anche le imprese appartenenti alla sezione A – Agricoltura, silvicoltura e pesca. In tale ambito, erano ammissibili alla garanzia solamente i soggetti beneficiari finali che esercitavano a titolo prevalente, sulla base del fatturato registrato nell’ultimo esercizio, le seguenti attività:

- a) attività di supporto all’agricoltura e attività successive alla raccolta;
- b) caccia, cattura di animali e servizi connessi;
- c) silvicoltura ed utilizzazione di aree forestali.

Inoltre, i soggetti beneficiari finali svolgenti una qualsiasi attività economica tra quelle rientranti nella sezione “A – Agricoltura, silvicoltura e pesca” erano ammissibili se la richiesta di riassicurazione e/o controgaranzia veniva presentata da un confidi operante nei settori agricolo, agroalimentare e della pesca.

Tuttavia, l’emanazione della Circolare operativa n. 14/2020 del Medio Credito Centrale, in attuazione del Decreto “Cura Italia”, ha esteso l’accesso diretto al Fondo anche alle PMI del comparto primario. In questa fase, operativa dal 20 luglio 2020, tali realtà possono presentare le sole richieste di garanzia ai sensi delle misure temporanee in materia di aiuti di Stato a sostegno dell’economia nell’ambito dell’emergenza Covid-19. La novità risulta comunque di estrema rilevanza per il settore agricolo.

Nel caso in cui invece i soggetti beneficiari finali siano *start up*, essi sono ammissibili alla garanzia se:

- a) le richieste di ammissione alla garanzia sono relative ad operazioni finanziarie finalizzate alla realizzazione di un programma di investimento;
- b) i mezzi propri dagli stessi versati sono pari ad almeno il 25% dell’importo del programma di investimento.

Qualora i mezzi propri non siano stati già versati, alla data della presentazione della ri-

chiesta di ammissione alla garanzia, nella misura di cui alla lett. b), l'ammissione deliberata dal Consiglio di gestione del Fondo è condizionata al versamento dei mezzi propri entro 6 mesi dalla data di delibera di ammissione. Entro tre mesi dalla data del versamento, i soggetti richiedenti devono poi comunicare l'avvenuto versamento al gestore del Fondo. Infine, le start up sono ammesse nel caso di richieste di riassicurazione e/o controgaranzia presentate da un soggetto garante autorizzato.

Per poter accedere alla garanzia, le imprese non devono:

- a) essere "in difficoltà", ai sensi di quanto previsto dal "regolamento di esenzione";
- b) presentare, alla data della domanda, sulla posizione globale di rischio, esposizioni classificate come sofferenze (ai sensi della Circolare n. 272/2008 della Banca d'Italia);
- c) presentare, alla data della domanda, esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate come inadempienze probabili o scadute e/o sconfinanti deteriorate (ai sensi della predetta Circolare n. 272/2008);
- d) essere in stato di scioglimento o di liquidazione, essere sottoposte a procedure concorsuali per insolvenza o ad accordi stragiudiziali o piani asseverati o ad accordi di ristrutturazione dei debiti.

Le operazioni finanziarie, inoltre, devono avere durata/scadenza stabilita e certa.

In generale, il soggetto garantito, PMI o professionista, deve essere giudicato dal Fondo capace di rimborsare il finanziamento garantito. I soggetti beneficiari finali sono quindi ammessi alla garanzia previa valutazione del merito di credito da parte del Gestore del Fondo sulla base del relativo modello di valutazione. Tale valutazione risultava in passato basata esclusivamente sulla situazione economico-finanziaria risultante dall'analisi dei bilanci (o delle dichiarazioni fiscali) degli ultimi due esercizi¹⁶. Oggi il giudizio espresso dal Gestore del Fondo include anche un'analisi di tipo andamentale, basata sulle informazioni contenute nella Centrale dei Rischi gestita da Banca d'Italia.

4. La riforma introdotta nel marzo 2019

Il 15 marzo 2019 è entrato in vigore il decreto attuativo della riforma del Fondo di Garanzia delle PMI, che ha tra le sue principali novità l'introduzione di un nuovo modello di valutazione, basato sulla probabilità di inadempimento. Le altre maggiori novità sono le seguenti: rimodulazione delle coperture in funzione inversa della rischiosità del prestatore; nuovi requisiti di accesso alla garanzia (riferiti sia al prestatore che all'operazione finanziaria); distinzione tra intervento del Fondo in "riassicurazione" e in "controgaranzia"; importo massimo garantito dal Fondo per impresa sempre pari a euro 2.500.000, a prescindere dalla tipologia di impresa o di operazione finanziaria; nuovi criteri per l'autorizzazione dei confidi, riferiti all'adeguatezza patrimoniale, alla solvibilità, all'efficienza e all'accuratezza della gestione; operazioni a rischio tripartito; nuova disciplina per le operazioni a fronte di investimenti; una commissione per il mancato perfezionamento delle operazioni garantite dal Fondo.

¹⁶ Le start up sono valutate sulla base di piani previsionali.

Gli obiettivi della riforma del 2019 possono essere sintetizzati nei seguenti punti:

- 1) valutazione del merito di credito dei soggetti beneficiari finali più precisa rispetto ai modelli di *scoring* precedentemente utilizzati;
- 2) miglior utilizzo delle risorse del Fondo attraverso l'individuazione di percentuali di accantonamento a titolo di coefficiente di rischio diversificate in base alla rischiosità del soggetto beneficiario finale;
- 3) possibilità di modulare le percentuali di copertura del Fondo in funzione della rischiosità dei soggetti beneficiari finali.

Il presente capitolo intende focalizzarsi sul primo pilastro della riforma, rappresentato dal passaggio da un sistema di valutazione basato su *credit scoring* a un più fine modello di valutazione del merito creditizio delle imprese, simile ai modelli di *rating* utilizzati dalle banche. Il modello di valutazione del merito creditizio pre riforma era basato sulla considerazione di quattro indicatori applicati ai dati degli ultimi due bilanci dell'impresa (Tabella 1).

Tabella 1. – *Indicatori finanziari inclusi nel sistema di scoring pre riforma.*

Indicatori	Valore di riferimento
A) (Mezzi propri + Debiti a medio-lungo termine)/Immobilizzazioni	≥100%
B) Mezzi propri/Totale del passivo	≥10%
C) Margine Operativo Lordo (MOL)/Oneri finanziari lordi	≥2
D) MOL/Fatturato	≥8%

Fonte: Fondo Centrale di Garanzia (2015), *Disposizioni operative*.

La Tabella 2 mostra i punti assegnati alle PMI in base ai valori di riferimento degli indicatori.

Tabella 2. – *Sistema di scoring pre riforma.*

Valore	Punti
“A” (100%	3
50% < “A” < 100%	2
0 < “A” (50%	1
“A” (0	0
“B” (10%	3
6% < “B” < 10%	2

segue

0 < "B" (6%	1
"B" (0	0
"C" (2	3
2 > "C" (1.5	2
1.5 > "C" (1	1
"C" < 1	0
"D" (8%	3
8% > "D" (5%	2
5% > "D" (3%	1
"D" < 3%	0

FONTE: *Fondo Centrale di Garanzia* (2015), *Disposizioni operative*.

Il punteggio totale di ogni impresa "X" poteva variare tra un minimo di 0 punti e un massimo di 12 punti. Le imprese erano suddivise nei tre seguenti livelli:

Livello	Punteggio impresa
A	"X" ≥ 9
B	"X" pari a 7 o 8
C	"X" < 7

Il modello di valutazione post riforma integra due moduli:

1) Modello economico-finanziario, che analizza i dati contabili estratti dagli ultimi due bilanci (o dalle ultime due dichiarazioni fiscali nel caso di imprese diverse dalla società di capitali);

2) Modello andamentale, che esamina le informazioni della Centrale dei Rischi (dati di accordato e utilizzato del beneficiario dei rischi a scadenza e dell'esposizione per cassa) e dati relativi a contratti rateali, non rateali e carte del beneficiario, forniti da uno o più *credit bureau*, qualora gli stessi siano utilizzati dal soggetto richiedente per la propria valutazione del merito creditizio.

Nell'ambito del modulo economico-finanziario post riforma, a differenza di quanto avveniva in precedenza, il Fondo Centrale calcola il punteggio di base secondo formule specifiche. Si riporta, a titolo di esempio, la formula prevista per le imprese appartenenti al settore manifatturiero:

$$X_{bSDC;SDPDI} = \text{COST} + \sum_{i=1}^n x_i * b_i$$

dove *cost* è la costante, x_i è la variabile e b_i è il coefficiente.

Il Fondo valuta il merito creditizio delle imprese sulla base di un numero elevato di variabili discriminanti, utilizzate in funzione della forma giuridica e del regime di contabilità delle imprese. Per le società di capitali e società di persone/ditte individuali in contabilità ordinaria appartenenti al settore manifatturiero, le variabili, di cui alcune sono *dummy* (D), sono indicate in Tabella 3.

Tabella 3. – *Indicatori finanziari utilizzati nel sistema di scoring post riforma.*

Variabili	Descrizione
V1	Debiti a breve/Fatturato
V2	Oneri finanziari/MOL
D1	Oneri finanziari/MOL (parte negativa)
D2	MOL negativo
V3	Costo dei mezzi di terzi
V4	Liquidità/Fatturato
V5	Rotazione magazzino
V6	Variazione % Fatturato
D3	Variazione % Fatturato negative
D4	Fascia Fatturato
D5	Debiti a breve/Fatturato * Fascia Fatturato
D6	Costo dei mezzi di terzi * Fascia Fatturato
D7	Liquidità/Fatturato * Fascia Fatturato

FONTE: Banca del Mezzogiorno-Medio Credito Centrale (2018).

Il risultato delle formule descritte è sottoposto ad un duplice trattamento¹⁷, distinto per cluster di aziende¹⁸:

- 1) attribuzione *cap* e *floor*;
 - 2) attribuzione valori per le forme indeterminate.
- V* è il valore derivante dal trattamento.

La Tabella 4 riporta, a titolo di esempio, il coefficiente delle variabili per le PMI del settore manifatturiero.

¹⁷ In alcuni casi può essere previsto un pretrattamento alla variabile.

¹⁸ Per approfondimenti si veda Banca del Mezzogiorno, MedioCredito Centrale, *Specifiche tecniche per il calcolo della probabilità di inadempimento ai sensi del nuovo modello di valutazione del Fondo*, 2018.

Tabella 4. – *Coefficienti delle variabili per le PMI del settore manifatturiero.*

Variabile (x_i)	Coefficiente
V ₁ *	1.709764
V ₂ *	1.006155
D ₁	– 1.380646
D ₂	0.52537
V ₃ *	21.7339
V ₄ *	– 3.257383
V ₅ *	– 0.035931
V ₇ *	– 1.842869
V ₆ *	0.874921
D ₃	– 1.318575
D ₄	0.925375
D ₅	– 0.672704
D ₆	– 11.51058
D ₇	1.934049
Costante	– 4.584023

FONTE: *Banca del Mezzogiorno-Medio Credito Centrale* (2018).

L'integrazione dei due moduli, economico-finanziario e andamentale, avviene utilizzando un'apposita matrice e restituisce uno *score* finale, che può essere corretto qualora l'impresa presenti eventi pregiudizievoli. La scala di valutazione è articolata su 5 fasce di merito creditizio, con l'ultima fascia che definisce l'area di "non ammissibilità" al Fondo, con i valori dei *cut off* del tasso di *default* tra le diverse fasce (Tabella 5).

Tabella 5. – *La scala di valutazione del merito creditizio post riforma.*

FASCIA	AREA	Tasso di <i>default</i> (valori dei <i>cut off</i>)	DESCRIZIONE	DISTRIBUZIONE DEL CAMPIONE*
1	Sicurezza	0,12%	Soggetto caratterizzato da un profilo economico e da una capacità di far fronte agli impegni molto buoni. Il rischio di credito è basso.	3,22%
2	Solvibilità	1,02%	Soggetto caratterizzato da un'adeguata capacità di far fronte agli impegni finanziari. Il rischio di credito è contenuto.	20,59%
3	Vulnerabilità	3,62%	Soggetto caratterizzato da tratti di vulnerabilità. Il rischio di credito è accettabile.	44,29%
4	Pericolosità	9,43%	Soggetto caratterizzato da elementi di fragilità. Il rischio di credito è significativo.	23,87%
5	Rischiosità	> 9,43%	Soggetto caratterizzato da problemi estremamente gravi, che pregiudicano la capacità di adempiere alle obbligazioni assunte, ovvero già in stato di default. Il rischio di credito è elevato.	8,04%

* Il campione utilizzato per lo sviluppo del modello di valutazione del Fondo è formato da 272.000 PMI ed è stato costruito replicando la distribuzione del portafoglio del Fondo (in termini di forma giuridica, settori di attività, dimensione, ecc.)

Si precisa che sono ammissibili alla garanzia senza valutazione del merito di credito:

i. le *start up innovative* e gli *incubatori certificati* qualora:

– sull'operazione finanziaria non sia acquisita alcuna garanzia, reale, assicurativa o bancaria;

– il soggetto richiedente abbia preventivamente acquisito apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale il rappresentante legale o procuratore speciale dell'impresa o dell'incubatore ne attesta l'iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle imprese istituita ai sensi dell'art. 25, comma 8, d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012;

ii. i soggetti beneficiari finali in favore dei quali è richiesta la garanzia per le seguenti tipologie di operazioni finanziarie:

- operazioni di microcredito¹⁹;
- operazioni finanziarie di importo ridotto²⁰;
- operazioni finanziarie a rischio tripartito²¹;
- operazioni Resto al Sud²².

¹⁹ Per "operazioni di microcredito" si intendono i finanziamenti concessi ai soggetti beneficiari finali ai sensi di quanto previsto dall'art. 111, comma 1, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e dal Titolo I del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 17 ottobre 2014, n. 176.

²⁰ Le "operazioni finanziarie di importo ridotto" sono le operazioni finanziarie di cui all'art. 6, comma 2, lett. d), del decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, 6 marzo 2017, di importo non superiore a euro 25.000,00 per singolo soggetto beneficiario finale, ovvero a euro 35.000,00 qualora la richiesta di garanzia sia presentata da un soggetto garante autorizzato;

²¹ Le "operazioni finanziarie a rischio tripartito" sono le operazioni finanziarie di cui all'art. 8 del decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, 6 marzo 2017, per le quali è prevista un'equa ripartizione del rischio tra soggetto finanziatore, soggetto garante autorizzato e Fondo.

²² Le "operazioni Resto al Sud" sono i finanziamenti di cui all'art. 1, comma 8, lett. b) del d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, a favore delle imprese che hanno ricevuto, a seguito dell'istruttoria effettuata dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. – Invitalia, l'esito positivo di cui all'art. 9, comma 8, del decreto del Ministro per la coesione

Infine, la garanzia non viene concessa in relazione a:

- operazioni finanziarie finalizzate all'estinzione di finanziamenti, di qualsiasi durata, già erogati al beneficiario dallo stesso finanziatore o da altri soggetti finanziatori facenti parte dello stesso gruppo bancario;
- finanziamenti a breve termine (con durata fino a 12 mesi) concessi a beneficiari rientranti nella prima classe di merito di credito del modello di valutazione.

5. Una prima verifica empirica su dati pubblici

Data la natura pubblica della garanzia concessa dal Fondo Centrale, il tema della valutazione dell'efficacia degli interventi è fondamentale. Nel presente paragrafo si propone una prima analisi finalizzata a indagare la sostenibilità finanziaria del Fondo e basata sulla considerazione della solvibilità delle PMI garantite. Coerentemente con la letteratura sono state incluse nell'analisi alcune variabili inerenti le imprese garantite, inclusi i principali indicatori finanziari capaci di misurare redditività, grado di liquidità, solvibilità e struttura finanziaria, l'area geografica di operatività e la dimensione²³. In particolare, le PMI sono state distinte in microimprese, imprese piccole e medie, che occupano, rispettivamente, meno di 10 persone, tra 11 e 50 persone e tra 51 e 250 persone. Ulteriori variabili considerate nell'analisi sono quelle relative alle caratteristiche di un campione di 400 interventi compiuti dal Fondo Centrale tra il 2012 e il 2018, aventi quali destinatari PMI appartenenti al settore manifatturiero (ad esempio, data di concessione e tipo di garanzia concessa). Le fonti dati per le informazioni finanziarie sulle imprese e sulle operazioni finanziarie del Fondo sono state, rispettivamente, Aida Bureau van Dijk database e il sito internet dello stesso Fondo Centrale. Sono state incluse, poi, alcune variabili macroeconomiche, come il PIL e il tasso di disoccupazione delle regioni italiane in cui operano le diverse PMI garantite facenti parte del campione.

In particolare, l'obiettivo di questa prima verifica empirica è stato quello di comprendere se la probabilità di default delle PMI garantite è influenzata dal tipo di intervento e dalle caratteristiche degli interventi del Fondo e delle PMI garantite.

La probabilità di default delle imprese è stata approssimata calcolando lo Z'-score di Altman e gli *score* secondo i metodi pre e post riforma del Fondo. Lo Z-score originario di Altman²⁴ è uno dei più noti modelli di previsione di insolvenza delle imprese. Esso è sta-

territoriale e il Mezzogiorno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico, 9 novembre 2017.

²³ A. De Jong, R. Kabir, T. Nguyen, *Capital structure around the world: the roles of firm and country specific determinants*, in *Journal of Banking and Finance* 32/9, 2008, 1954-1969; G. Hall, P. Hutchinson, N. Michaelas, *Determinants of the capital structure of European SMEs*, in *Journal of Business Finance and Accounting* 31/5-6, 2004, 711-728; M. Lawless, B. O'Connell, C. O'Toole, *Financial structure and diversification of European firms*, in *Applied Economics* 47/23, 2015, 2379-2398; R. Libby, *Accounting Ratios and the Prediction of Failure: Some Behavioral Evidence*, in *Journal of Accounting Research* 13/1, 1995, 150-161; M. Psilaki, N. Daskalakis, *Are the determinants of capital structure country or firm specific?*, in *Small Business Economics* 33/3, 2009, 319-333.

²⁴ E.I. Altman, *Financial Ratios. Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy*, in *The Journal of Finance* 23/4, 1968, 589-609.

to, tuttavia, rivisto dal suo autore nel corso del tempo, al fine di poter essere utilizzato per diverse imprese operanti in differenti contesti²⁵. Lo Z''-score²⁶ è, per esempio, la versione adattata alle *private companies*, operanti in contesti diversi. Lo Z''-score è stato pensato per le imprese del settore manifatturiero e non è per le società operanti in paesi in via di sviluppo²⁷. Altman et al.²⁸ hanno, poi, identificato nello Z''-score, lo Z''-score appropriato per le imprese manifatturiere italiane. Le variabili su cui si basa il calcolo dello Z''-score sono le seguenti²⁹:

X_1 = Working Capital/Total Assets
X_2 = Retained Earnings/Total Assets
X_3 = EBIT/ Total Assets
X_4 = Book Value Equity/Total liabilities

Lo Z''-score è calcolato come segue:

$$Z'' = 6.56X_1 + 3.26X_2 + 6.72X_3 + 1.05X_4$$

Al fine di perseguire il fine dichiarato, è stata svolta la seguente regressione lineare multivariata stimata usando gli *ordinary least squares* (OLS):

$$Y_{i,t,(t-1),(t+n)} = \beta_0 + \beta_1 X_{1i,t,(t-1),(t+n)} + \dots + \beta_k X_{ki,t,(t-1),(t+n)} + \varepsilon_i$$

dove: Y è lo Z''-score, lo score del Fondo pre riforma (Score 1) e post riforma (Score 2) per l'operazione *i* al tempo *t*, *t*-1, *t* + *n*, dove *n* è uguale a 1 e 2; x_{1i} , ..., x_{ki} sono le variabili indipendenti, con *i* = 1, 2, ..., *n*. Coerentemente con la metodologia del Fondo, tutte le variabili sono ritardate; ciò consente anche di ovviare a eventuali problemi di endogeneità. ε_i è un termine di errore. La regressione è svolta sul periodo da *t* (anno della concessione della garanzia) a *t* + 2 (due anni dopo la concessione della garanzia). I risultati della verifica empirica sono riportati nella Tabella 6.

²⁵ E.I. Altman, *Revisiting Credit Scoring Models in a Basel 2 Environment*, in *Credit Rating: Methodologies. Rationale and Default Risk*, a cura di Ong M., London, 2002; E.I. Altman, H. Rijken, *Toward a Bottom-Up Approach to Assessing Sovereign Default Risk*, in *Journal of Applied Corporate Finance* 23/1, 2010, 20-31.

²⁶ E.I. Altman, *Corporate Financial Distress*, New York, 1983.

²⁷ E.I. Altman, J. Hartzell, M. Peck, *Emerging Markets Corporate Bonds: A Scoring System*, New York, 1995; E.I. Altman, E. Hotchkiss, *Corporate Financial Distress & Bankruptcy*, Hoboken, 2006.

²⁸ E.I. Altman, A. Danovi, A. Falini, *Z-Score Models' Application to Italian Companies Subject to Extraordinary Administration*, in *Journal of Applied Finance* 23/1, 2013, 128-137.

²⁹ E.I. Altman, J. Hartzell, M. Peck, *Emerging Markets Corporate Bonds*, cit.

Tabella 6. – *Stima degli score (Z''-Score, Score 1 e Score 2).*

Variabili indipendenti	Variabile dipendente		
	Z''-Score	Score 1	Score 2
Costante	0.4028	9.5612	- 1.9217**
Tipo di intervento (controgaranzia)	- 0.6264	0.4154***	- 0.3975***
Ammontare garantito/ Ammontare finanziato	- 1.3026***	0.1574	- 0.7441*
Nord	1.0026***	- 0.5278*	- 0.5863
Centro	0.4481**	- 0.6048*	- 0.4570
Indice Liquidità	1.3268***	- 0.3137***	- 0.6140***
Debt/equity	0.0166***	- 0.0750***	0.0047
MOL/Oneri finanziari	- 0.0005	- 0.0019	- 0.0038
Mezzi propri/Totale attivo	0.0575***	- 0.0015	- 0.0218***
ROI	0.0163**	0.0034	- 0.02539**
ROS	- 0.0136	0.1102***	0.0844***
ROE	0.0007	0.0048	- 0.0057
Log (Totale attivo)	- 0.2071	0.1206*	0.0163
Piccole imprese	- 0.1048	- 0.7931***	0.9288***
Medie imprese	- 0.0389	- 0.4559***	0.7005***
Tasso di disoccupazione	0.0649***	0.0041	- 0.0313
PIL	0.0001	0.0001***	0.0001
<i>R quadro adjusted</i>	0.5703	0.3388	0.1955
<i>Obs.</i>	400	400	400

La tabella riporta la stima di: Z''-score e score del Fondo Centrale, pre riforma (Score 1) e post riforma (Score 2). La significatività è espresso con uno, due o tre asterischi (rifiuto dell'ipotesi di valori uguali a 0 con una probabilità del 10%, 5% o 1%.

Premesso che a valori più elevati dello Z''-score e dello Score 1 corrisponde una minore probabilità di default e viceversa per lo Score 2, i risultati ottenuti confermano che il tipo di intervento del Fondo incide sulla probabilità di default delle imprese garantite. In particolare, coerentemente con la letteratura³⁰, le imprese controgarantite sono caratterizzate da una minore probabilità di default rispetto a quelle che ricevono una garanzia diretta. L'area geografica in cui le imprese operano sembra influenzare la variazione dello Z''-score e dello Score 1 ma l'effetto non è chiaro. Tra gli indicatori finanziari, i più rilevanti sono risultati i seguenti: indice di liquidità, Mezzi propri/Totale attivo e ROI. Essi contribuiscono a ridurre la probabilità di insolvenza delle PMI garantite. Per quanto riguarda la dimensione, i risultati mostrano che minore è la dimensione delle imprese, maggiore è la

³⁰ F. Columba, L. Gambacorta, P.E. Mistrulli, *Mutual guarantee institutions*, cit.; P. Mistrulli, V. Vacca, *Mutual guarantee institutions*, cit.

probabilità di default delle stesse. Infine, le variabili macroeconomiche non sono risultate particolarmente significative.

6. Il ruolo del Fondo Centrale di Garanzia nell'emergenza Covid-19

La pandemia causata dalla diffondersi del virus Covid-19 diffusasi a livello globale nei primi mesi del 2020 ha manifestato i suoi spaventosi effetti negativi dapprima in ambito sanitario e poi anche a livello economico e sociale. Ad oggi appare evidente che ne deriverà una recessione economica globale. La produzione industriale e i consumi sono fortemente diminuiti, gli indici Istat del clima di fiducia dei consumatori e delle imprese hanno subito una forte riduzione, le aspettative sono tutt'altro che positive.

Al fine di evitare che la recessione possa trasformarsi in una lunga depressione, sono fondamentali le misure che i governi nazionali e le istituzioni internazionali hanno introdotto per fronteggiare la situazione. Il governo italiano ha intrapreso diverse misure fiscali finalizzate a contenere gli effetti negativi derivanti dall'emergenza epidemiologica Covid-19 sul sistema economico e sociale nazionale³¹. Tra queste, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, noto come Decreto "Liquidità", ha introdotto importanti novità in materia di finanziamenti agevolati del Fondo Centrale. La volontà di potenziare il ruolo del Fondo Centrale era già stata manifestata nell'ambito del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il cosiddetto Decreto "Cura Italia", che, derogando la normativa vigente prevista dalla l. n. 662/1996, ha introdotto misure speciali orientate a sostenere interventi mirati alla concessione di credito al sistema imprenditoriale del nostro Paese. Il Decreto "Liquidità" (art. 13) ha abrogato la disciplina contenuta nell'art. 49 del precedente Decreto "Cura Italia", incrementando la dotazione finanziaria del Fondo e le coperture delle garanzie, e semplificando le procedure di accesso. Un'altra importante novità consiste nell'ampliamento della platea di potenziali beneficiari, che devono possedere i seguenti requisiti soggettivi:

- 1) imprese con numero di dipendenti non superiore a 499;
- 2) PMI e persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni;
- 3) imprese che in data successiva al 31 dicembre 2019:
 - a) sono state ammesse alla procedura di concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis*, l. fall.;
 - b) hanno stipulato accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis*, l. fall.;
 - c) hanno presentato un piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, l. fall.

Per le imprese appena menzionate, la garanzia viene concessa se, alla data di entrata in vigore del decreto, valgono le seguenti condizioni:

- 1) le esposizioni non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate;
- 2) non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione;

³¹ Per un approfondimento sulle misure adottate dal Governo italiano in seguito all'emergenza Covid-19, si veda <http://www.governo.it/coronavirus-misure-del-governo>.

3) la banca, a seguito dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza.

A completamento di quanto detto, si precisa che la garanzia può essere concessa anche a favore di beneficiari finali che, alla data della richiesta della garanzia, presentano esposizioni nei confronti del finanziatore classificate come "inadempienze probabili" o "scadute o sconfinanti deteriorate" (ai sensi della Circolare 30 luglio 2008, n. 272 della Banca d'Italia e successive modifiche), purché tale classificazione non sia precedente rispetto alla data del 31 gennaio 2020. Restano, invece, escluse, le imprese con esposizioni classificate come "sofferenze" secondo quanto previsto dalla disciplina bancaria.

Riguardo alle caratteristiche dei finanziamenti e all'importo garantito dal Fondo, il Decreto "Liquidità" prevede un importo massimo garantito di 5 milioni di euro per ogni soggetto e tre opzioni di finanziamento:

1) fino a 25.000 euro con copertura al 100% da parte del Fondo, in garanzia diretta e riassicurazione, per i nuovi finanziamenti verso PMI e persone fisiche che esercitano attività di impresa, arti o professioni che autodichiarino che la propria attività sia stata danneggiata dall'emergenza Covid-19;

2) fino a 800.000 euro, con copertura al 90% da parte del Fondo, che può arrivare al 100% a seguito di cumulo con un'ulteriore garanzia concessa da confidi o altri soggetti abilitati al rilascio di garanzie, per i nuovi finanziamenti verso soggetti con ammontare di ricavi non superiore a 3.200.000 euro, senza valutazione andamentale, che autocertifichino che la propria attività sia stata danneggiata dall'emergenza Covid-19;

3) fino a 5.000.000 euro, con una garanzia diretta incrementata al 90% dell'ammontare di ciascuna operazione finanziaria, per le operazioni finanziarie con durata fino a 72 mesi, senza valutazione andamentale. Per quanto riguarda la prima opzione di finanziamento, dovrà prevedersi:

1) che l'inizio del rimborso del capitale avvenga a partire da 24 mesi dall'erogazione;

2) una durata fino a 72 mesi;

3) un importo finanziato non superiore al 25% dei ricavi del beneficiario risultanti dall'ultimo bilancio depositato o dall'ultima dichiarazione fiscale presentata³² e, comunque, non superiore a 25.000 euro.

La procedura di concessione della garanzia nella prima opzione di finanziamento è automatica, gratuita e senza alcuna valutazione del merito creditizio. Il soggetto finanziatore eroga il finanziamento garantito dal Fondo dopo aver verificato il possesso dei requisiti formali e senza aspettare l'esito dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo.

Con riferimento alla seconda opzione di finanziamento, l'importo finanziato non dovrà essere superiore al 25% dei ricavi del beneficiario e, comunque, non superiore a 800.000 euro. Infine, per la terza opzione di finanziamento, l'importo totale finanziabile non può superare, alternativamente, i seguenti parametri:

1) il doppio della spesa salariale (inclusi oneri sociali e costo del personale che lavora

³² I soggetti costituiti dopo il 1° gennaio 2019 devono presentare un'autocertificazione.

nel sito dell'impresa ma che figura nel libro paga dei subcontraenti) annua del beneficiario per il 2019 o per l'ultimo anno disponibile³³;

2) il 25% del fatturato totale 2019 del beneficiario;

3) il fabbisogno, autocertificato, per costi del capitale di esercizio e costi di investimento nei successivi 18 mesi per le PMI e nei successivi 12 mesi per imprese con numero di dipendenti non superiore a 499.

È, inoltre, possibile accedere alla garanzia diretta del Fondo, nella misura dell'80%, per finanziamenti a fronte di rinegoziazione del debito del beneficiario, purché il nuovo finanziamento preveda che sia erogato credito aggiuntivo per almeno il 10% del debito accordato in essere relativo al finanziamento oggetto di rinegoziazione.

Per i finanziamenti per cui, per effetto dell'emergenza Covid-19, le banche o gli intermediari finanziari hanno accordato la sospensione del pagamento delle relative rate (o della sola quota capitale) o l'allungamento della scadenza, su operazioni ammesse alla garanzia del Fondo, la durata della garanzia è anch'essa estesa di conseguenza.

La garanzia del Fondo può essere richiesta anche su operazioni finanziarie perfezionate ed erogate dal finanziatore da non oltre 3 mesi dalla presentazione della richiesta e, ad ogni modo, in successiva al 31 gennaio 2020. Il finanziatore dovrà fornire al gestore del Fondo una dichiarazione che attesti la riduzione del tasso di interesse applicata sul finanziamento garantito al beneficiario conseguente alla concessione della garanzia.

È interessante constatare che le imprese che accedono alle garanzie del Fondo, se il rilascio della documentazione antimafia non è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica, la concessione avviene sotto condizione risolutiva. Qualora, infatti, emerga la sussistenza di una causa interdittiva secondo la disciplina antimafia, l'agevolazione sarà revocata, mantenendo l'efficacia della garanzia.

Si rileva, infine, che è stata prevista la possibilità di concedere alle imprese garanzie statali (strumento "Garanzia Italia") sui prestiti bancari attraverso SACE SIMEST, la società del **Gruppo Cassa depositi e prestiti**, specializzata nel sostegno alle imprese italiane, soprattutto PMI, intenzionate a crescere nel mercato globale e misure tese a potenziare gli strumenti per sostenere l'esportazione del *made in Italy*, l'internazionalizzazione e gli investimenti delle aziende.

7. Conclusioni

Il cosiddetto Decreto "Cura Italia" e il successivo Decreto "Liquidità" hanno potenziato e ampliato la garanzia pubblica sui prestiti bancari, per fare fronte in modo vigoroso alle esigenze di liquidità delle imprese e dei professionisti, che stanno affrontando le conseguenze dell'epidemia da Covid-19. L'operatività del Fondo Centrale, già oggetto di un'importante riforma nel corso del 2019, ha subito nel 2020 un forte impulso espansivo, divenendo uno dei principali strumenti di politica economica nel contesto italiano.

Il potenziamento del Fondo Centrale rappresenta una delle risposte del Governo nazio-

³³ Per i soggetti costituiti dopo il 1° gennaio 2019, l'importo massimo del prestito non può essere superiore ai costi salariali previsti per i primi due anni di attività.

nale, ad integrazione degli straordinari interventi attuati a livello europeo dalla BCE e dalle diverse istituzioni politiche chiamate a realizzare interventi urgenti e straordinari. In particolare la BCE, al fine di contenere gli effetti economici e finanziari connessi al diffondersi della pandemia, ha rafforzato in misura rilevante gli interventi di accomodamento monetario e introdotto nuovi programmi di politica monetaria non convenzionale, riportando ordine sui mercati finanziari.

Le politiche monetarie non convenzionali rimangono armi di primaria importanza per cercare di contrastare gli effetti di uno shock sistemico, anche in un contesto di tassi prossimi allo zero o negativi. La storia recente ha tuttavia insegnato come in assenza di una politica economica e fiscale coerente e robusta, gli interventi monetari non risultino più in grado di fornire gli effetti desiderati nel medio termine. Occorrono scelte coordinate a livello di istituzioni europee e nazionali, al fine di scongiurare lo scenario definito come “trappola della liquidità”, nel quale le politiche monetarie non sono bastevoli a produrre effetti sull’economia reale. Anche in risposta alle nuove difficoltà imposte dalla pandemia, la BCE ha rinnovato la richiesta ai *decision-maker* europei di fornire un sostegno fiscale “ambizioso e coordinato”. Le politiche monetarie hanno di conseguenza posto le premesse per l’azione dei governi e delle istituzioni europee, cui spetta il ruolo principale nella gestione della crisi.

Nel contesto italiano le rafforzate opportunità di accesso al Fondo Centrale rappresentano una delle misure espansive per il supporto alla liquidità delle imprese e dei professionisti. Lo shock dovuto al diffondersi della pandemia e al conseguente *lockdown* risulta non ciclico e non asimmetrico, ma al contrario esterno e simmetrico, rendendo inevitabile una recessione profonda, che vede nella crisi di liquidità delle aziende uno degli aspetti più preoccupanti. L’accesso al credito diventa una priorità e gli intermediari finanziari attori essenziali per la ripartenza del sistema produttivo, commerciale e dei servizi.

L’industria bancaria deve dimostrarsi capace di soddisfare in modo efficace ed efficiente il crescente fabbisogno di liquidità del sistema economico. A tal fine, la posizione di liquidità degli intermediari finanziari è auspicabile che rimanga solida, così come il grado di rischio delle operazioni finanziate si mantenga sotto controllo. Le politiche di tipo accomodante della BCE concorrono a stabilizzare il *funding* per gli intermediari finanziari e il relativo profilo di liquidità, consentendo alle banche di rifinanziarsi in misura adeguata rispetto alle loro esigenze. Allo stesso tempo, la presenza straordinaria della garanzia pubblica consente agli intermediari finanziari di contenere il rischio di credito e i conseguenti accantonamenti patrimoniali. Le nuove regole sull’operatività del Fondo Centrale consentono il rilascio di finanziamenti in tempi mediamente molto rapidi, a vantaggio delle imprese beneficiarie. Le politiche monetarie non convenzionali, insieme alle azioni di contrasto messe in atto dal Governo, rappresentano quindi lo strumento necessario affinché le condizioni di mercato consentano al sistema bancario di assumere un ruolo effettivamente centrale nella futura ripresa economica.

L’opportunità di ottenere garanzie da parte dello Stato e liquidità a basso costo dalla BCE risultano di particolare rilievo per le banche anche alla luce di altri fenomeni, che all’opposto tendono a spingere il costo del *funding* verso l’alto. In primo luogo, le vicende che caratterizzano il mercato italiano tendono a generare nuovi incrementi del premio al rischio sovrano, in grado di produrre un aumento dell’onerosità dell’approvvigionamento sul mercato per le banche nazionali. In secondo luogo, soprattutto per alcuni intermediari,

il tema del costo della liquidità risulta fortemente condizionato dalla necessità di emettere nuovi strumenti volti al rispetto dei requisiti MREL (*Minimum Requirement of Eligible Liabilities*) e TLAC (*Total Loss Absorbing Capacity*). In tale contesto, molto potrà essere condizionato anche dalla capacità dei singoli intermediari di incontrare gli interessi degli investitori istituzionali, consentendo l'attivazione di fonti di mercato alternative ai finanziamenti della BCE. Da tale punto di vista, le banche medio-piccole potrebbero subire nel prossimo futuro una maggiore pressione sul fronte della liquidità, potendo contare su un più limitato mix di strumenti di *funding*. Soprattutto per tali realtà, quindi, il potenziamento della garanzia pubblica e i programmi di politica monetaria non convenzionale rappresentano elementi rilevanti nell'erogazione di prestiti all'economia.

Infine, conviene sottolineare come l'espansione della platea dei potenziali beneficiari della garanzia dello Stato e l'ampliamento delle relative coperture operino nella medesima direzione degli interventi di vigilanza sulle banche volti a contenere gli effetti del futuro incremento atteso nel deterioramento dei prestiti concessi. Nel marzo 2020 la BCE ha emanato provvedimenti rilevanti sotto il profilo prudenziale, al fine di evitare eventuali effetti prociclici delle regole di vigilanza, che avrebbero potuto ostacolare – in momenti come l'attuale – il pieno esercizio del ruolo degli istituti bancari quali finanziatori dell'economia reale. Per consentire alle banche di beneficiare pienamente delle garanzie e delle moratorie messe in atto dalle autorità pubbliche sono stati introdotti strumenti di sostegno al capitale bancario, prevedendo una maggiore flessibilità nella valutazione dei cosiddetti *non performing loans*, a patto che lo Stato si faccia garante attraverso forme di copertura pubbliche. Più nel dettaglio, nell'ambito del *Single Supervisory Mechanism*, è stata annunciata la massima flessibilità rispetto alla classificazione dei debitori come "*unlikely to pay*" a fronte della concessione di garanzie pubbliche nel contesto dell'emergenza sanitaria. I prestiti coperti da garanzie pubbliche che diventeranno deteriorati beneficeranno inoltre di un trattamento prudenziale agevolato in termini di accantonamenti per perdite. Infine, rispetto allo stock preesistente di *non-performing loans*, l'autorità di vigilanza ha assicurato la massima flessibilità nel discutere con le banche l'attuazione dei piani programmati di rientro e smaltimento, alla luce della natura straordinaria delle attuali condizioni di mercato.

Con riferimento alle regole sull'adeguatezza patrimoniale, infine, è stato concesso alle banche di operare al di sotto della *guidance* di secondo pilastro, disciplina che indica alle banche il livello di capitale che dovrebbe essere mantenuto per disporre di un buffer utile a fronteggiare situazioni di stress, così come stimate sulla base di scenari avversi nell'ambito dei cosiddetti stress test. Tale cuscinetto liberato dall'attenuazione delle previsioni regolamentari, seppur temporaneo, potrà consentire alle banche di assorbire perdite, tra cui quelle su crediti generate dalla pandemia, senza determinare alcuna azione di vigilanza, così come potrà consentire di incrementare gli *asset* rischiosi senza che siano necessari incrementi del capitale.

In definitiva l'ampliamento della dotazione e il potenziamento del ruolo del Fondo Centrale, insieme agli altri interventi di politica monetaria e di vigilanza sulle banche, concorrono a favorire in misura decisa l'allentamento delle condizioni di accesso al credito bancario verso le famiglie e le imprese, obiettivo prioritario nel contesto attuale post emergenza Covid-19.

PROFILI CRITICI DELLA DISCIPLINA DEI FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE CON GARANZIA PUBBLICA NELL'AMBITO DELLA CRISI PANDEMICA

Luciano Panzani

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. – 2. La deroga al divieto di aiuti di Stato. – 3. Garanzia e vincolo di destinazione del finanziamento. – 4. Concessione della garanzia e situazione di insolvenza, crisi e/o difficoltà dell'impresa sovvenuta. – 5. Garanzia SACE ed imprese con esposizioni deteriorate. – 6. Esposizioni deteriorate e Fondo Centrale di Garanzia.

1. Il quadro normativo

Il decreto Liquidità (d.l. 8 aprile 2020, n. 23) come convertito in l. 5 giugno 2020, n. 40, ha previsto, com'è noto, quale strumento fondamentale di reazione alle conseguenze sull'economia della pandemia da Covid, interventi diretti ad agevolare l'accesso al credito bancario da parte delle imprese in virtù del riconoscimento della garanzia dello Stato sui finanziamenti erogati. Si tratta di un *corpus* di norme molto complesso che sovente richiama ulteriori regole dettate dal diritto comunitario e dalla legislazione speciale, sì che lo studio e l'applicazione delle nuove norme non sono semplici¹.

Cercando di sintetizzare e trascurando le norme di maggior dettaglio e le ipotesi particolari, possiamo dire che gli interventi cui facciamo riferimento sono regolati dagli artt. 1 e 13 del decreto. L'art. 1 disciplina i finanziamenti garantiti da SACE e controgarantiti dallo Stato, riservati alle imprese di maggiori dimensioni. Questi finanziamenti hanno un costo non irrilevante per il beneficiario, a differenza dei finanziamenti del Fondo Centrale che sono gratuiti.

L'art. 13 modifica la disciplina del Fondo Centrale di garanzia PMI, già istituito dall'art. 2, comma 100, lett. a) della l. 23 dicembre 1996, n. 662, e regolato da un corpus di

¹ Per un primo commento a caldo si veda G. Garesio, *Alla ricerca della liquidità perduta. Prime considerazioni sulle misure di sostegno alle imprese e sui loro possibili impatti sui ratios patrimoniali delle banche*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 117 ss. Si segnalano gli scritti in corso di pubblicazione di S. Ambrosini, P. Rinaldi, *Richieste "autocertificate" di finanziamenti, valutazione del merito creditizio e "concorrenza asimmetrica" fra grandi imprese e PMI*; A. Pisaneschi, *Il sistema bancario nell'emergenza Covid 19 tra prestiti garantiti e nuovi n.p.l.*; G. Staiano, *Il regime dei contratti di finanziamento con garanzia pubblica in tempo di Covid 19*, tutti in *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini, S. Pacchi, Bologna, 2020.

norme formatosi per successive stratificazioni, costituito in parte da norme primarie ed in parte da norme regolamentari emanate dal MISE. Le due normative hanno come destinatari imprese di dimensioni diverse, come risulta evidente dal fatto che il Fondo di Garanzia interviene a favore delle PMI e delle imprese che occupano sino a 499 dipendenti. Tuttavia la garanzia SACE riguarda anche piccole e medie imprese, inclusi i lavoratori autonomi e i liberi professionisti titolari di partita IVA nonché le associazioni professionali e le società tra professionisti, come chiarisce l'art. 1, comma 1 del decreto legge, ma soltanto fino alla concorrenza di trenta miliardi sui 200 complessivi destinati a questo tipo di interventi e soltanto nella misura in cui tali imprese abbiano esaurito la loro capacità di accesso al Fondo Centrale di Garanzia PMI. Per il resto si tratta di imprese di maggiori dimensioni, come attesta il comma 2, lett. d) della norma che stabilisce l'ammontare della garanzia di SACE. Tale garanzia infatti copre l'importo del finanziamento concesso nei limiti delle seguenti quote percentuali: 1) 90 per cento per imprese con non più di 5000 dipendenti in Italia e valore del fatturato fino a 1,5 miliardi di euro; 2) 80 per cento per imprese con valore del fatturato superiore a 1,5 miliardi e fino a 5 miliardi di euro o con più di 5000 dipendenti in Italia; 3) 70 per cento per le imprese con valore del fatturato superiore a 5 miliardi di euro.

Ai sensi dell'art. 13, lett. b) l'importo massimo garantito per i finanziamenti accordati dal Fondo Centrale di Garanzia corrisponde a 5 milioni di euro. La garanzia può essere concessa in relazione a finanziamenti alle imprese con un numero di dipendenti non superiore a 499. Nel caso dei finanziamenti garantiti dal Fondo Centrale la percentuale di copertura della garanzia diretta giunge al 90% del finanziamento erogato (art. 13, lett. c). La percentuale di copertura della riassicurazione è aumentata sino al 100% dell'importo garantito dai Confidi o da altro fondo di garanzia e dalle cooperative indicate dalla lett. d) dell'art. 13, comma 1 del decreto legge. L'importo totale dei finanziamenti garantiti dal Fondo Centrale non può superare il doppio della spesa salariale annua del beneficiario, o il 25% del suo fatturato totale nel 2019 o ancora il fabbisogno per costi di esercizio e di investimento nei successivi 18 mesi nel caso delle piccole e medie imprese e nei successivi 12 per le imprese con numero di dipendenti non superiore a 499. Quest'ultimo requisito è attestato con autocertificazione. Regole speciali sono previste per le imprese con cicli produttivi ultrannuali.

La concessione della garanzia SACE può avvenire secondo un procedimento semplificato quando si tratti di impresa con non più di 5000 dipendenti in Italia e con un valore del fatturato fino a 1,5 miliardi di euro. In tale ipotesi la banca o comunque il soggetto finanziatore delibera il finanziamento secondo le regole ordinarie. SACE successivamente esamina la richiesta, verificando l'esito positivo del processo deliberativo del soggetto finanziatore ed emettendo un codice unico identificativo del finanziamento e della garanzia. Il soggetto finanziatore procede quindi al rilascio del finanziamento assistito dalla garanzia concessa da SACE. Al di fuori del procedimento semplificato il rilascio della garanzia è subordinato alla decisione assunta con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro dello sviluppo economico, adottato sulla base dell'istruttoria trasmessa da SACE S.p.A., tenendo in considerazione il ruolo che l'impresa che beneficia della garanzia svolge rispetto alle seguenti aree e profili in Italia: a) contributo allo sviluppo tecnologico; b) appartenenza alla rete logistica e dei rifornimenti; c) incidenza su infrastrutture

critiche e strategiche; d) impatto sui livelli occupazionali e mercato del lavoro; e) peso specifico nell'ambito di una filiera produttiva strategica.

Nel caso del Fondo Centrale ai sensi dell'art. 13, lett. g) la garanzia è concessa senza applicazione dell'ordinario modello di valutazione dell'impresa beneficiaria previsto dal decreto MISE del 12 febbraio 2019. La norma prosegue precisando che ai fini della definizione delle misure di accantonamento a titolo di coefficiente di rischio, in sede di ammissione della singola operazione finanziaria, la probabilità di inadempimento delle imprese è calcolata esclusivamente sulla base dei dati contenuti nel modulo economico-finanziario del suddetto modello di valutazione. È dunque evidente che tanto nel caso della garanzia SACE che del Fondo Centrale di Garanzia, la garanzia pubblica può intervenire soltanto dopo che sia stato valutato il c.d. merito creditizio da parte della banca o di altro soggetto erogatore del finanziamento. Nel caso dei finanziamenti sino a 30.000 euro il criterio adottato (art. 13, comma 1, lett. m) è diverso perché è sufficiente l'autocertificazione che l'attività d'impresa è stata danneggiata dall'emergenza COVID-19 purché tali finanziamenti prevedano l'inizio del rimborso del capitale non prima di 24 mesi dall'erogazione e abbiano una durata fino a 120 mesi.

2. La deroga al divieto di aiuti di Stato

Tempi e percentuali di domande accolte sono stati, almeno inizialmente, insoddisfacenti, come testimoniano i dati raccolti dalla Commissione bicamerale d'inchiesta sul sistema bancario e finanziario, in particolare in occasione dell'audizione di Banca d'Italia l'11 giugno 2020, dati che possono essere consultati sul sito della Camera dei deputati. La conclusione dei lavori della Commissione consentirà di avere un quadro più attendibile della situazione. L'impressione allo stato è che i tempi di autorizzazione ed erogazione dei finanziamenti si stiano abbreviando, anche se la maggior rapidità riguarda soprattutto i finanziamenti sino a 30.000 euro riservati alle piccole imprese ed alle partite IVA e se la maggior efficienza riguarda soprattutto le banche di maggiori dimensioni. Complessivamente il risultato è lontano dalle attese che le prime dichiarazioni del Governo avevano suscitato, anche perché non è stato chiaro sin dall'inizio per l'opinione pubblica che tanto i finanziamenti garantiti da SACE che quelli assistiti dal Fondo Centrale di Garanzia non potevano prescindere dall'istruttoria sul merito creditizio, affidata al soggetto finanziatore. In proposito va sottolineato che la necessità dell'istruttoria è imposta sia dalla disciplina del decreto liquidità, sia dalla normativa di vigilanza sia infine dagli effetti di ritorno che l'escussione della garanzia pubblica potrebbe generare sulle banche, che non sono state esonerate da alcuna responsabilità al riguardo².

² Si vedano i rilievi di E. Gualandi, V. Venturelli, *Riflessioni sul rapporto banche e imprese per il post Covid-19. Le banche come cinghia di trasmissione della politica industriale*, in *Dirittobancario.it*, 2020. Le Autrici rilevano che la conversione del decreto Liquidità non pone obblighi di erogazione a carico delle banche, che devono continuare ad operare secondo i principi della sana e prudente gestione nella fase di concessione del finanziamento garantito. In proposito si veda anche P. Angelini, *Lo stato di attuazione delle misure in materia di finanziamento con garanzie dello Stato previste dai Decreti Legge n. 18 di marzo e n. 23 di aprile 2020*, Audizione di Paolo Angelini, Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca d'Italia, dinanzi alla Commissione Parlamentare d'Inchiesta sul Sistema Bancario e Finanziario, Roma 11 giugno 2020.

Questa conclusione non è contraddetta dall'art. 1-*bis*, comma 5 del decreto legge liquidità, nel testo modificato dalla legge di conversione, che ha introdotto l'obbligo per il beneficiario del finanziamento di una attestazione in ordine alla ricorrenza di varie circostanze, tra cui il fatto che l'attività d'impresa è stata limitata o interrotta dall'emergenza epidemiologica o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse a tale emergenza e che prima sussisteva una situazione di continuità aziendale e la certificazione che i dati aziendali forniti su richiesta dell'intermediario finanziario sono veritieri e completi. È ben vero che il ricordato comma 5 stabilisce che il soggetto finanziatore non è tenuto ad ulteriori accertamenti al di fuori della verifica formale di quanto dichiarato e che la norma precisa che tale principio si applica anche ai finanziamenti regolati dall'art. 13 garantiti dal Fondo Centrale di Garanzia. Va però considerato che la norma si limita ad escludere a carico dell'intermediario l'onere di ulteriori accertamenti, vale a dire di acquisire ulteriori elementi di fatto. Non vi è però nella disciplina di legge alcuna deroga alle regole generali stabilite dalla disciplina in tema di vigilanza che comporta la valutazione del merito creditizio, quantomeno per quanto concerne la quota parte del finanziamento non assistito dalla garanzia pubblica.

Gli strumenti adottati, la garanzia SACE per le imprese di maggiori dimensioni (ma anche per le PMI, come si è già ricordato, sino a concorrenza di 30 miliardi dei 200 complessivi messi a disposizione per gli interventi SACE) e la garanzia del Fondo Centrale per le altre imprese differiscono sensibilmente, pur essendo sostanzialmente finalizzati al sostegno dell'economia a seguito della crisi da Covid. In entrambi i casi i finanziamenti rispettano i vincoli europei in tema di aiuti di Stato, potendo contare sul notevole allargamento delle maglie concesso dall'UE. Tanto l'art. 1 che l'art. 13 fanno infatti riferimento al fatto che la garanzia è concessa *in conformità alla normativa europea in tema di aiuti di Stato* (art. 1, comma 1 del d.l. convertito) e *nel rispetto della disciplina dell'Unione Europea* (art. 13, comma 1, lett. b). Molte parti della disciplina dell'art. 13 introducono misure che sono subordinate alla preventiva autorizzazione della Commissione europea ai sensi dell'art. 108 TFUE.

La deroga alla quale si riferiscono tutte le misure ipotizzate e dichiarate compatibili dalla Commissione con apposite Comunicazioni è contemplata dall'art. 107, 3, b) TFUE, ai sensi del quale “possono considerarsi compatibili ... gli aiuti destinati ... a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”.

La necessità di rispettare la normativa europea in tema di aiuti di Stato comporta che i finanziamenti garantiti debbano riguardare imprese la cui situazione di difficoltà dipende dalla crisi economica determinata dalla pandemia. Tale vincolo è posto direttamente dalle misure adottate dalla Commissione europea con la comunicazione 2020/C91 I/01 – Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19. La Comunicazione è del 19 marzo, successivamente modificata e ampliata con ulteriori Comunicazioni del 3 aprile, dell'8 maggio e del 29 giugno³. Essa pre-

³ Si vedano: Commissione europea, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (GUUE C 91I del 20 marzo 2020), in <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:091I:FULL&from=EN>; Commissione europea, Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (GUUE C 112I del 4 aprile 2020), in: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2020%3A112I%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.CI.2020.112.01.0001.01.ITA>; Commissione europea, Amendment

vede numerosi vincoli che sono stati puntualmente recepiti dal decreto liquidità⁴.

Al punto 3.2 la Comunicazione stabilisce che “La garanzia può essere concessa a imprese che non erano in difficoltà (ai sensi del regolamento generale di esenzione per categoria) al 31 dicembre 2019; può essere concessa a imprese che non sono in difficoltà e/o a imprese che non erano in difficoltà al 31 dicembre 2019, ma che hanno affrontato difficoltà o che si sono trovate in una situazione di difficoltà successivamente, a seguito dell’epidemia di COVID-19”.

I vincoli in materia di garanzia pubblica sono quindi espressi dal combinato disposto del decreto liquidità, nel testo convertito in legge, e dal Quadro temporaneo. Di conseguenza per la garanzia SACE l’art. 1, comma 2, richiede che al 31 dicembre 2019 l’impresa beneficiaria non rientrasse nell’ambito delle imprese in difficoltà ai sensi dei Regolamenti UE 651/14, 702/14, 1388/14. La definizione, uguale in tutti e tre i Regolamenti, riguarda i casi in cui, trattandosi di società di capitali la società abbia perso più della metà del capitale sociale, ovvero trattandosi di società con almeno alcuni dei soci illimitatamente responsabili, abbia perso più della metà dei fondi propri per perdite cumulate, ovvero ancora si tratti di impresa nei cui confronti sia stata aperta o possa essere instaurata una procedura concorsuale per insolvenza. Rientrano nella nozione di imprese in difficoltà le imprese che abbiano ricevuto un aiuto per il salvataggio o la ristrutturazione e non abbiano ancora rimborsato il prestito o la garanzia. Infine sono imprese in difficoltà le imprese diverse da una PMI che negli ultimi due anni abbiano presentato un rapporto debito/patrimonio netto contabile superiore a 7,5 e abbiano avuto un rapporto EBITDA/interessi inferiore a 1.

Per i finanziamenti garantiti dal Fondo Centrale questi vincoli non sono espressamente richiamati dall’art. 13 del d.l., ma essi sono ugualmente applicabili perché trovano il loro fondamento nella norma unionale rappresentata dal Quadro temporaneo.

to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak (C(2020) 3156 final), in https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_en.pdf. Infine Commissione Europea, Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della Covid-19, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:218:FULL&from=IT> (2020/C 218/03).

Va inoltre ricordato che l’Italia ha attivato, come altri Paesi europei, meccanismi di notifica ad ombrello che prevedono la notifica delle cornici entro le quali sarà possibile attivare misure nel rispetto dei criteri stabiliti dal Quadro temporaneo. Questo sistema consente di evitare notifiche di provvedimenti adottati da singole amministrazioni. L’Italia ha adottato il regime quadro SA.57021 Italy, Regime Quadro – COVID 19, nell’ambito della disciplina degli aiuti di Stato dettata dal decreto Rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34). Lo si veda in <http://www.politicheeuropee.gov.it/media/5287/aiuti-di-stato.pdf>. In particolare l’art. 55 del decreto legge prevede garanzie sui prestiti alle imprese per investimenti e per capitale di esercizio che possono essere concessi dalle Regioni, dalle Province autonome, dagli altri enti territoriali e dalle Camere di Commercio.

⁴ Tra questi in materia di garanzia pubblica sul finanziamento la Comunicazione richiede che la garanzia sia concessa non oltre il 31 dicembre 2020 ovvero, se la scadenza è più lunga, che l’importo del capitale del prestito non superi “i. il doppio della spesa salariale annuale del beneficiario (compresi gli oneri sociali e il costo del personale che lavora nel sito dell’impresa, ma figura formalmente nel libro paga dei subcontraenti) per il 2019 o per l’ultimo anno disponibile. Nel caso di imprese create dopo il 1° gennaio 2019, l’importo massimo del prestito non può superare la spesa salariale annua prevista per i primi due anni di attività; o

ii. il 25 % del fatturato totale del beneficiario nel 2019; o

iii. con una giustificazione adeguata e in base a un’autodichiarazione del beneficiario circa il proprio fabbisogno di liquidità (22), l’importo del prestito può essere aumentato per coprire il fabbisogno di liquidità, dal momento della concessione, per i seguenti 18 mesi per le PMI e per i seguenti 12 mesi per le grandi imprese”. Questi vincoli sono stati ripresi dall’art. 1 del decreto liquidità.

3. Garanzia e vincolo di destinazione del finanziamento

Una prima differenza tra i due tipi di finanziamento è data dal fatto che i finanziamenti assistiti dalla garanzia SACE sono soggetti a specifici vincoli di destinazione. L'art. 1, comma 2, lett. n) del decreto liquidità stabilisce che: "n) il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria, e le medesime imprese devono impegnarsi a non delocalizzare le produzioni".

Un vincolo analogo non è previsto per i finanziamenti garantiti dal Fondo Centrale di Garanzia.

Per quanto il vincolo di destinazione del finanziamento sia abbastanza generico, posto che la nozione di capitale circolante può intendersi riferita all'ammontare delle risorse che compongono e finanziano l'attività operativa dell'impresa, pare evidente che il finanziamento non può essere utilizzato per finalità che esulano dall'attuazione dell'oggetto sociale quando si tratti di imprese costituite in forma societaria o comunque che sono estranee all'attività tipica. Per quanto l'attività finanziaria non sia esclusa a priori, posto che la norma fa riferimento anche agli investimenti, che possono certamente avere natura finanziaria, dovrà esserci un nesso evidente tra l'attività finanziaria e l'oggetto dell'impresa. A questo vincolo si aggiunge l'obbligo a non delocalizzare la produzione.

La violazione dell'obbligo in parola può comportare la nullità del contratto di finanziamento, con conseguente venir meno dell'obbligo di erogazione dei fondi ovvero, quando l'erogazione sia già avvenuta, con diritto del finanziatore alla ripetizione immediata. A tal proposito si può ritenere che il contratto sia nullo per illiceità della causa, valutata in concreto, ovvero che, quando sin dal principio vi siano state dichiarazioni mendaci, si possa invocare l'annullamento per dolo. La nullità, tuttavia, non dovrebbe incidere sulla garanzia perché l'art. 1, comma 1, lett. f) prevede che essa sia a prima richiesta, esplicita, irrevocabile, formula che non sembra lasciare spazio ad eccezioni. Va tuttavia segnalato che la garanzia deve essere conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio. Inoltre la giurisprudenza in tema di contratto autonomo di garanzia ha affermato che l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trova un limite, quando la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta⁵.

Altri vincoli sono previsti per l'erogazione del finanziamento. Ai sensi del comma 2, lett. i) dell'art. 1 l'impresa che beneficia della garanzia assume l'impegno che essa, nonché ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo cui la prima appartiene, comprese quelle soggette alla direzione e al coordinamento da parte della medesima, non approvi la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso dell'anno 2020. Qualora le suddette imprese abbiano già distribuito dividendi o riacquistato azioni al

⁵ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in motivazione, ove i richiami a Cass. 7 marzo 2002, n. 3326, Cass. 14 dicembre 2007, n. 26262 e Cass. 3 marzo 2009, n. 5044.

momento della richiesta del finanziamento, l'impegno è assunto dall'impresa per i dodici mesi successivi alla data della richiesta. Inoltre ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, "dalle garanzie per finanziamenti di cui al presente articolo sono in ogni caso escluse le società che controllano direttamente o indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una società residente in un Paese o in un territorio non cooperativo a fini fiscali, ovvero che sono controllate, direttamente o indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, da una società residente in un Paese o in un territorio non cooperativo a fini fiscali". La nozione di Paese non cooperativo a fini fiscali è quella unionale, come precisa lo stesso legislatore. È tuttavia ammessa la prova da parte della società destinataria del finanziamento che il soggetto non residente svolge un'attività economica effettiva mediante impiego di personale, attrezzature, attivi e locali.

Va poi ricordato che per quanto concerne i finanziamenti garantiti da SACE ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. l) l'impresa che beneficia della garanzia assume l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali. Si tratta di un obbligo generico, che appare di difficile tutela. È obbligo a favore del terzo, che potrebbe forse essere fatto valere dalle OO.SS. per quanto si possa dubitare che, trattandosi di un facere, vi possa essere tutela diretta all'adempimento dell'obbligazione, restando forse possibile una tutela risarcitoria. Il soggetto finanziatore potrebbe forse far valere l'inadempimento dell'obbligo previsto dalla legge, ma è improbabile che abbia interesse ad attivarsi in tal senso.

4. Concessione della garanzia e situazione di insolvenza, crisi e/o difficoltà dell'impresa sovvenuta

Come si è detto, la garanzia SACE e la garanzia del Fondo Centrale sono previste per i finanziamenti erogati ad imprese che prima della pandemia non rientravano nella nozione di imprese in difficoltà, non rilevando invece una situazione di difficoltà successivamente intervenuta. E si è già osservato che il finanziamento ha le caratteristiche del mutuo di scopo, destinato a far fronte a costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo di azienda, investimenti o capitale circolante. Tuttavia ai sensi della lett. n)-bis il finanziamento deve essere destinato, nei limiti del 20% dell'importo erogato, al pagamento di rate di finanziamenti scadute o in scadenza dal 1° marzo al 31 dicembre 2020 per le quali il rimborso sia reso oggettivamente impossibile in conseguenza della diffusione dell'epidemia o delle misure dirette alla prevenzione ed al contenimento della stessa. L'impossibilità oggettiva del rimborso va attestata dal legale rappresentante dell'impresa beneficiaria con apposita autocertificazione.

È evidente che il legislatore non fa qui riferimento ad un'impossibilità materiale di procedere al rimborso, ma ad una situazione di impossibilità di pagare che richiama immediatamente alla mente la nozione di insolvenza dettata dall'art. 5 l. fall. In quest'ipotesi pertanto il finanziamento può andare a copertura della pregressa esposizione del finanziatore o di altro soggetto che abbia erogato credito nel periodo marzo-dicembre 2020.

Non pare che vi sia spazio per la destinazione di ulteriore parte del finanziamento garantito a copertura di una pregressa esposizione del soggetto finanziatore. La specifica menzione del limite del 20% e la previsione della destinazione dell'erogazione a copertura

delle esigenze dell'impresa per capitale circolante ed investimenti paiono escluderlo. Tuttavia la lett. m) del comma 1 aggiunge che il soggetto finanziatore deve dimostrare che all'esito del rilascio del finanziamento garantito da SACE l'ammontare complessivo delle esposizioni nei confronti del soggetto finanziato è superiore rispetto a quello esistente alla data di entrata in vigore del decreto liquidità. Ciò lascia spazio ad operazioni di rientro intervenute nelle more, prima dell'erogazione del finanziamento, che vengono a subire un limite, ma non sono vietate. Il soggetto finanziatore può pertanto, in questi limiti, sostituire un'esposizione non garantita con un'esposizione che beneficia della garanzia, purché vi sia stata un'operazione di rientro prima dell'erogazione del nuovo finanziamento garantito.

La destinazione del 20% del finanziamento a copertura delle rate di finanziamenti pregressi sembra escludere la possibilità che tali versamenti possano essere oggetto di azione revocatoria fallimentare, trattandosi non di una mera facoltà, ma addirittura di un obbligo stando al linguaggio usato dal legislatore alla lett. n)-*bis*, che dice che "il finanziamento di cui alla lettera n) *deve* altresì essere destinato ...". Nel caso invece di rientri intervenuti prima dell'erogazione del finanziamento, la previsione che essi siano comunque soggetti al vincolo che l'esposizione debitoria nei confronti del soggetto finanziatore non sia diminuita, non pare escludere la configurabilità nell'operazione di rientro di una lesione della par condicio. In quest'ultima ipotesi, pertanto, la revocatoria sarà ammissibile.

Nel caso del Fondo Centrale di Garanzia le possibilità di rientro del soggetto finanziatore sono più rilevanti. L'art. 13, lett. e) stabilisce che sono ammissibili a determinate condizioni che non si riportano per brevità, i finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito del soggetto beneficiario, purché il nuovo finanziamento preveda l'erogazione di credito aggiuntivo in misura pari almeno al 10% del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione. Per i finanziamenti deliberati in data successiva all'entrata in vigore della legge di conversione in misura pari almeno al 25%. Il soggetto finanziatore deve anche trasmettere al gestore del Fondo una dichiarazione attestante la riduzione del tasso di interesse per effetto della sopravvenuta concessione della garanzia.

A prescindere dalla scarsa chiarezza dell'espressione usata dal legislatore (*credito aggiuntivo in misura pari almeno al 10% del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione*), pare di comprendere che la nuova erogazione deve rappresentare finanza aggiuntiva per il beneficiario del finanziamento nella misura almeno del 25% della precedente esposizione debitoria (10% per le operazioni anteriori alla legge di conversione perché questa era la percentuale originariamente prevista dal decreto legge). In questo modo il finanziamento non va a beneficio del sovvenuto che in minima parte e consente al soggetto finanziatore di sostituire alla precedente esposizione non garantita, un nuovo credito che beneficia della garanzia del Fondo Centrale. La norma solleva indubbiamente qualche perplessità per quanto concerne il rispetto delle finalità della nuova disciplina che dovrebbe essere orientata a sostenere le imprese in difficoltà per la pandemia e non le banche e gli altri soggetti finanziari.

In questo caso il legislatore non ha usato il verbo "deve", come nel caso della garanzia SACE. In caso di fallimento del sovvenuto potrà essere esperita l'azione revocatoria nei confronti dell'istituto di credito per i pagamenti ricevuti mediante i proventi derivanti dal finanziamento garantito. La revoca potrebbe avvenire ai sensi dell'art. 67, cpv. l. fall. Naturalmente può ritenersi improbabile che l'estinzione dell'esposizione pregressa possa avvenire nel periodo sospetto di sei mesi, tenuto conto del maggior sostegno che l'impresa

sovvenuta riceve tramite il finanziamento. Non bisogna però trascurare che, come si è visto, la maggior parte del prestito va a copertura di una pregressa esposizione. Con riguardo alla prova della conoscenza dell'elemento soggettivo, si potrà invocare che, ai sensi della lett. g) dell'art. 13 la garanzia è concessa dal Fondo calcolando, ai fini della definizione delle misure di accantonamento a titolo di coefficiente di rischio, in sede di ammissione della singola operazione finanziaria, la probabilità di inadempimento delle imprese sulla base dei dati contenuti nel modulo economico-finanziario del modello di valutazione di cui al decreto del MISE del 12 dicembre 2019. I dati sono raccolti dal soggetto finanziatore che pertanto sarà certamente in grado di valutare le condizioni effettive dell'impresa sovvenuta.

5. Garanzia SACE ed imprese con esposizioni deteriorate

Nel caso della garanzia SACE le imprese in situazione di crisi non sono certamente escluse dall'accesso alla garanzia. Del resto l'art. 1-*bis* prevede la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà con cui il beneficiario dichiara che l'attività d'impresa è stata interrotta o limitata dall'emergenza Covid o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse, anche se deve sussistere una situazione di continuità aziendale anteriormente all'emergenza.

Come si è visto, i vincoli della disciplina in materia di aiuti di Stato escludono le imprese qualificabili come imprese in difficoltà in data anteriore al 31 dicembre 2019, ma non quelle che si sono trovate in situazione di crisi in data successiva. Il legislatore non ha fatto espresso riferimento ad imprese che abbiano fatto accesso alle procedure di concordato preventivo, di accordo di ristrutturazione o che abbiano proposto ai creditori un piano attestato ovvero ancora che siano state dichiarate fallite, ma per le quali sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio. Apparentemente nulla esclude che tali imprese possano accedere al finanziamento garantito, a prescindere dagli esiti della valutazione del merito creditizio. In realtà se l'impresa si trova in procedura, è ragionevole ritenere che si tratti della conseguenza di una crisi anteriore all'insorgere della pandemia, tenuto conto del tempo che ordinariamente intercorre tra il manifestarsi della crisi e l'accesso ad una procedura concorsuale. È possibile tuttavia che prima del 31 dicembre 2020 si possano configurare ipotesi di crisi che saranno conseguenza della pandemia.

Va però subito aggiunto che è improbabile che un'impresa in procedura possa beneficiare di finanziamenti assistiti dalla garanzia SACE per diversi ordini di ragioni. Anzitutto l'art. 1, comma 2, lett. b) non prevede soltanto che l'impresa beneficiaria non rientrasse alla data del 31 dicembre 2019 nella categoria UE delle imprese in difficoltà, ma aggiunge che essa alla data del 29 febbraio 2020 non deve essere risultata presente tra le esposizioni deteriorate presso il sistema bancario, come rilevabili dal soggetto finanziatore. Ai sensi della Circolare 30 luglio 2008, n. 272 di Banca d'Italia – 12° Aggiornamento del 17 settembre 2019, le esposizioni creditizie deteriorate comprendono, com'è noto, le sofferenze, le inadempienze probabili (c.d. crediti *unlikely to pay*), le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate. Secondo la circolare il complesso delle esposizioni verso debitori che hanno presentato ricorso per concordato preventivo con riserva va segnalato tra le inadempienze probabili. Ciò vale anche per la domanda di concordato in continuità aziendale sino

all'esito della domanda. La posizione può essere classificata tra le attività non deteriorate se il piano prevede la cessione dell'azienda a società facente parte di diverso gruppo economico, ma non nel caso in cui l'azienda continui a far parte del medesimo gruppo economico.

Ne deriva, conclusivamente, che non solo la classificazione dei crediti verso l'impresa tra le esposizioni deteriorate è preclusiva dell'accesso ai finanziamenti con garanzia SACE se anteriore al 29 febbraio 2020, ma la presentazione di una domanda di concordato può facilmente comportare la qualificazione dell'esposizione debitoria tra le attività deteriorate. Va comunque aggiunto che la situazione di crisi non è preclusiva dell'accesso al finanziamento garantito da SACE quando l'impresa non sia inserita tra le esposizioni deteriorate prima del 29 febbraio e che l'accesso ad una procedura concorsuale, ove non sia intervenuta tale classificazione, non rappresenta un ostacolo preclusivo. Il riconoscimento del finanziamento può però incontrare seri ostacoli in ragione della valutazione del merito creditizio che il soggetto finanziatore è tenuto a fare.

Nel caso del Fondo Centrale di Garanzia il legislatore ha dettato regole più articolate. Innanzitutto l'art. 13, comma 1, lett. g)-*bis* precisa che la garanzia è concessa anche a favore dei beneficiari finali che presentano alla data della richiesta di garanzia esposizioni verso il soggetto finanziatore classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti, purché tale classificazione non sia anteriore al 31 gennaio 2020. Il riferimento temporale ha lo scopo di riservare l'accesso ai soli beneficiari finali che si trovano in difficoltà in ragione della pandemia e non per ragioni risalenti. Sono escluse soltanto le posizioni in sofferenza, che riguardano un soggetto in stato d'insolvenza anche non accertato giudizialmente o situazioni equivalenti. Il regime è dunque più favorevole di quello previsto per la garanzia SACE che comprende come causa ostativa tutti i tipi di esposizioni deteriorate anteriori al 29 febbraio 2020. Oltre a ciò, la lett. g)-*ter* prevede che la garanzia può essere concessa anche alle imprese che prima del 31 gennaio 2020 presentavano esposizioni classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate e che sono state oggetto di misure di concessione. Con tale termine, com'è noto, si fa riferimento ai provvedimenti con cui l'intermediario deroga all'originaria disciplina negoziale o in ordine al *quantum debeatur* o in ordine ai tempi di rimborso del credito.

Se alla data di entrata in vigore del decreto liquidità le esposizioni in parola non sono più classificabili come esposizioni deteriorate, non presentano importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e il soggetto finanziatore, sulla base della situazione finanziaria del debitore può ragionevolmente presumere il rimborso integrale alla scadenza, allora la garanzia può essere concessa, senza attendere che, come prevede la disciplina di vigilanza, sia decorso un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione ovvero dalla data in cui sono state classificate come esposizioni deteriorate se posteriore.

Infine la lett. g)-*quater* prevede che la garanzia sia concessa anche nel caso in cui, anche prima che sia decorso l'anno dalla classificazione delle esposizioni come deteriorate o da quando sono state accordate le misure di concessione, l'impresa sia stata ammessa alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale, abbia stipulato un accordo di ristrutturazione dei debiti o abbia presentato un piano attestato, purché di nuovo alla data di entrata in vigore del decreto legge le esposizioni non siano più classificabili come dete-

riorate, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione, e il soggetto finanziatore possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale del credito alla scadenza. Sono però escluse le imprese le cui esposizioni vanno classificate come sofferenze e che quindi, anche in base alla sola valutazione dell'intermediario, si trovano in stato di insolvenza.

In conclusione la disciplina prevista per i finanziamenti garantiti dal Fondo Centrale di Garanzia sembra a prima vista più favorevole di quella dettata nel caso della garanzia SACE. Solo nel primo caso infatti può porsi rimedio a situazioni in cui le esposizioni deteriorate classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti. E soltanto nel caso delle garanzie del Fondo Centrale il legislatore afferma espressamente che la garanzia può essere concessa in presenza di una procedura di concordato in continuità, di un accordo di ristrutturazione o di un piano attestato. Va però osservato che in realtà le condizioni complessivamente poste sono difficili da soddisfare, soprattutto per quanto concerne la previsione che l'esposizione deteriorata in presenza di misure di concessione possa essere integralmente soddisfatta alla scadenza. Va ricordato che, secondo la Circolare n. 272/2008 di Banca d'Italia, la presentazione di una domanda di concordato in continuità comporta che l'esposizione vada compresa tra le attività deteriorate ed in particolare tra le inadempienze probabili. Analogo criterio è previsto per l'accordo di ristrutturazione. La disciplina di legge non deroga a questo principio, ma pone delle condizioni ulteriori che paiono difficili a realizzarsi tutte contemporaneamente.

6. Esposizioni deteriorate e Fondo Centrale di Garanzia

I finanziamenti assistiti dalla garanzia del Fondo Centrale di Garanzia sono soggetti, per quanto non espressamente stabilito dalla legislazione di emergenza, in particolare dal decreto liquidità, alle regole già dettate in precedenza dal notevole *corpus iuris* che già in passato disciplinava i finanziamenti garantiti dal Fondo. L'art. 13, comma 1, del decreto liquidità stabilisce quanto al Fondo Centrale di Garanzia PMI che "Fino al 31 dicembre 2020, in deroga alla vigente disciplina del Fondo di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si applicano le seguenti misure: ...". Il regime giuridico della garanzia è dunque stabilito dall'art. 2, comma 100 della l. n. 662/1996, e dalle norme che sono seguite nel tempo. Tra queste vi sono norme che prevedono un privilegio speciale a favore del credito vantato dal Fondo nel caso in cui la garanzia sia stata fatta valere.

Sciogliendo il contenzioso legato ad una precedente legislazione il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, recante "*Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*", convertito in l. 24 marzo 2015, n. 33, ha sancito che "*il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi*" (art. 8-bis, comma 3).

Con la norma in oggetto è stato quindi affermata la natura privilegiata del credito inerente al Fondo di garanzia PMI a partire dall'entrata in vigore del d.l. n. 3/2015. L'anomalia della disciplina dettata dalla norma, così come dalla disposizione che ne costituisce il precedente, vale a dire l'art. 9 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, che pone i principi regolatori dei procedimenti amministrativi concernenti interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, ovvero gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere, concessi da amministrazioni pubbliche anche attraverso soggetti terzi, sta nel fatto che il credito del finanziatore non è assistito da privilegio, ma il garante è privilegiato anche nei confronti del destinatario del finanziamento. Ove pertanto si apra il concorso tra garantito e garante sui beni del sovvenuto, in ragione di un'escussione parziale della garanzia, il garantito concorre come creditore chirografario ed il garante come privilegiato sui beni del sovvenuto. Va sottolineato che il privilegio è molto esteso e prevale anche sulle ipoteche successive alla sua concessione.

Per quanto concerne la garanzia rilasciata da SACE ai sensi dell'art. 1 del decreto liquidità le norme ora citate non possono trovare applicazione. Il credito di SACE non è pertanto privilegiato. Va tuttavia segnalato che taluno in passato ha fatto riferimento all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 (disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese) che prevede che *“i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti ad ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e quelli previsti dall'art. 2751 bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi”*. L'art. 7, comma 1, del medesimo decreto legislativo prevede che, tra gli interventi di sostegno pubblico alle imprese, siano ricompresi i benefici di qualsiasi genere, tra cui la “concessione di garanzia”. L'art. 12, comma 29, del medesimo decreto legislativo prevede che *“i principi desumibili dal presente decreto costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico”*. Il carattere eccezionale della normativa in materia di privilegi ed il principio di tassatività stabilito dall'art. 2745 c.c. escludono peraltro che la natura privilegiata del credito possa essere affermata in difetto di un'espressa previsione di legge, sì che non resta che concludere che il credito di SACE non è assistito da prelazione⁶.

⁶ In senso contrario cfr. peraltro Trib. Roma, 14 luglio 2017 (ord.), est. Carlomagno, Sace c. Shaf in liquidazione, inedita, che argomenta dall'insegnamento di Cass., sez. un., 17 maggio 2010, n. 11930, che riconosce la possibilità di interpretazione estensiva della disciplina dei privilegi. Nel senso del testo cfr. M. Mancini, T. Stanghellini, *L'ambito di applicazione del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998: le garanzie rilasciate da Sace s.p.a.*, in *Il caso*, 2015. Cfr. anche L. Andretto, *Natura privilegiata del credito per restituzione di finanziamenti pubblici: il caso della SACE*, in *Fallimento*, 2014, 227. Trib. Milano, 2 luglio 2014, in *Il caso*, ha affermato, in diversa fattispecie, che il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 non si applica alle prestazioni di garanzia ex artt. 2, comma 100, l. n. 662/1996, art. 15, l. n. 266/1997 e quindi alle prestazioni di garanzia del Fondo PMI gestito dal MISE.

I RISCHI PENALI PER GLI OPERATORI BANCARI IN RELAZIONE AI FINANZIAMENTI CON GARANZIA PUBBLICA PREVISTI DAL DECRETO LIQUIDITÀ

Fabio Di Vizio

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 1.1. Il *focus* della ricerca. – 1.2. L'irrinunciabilità della verifica del merito di credito, tra responsabilità amministrative e civili. – 2. Le sovvenzioni con garanzia pubblica. – 2.1. Osservazioni generali: la rinegoziazione dei debiti e la crisi economica dei beneficiari dei finanziamenti. – 2.2. I finanziamenti previsti dall'art. 1 del d.l. n. 23/2020 con garanzia di SACE. – 2.3. I finanziamenti previsti dall'art. 13 del d.l. n. 23/2020 con garanzia del Fondo centrale di garanzia PMI. – 2.3.1. In via generale. – 2.3.2. Il privilegio per i crediti del Fondo di garanzia. – 3. Le responsabilità penal-fallimentari dell'operatore bancario quale terzo concorrente. – 3.1. Premesse generali. – 3.2. La bancarotta per distrazione, le bancarotte semplici e la bancarotta impropria per operazioni dolose. – 3.3. La bancarotta preferenziale: nozioni utili. – 3.3.1. L'interesse tutelato. – 3.3.2. L'alterazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori. – 3.3.3. Il presupposto della condotta: insolvenza o crisi imminente. – 3.3.4. La condotta: l'esecuzione di pagamenti. – 3.3.5. La condotta alternativa: la simulazione di titoli di prelazione. – 3.3.6. Il contributo causale del creditore preferito. – 3.3.7. Il dolo. – 3.3.8. Il sostegno finanziario e i rientri delle imprese in crisi: il valore indiziante della preferenzialità penale ricollegato alla soggezione alla revocatoria fallimentare. – 4. La responsabilità penal-fallimentare degli operatori finanziari rispetto ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal d.l. n. 23/2020. – 4.1. Premesse in breve. – 4.2. La bancarotta preferenziale. – 4.3. Le bancarotte semplici e da operazioni dolose.

1. Considerazioni introduttive

1.1. Il *focus* della ricerca

L'analisi ha quale obiettivo la verifica delle possibili *responsabilità penali degli operatori bancari in relazione ai finanziamenti assistiti dalle garanzie pubbliche* previste dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 5 giugno 2020, n. 40.

In via astratta, ipotesi di responsabilità penale paiono prospettabili, anzitutto, nella *fase genetica* del rapporto di finanziamento. È il caso delle sovvenzioni concesse a beneficiari "immeritevoli" in quanto in condizioni di squilibrio finanziario più grave di quanto ammesso dalle diverse figure di finanziamento previste dalla disciplina emergenziale, in assenza di realistiche prospettive di superamento della crisi attraverso la sovvenzione in concreto erogata, con inevitabile aggravamento della esposizione debitoria dei sovvenuti ed

ulteriore depressione delle possibilità di soddisfazione dei creditori anteriori. Inoltre, si può immaginare anche l'evenienza di risistemazioni del credito bancario originario attraverso il presidio da garanzie statali più efficaci nell'anticipare la soddisfazione del credito rispetto alla fase concorsuale, con rinegoziazioni capaci di procurare l'adempimento preferenziale in favore del creditore professionale, prima ancora che nuova liquidità utile a risollevare le sorti del sovvenuto.

Nondimeno, poi, simili problematiche si proporranno nella *fase esecutiva* del rapporto, nel caso di sovvenzioni erogate e distratte dalle finalità aziendali, ad esempio verso altri debitori del finanziatore istituzionale alle cui sorti quest'ultimo sia più interessato, o per rimborsi operati da soggetti in stato insolvenza imminente se non già attuale.

Sotto la forte spinta ad immettere rapidamente nuova liquidità per salvaguardare i fondamentali economici ed i livelli occupazionali del Paese, a costo di serie semplificazioni di alcune fasi dell'istruttoria, le tematiche enunciate paiono nell'immediato vissute come marginali se non di interesse meramente speculativo; nondimeno, la loro *rilevanza* è già presente alla consapevolezza degli operatori bancari, esposti in ogni caso ad ulteriori forme di responsabilità, di natura civile o amministrativa, conseguenti alla trasgressione di regole che presidiano il corretto esercizio dell'attività di credito. Situazione che aveva indotto alcuni analisti ad auspicare l'introduzione di un'esimente, sul modello di quella prevista dall'art. 217-bis l. fall.

Non è difficile pronosticare che le problematiche in diretta analisi torneranno attuali con l'emergere del *dissesto del sovvenuto*, ove dovesse risultare nativo, rivelando un credito concesso imprudentemente, allo stare dei parametri della diligenza professionale del settore bancario, ovvero anche sopravvenuto, nel caso di soggetti divenuti non più risanabili, pur dopo la sovvenzione ricevuta. Avvenga ciò tramite "nuovi" finanziamenti, eventualmente meglio garantiti, per pagare (almeno in parte) vecchi debiti, ovvero con nuovi scadenziamenti, dilazioni o protratte tolleranze rispetto alla mancata riscossione di debiti scaduti ed esigibili, al di fuori di evenienze in cui è il dettato normativo ad imporre direttamente moratorie sui finanziamenti concessi in fase pre-covid-19 (cfr. art. 56, d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia¹). Anche a dispetto del dato normativo e della struttura delle fattispecie incriminatrici fallimentari, il dissesto incide retrospettivamente sulle valutazioni dell'interprete penale, scoraggiando letture indulgenti verso gli originari propositi di salvaguardia dei valori aziendali.

Si cercherà di acclarare, in particolare, se l'intensa sollecitazione normativa alle banche a finanziare, assistendo con garanzia pubblica le sovvenzioni ex artt. 1 e 13 del d.l. liquidità, possa davvero *semplificare la valutazione del merito creditizio* e proteggere dalla postuma riconsiderazione critica in ambito penale delle condotte degli operatori bancari che abbiano concesso credito a soggetti mai stati (o non più) autenticamente in grado di adempiere all'impegno restitutorio, mantenendoli in condizione di apparente solvibilità e ritardando la naturale manifestazione della loro reale condizione economico-patrimoniale, aggravandone il dissesto o favorendone comportamenti solutori di portata discriminatoria.

¹ L'art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, realizza una "sospensione" sino al 30 settembre 2020 di alcuni pregressi finanziamenti erogati da istituzioni finanziarie o bancarie. Di tale agevolazione non possono beneficiare le imprese "classificate come esposizioni creditizie deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli intermediari creditizi".

Sin da ora si anticipa l'approdo: la doverosità della verifica del merito di credito del prestatore dei finanziamenti con garanzia pubblica persiste e costituisce la croce e la delizia dei finanziatori istituzionali. Da un lato, infatti, è l'espressione tipica dell'attività professionale da essi esercitata, il condensato ultimo attraverso il quale essa si esprime nel rispetto delle regole di settore. Nondimeno, proprio tale libertà professionale, in quanto retta da doveri istruttori e valutativi, costituisce la premessa di possibili responsabilità. L'esito dell'esercizio della discrezionalità tecnica non può essere vincolato oltre misura per via legislativa e questa rappresenta la premessa imprescindibile per abusi delle facoltà ad essa collegate.

1.2. L'irrinunciabilità della verifica del merito di credito, tra responsabilità amministrative e civili

Gli istituti di credito sono tenuti all'osservanza di un articolato complesso di regole che ha dato dettaglio al criterio generale della diligenza e della prudenza del *bonus argentarius*; norme la cui vigenza non resta affatto anestetizzata nel contesto della pur imponente manovra di finanziamenti varata in fase Covid-19, imperniata su sovvenzioni di mano privata, sostenute da garanzie pubbliche².

Norme primarie di diversa origine, discipline dell'autorità di vigilanza europea, orientamenti dell'Autorità bancaria europea, nonché istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia³, implementatesi sotto lo stimolo degli accordi e dei parametri di Basilea 2 e Basilea 3 nonché delle direttive e dei regolamenti euro-unitari⁴, delineano una normativa articolata che mira a salvaguardare la qualità del credito, in funzione della tutela della salute dei conti economici degli istituti di credito⁵ e, non ultimo, del risparmio ad essi affidato. La concessione del credito costituisce l'esito di un processo nel quale, con scadenze sempre più formalizzate, si struttura la verifica del merito di credito⁶. Da tali dati normativi, infatti, al

² Il volume complessivo dei potenziali finanziamenti garantiti al Fondo centrale di garanzia PMI e da SACE si attesta sulla cifra ragguardevole di 310 miliardi di euro. Lo ricorda L. Orsi, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia covid-19, a proposito del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni con l. 5 giugno 2020, n. 40*, in *Sistema penale*, 2020, 57 ss.

³ Cfr. Circolare 21 aprile 1999, n. 229 e successivi aggiornamenti ed integrazioni; Circolare n. 285/2013, 32° aggiornamento al 21 aprile 2020. Nel caso di irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza, la Banca d'Italia ha il potere di applicare sanzioni amministrative, secondo l'assetto introdotto a seguito del recepimento della direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento;

⁴ Cfr. Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento; direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, cit. Tale normativa vieta alle banche di detenere crediti complessivamente troppo rischiosi (limite imposto dai c.d. "requisiti patrimoniali") e stabilisce criteri predittivi per valutare il merito creditizio del cliente (c.d. *rating*).

⁵ Anche il Governatore della Banca d'Italia ha ricordato, in proposito, che "il legislatore ha dovuto individuare un difficile equilibrio tra esigenze opposte: da un lato, fare affluire le risorse con rapidità a tutti coloro che sono gravemente colpiti dagli effetti dell'epidemia; dall'altro, tutelare lo Stato, evitando che le garanzie vadano a coprire finanziamenti di assai improbabile restituzione o che si prestino al possibile utilizzo da parte della criminalità" (I. Visco, *Considerazioni finali del Governatore*, Relazione annuale anno 2019 CXXVI Esercizio, Roma, 29 maggio 2020). aa.

⁶ Cfr. artt. 5, 120-undecies, 124-bis, d.lgs. n. 385/1993 nonché le procedure, le metodologie e le tecniche relati-

netto dell'enfatizzazione del significato della semplificazione di alcune componenti e di limitate fasi del procedimento istruttorio presenti nella disciplina dell'emergenza (cfr. art. 1-*bis*, comma 5-*bis*, d.l. n. 23/2020)⁷, può evincersi non solo l'opportunità ma anche il persistente dovere professionale dell'intermediario bancario di valutare in termini non formali il merito creditizio del soggetto che aspira a finanziamento⁸; vale a dire, il dovere di tenere conto dei fattori rivelatori delle prospettive di adempimento degli obblighi stabiliti dal contratto di credito, sulla base delle informazioni, opportunamente verificate, sulla situazione economica e finanziaria del soggetto finanziato, entro i parametri della necessità, della sufficienza e della proporzione⁹.

Del resto, l'erogazione del credito non dipende solo dal *rating* del singolo cliente, ma anche dal grado di rischio che connota il patrimonio complessivo della banca, che, in presenza di una propria situazione patrimoniale disallineata rispetto alle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, potrebbe rifiutare il finanziamento pur a soggetto con "sicura" affidabilità restitutoria¹⁰.

Per quanto risulti "spiacevole" ricordarlo in una fase tormentata della vita economica del Paese, l'erogazione di un prestito, secondo l'attuale legislazione, anche quella emer-

ve alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli artt. 53, 67, 108, 109 e 114-*quaterdecies* TUB e dalle disposizioni di attuazione.

⁷ Ai sensi dell'art. 1-*bis*, comma 5, d.l. n. 23/2020, fermi restando gli obblighi di segnalazione previsti dalla normativa antiriciclaggio, per la verifica degli elementi attestati dalla dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 1-*bis*, cit. poste a corredo delle richieste di finanziamento e di garanzia effettuate ai sensi degli artt. 1 e 13, d.l. n. 23/2020, il soggetto che eroga il finanziamento "non è tenuto a svolgere accertamenti ulteriori rispetto alla verifica formale di quanto dichiarato". *Contra* L. Orsi, *op cit.*, 61, assume che la disposizione esenti il finanziatore (e non solo il Fondo) dalla verifica della richiesta di finanziamento, autorizzando una presa d'atto di quanto affermato dal richiedente.

⁸ Come osserva A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2020, 260-261, "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 essere concessa, dunque, se è ragionevolmente presumibile il rimborso dell'erogato. Alla stessa conclusione sembra di doversi arrivare (pur sulla base di un intervento disciplinare assai meno nitido) pure per le operazioni di fascia intermedia (...). 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 (...)".

⁹ Ha osservato I. Visco, *op. cit.*, 19 che "In assenza di esplicite previsioni normative, le banche che omettono la valutazione del merito di credito si espongono al rischio di commettere reati. Gli intermediari sono anche tenuti a effettuare, come è giusto, i controlli previsti dalla legislazione antimafia e da quella antiriciclaggio, che presidiano rischi notevolmente aumentati nei mesi dell'emergenza". In via generale, per il Fondo di Garanzia per le PMI, l'impresa e il professionista devono essere valutati in grado di rimborsare il finanziamento garantito, ovvero considerati economicamente e finanziariamente sani sulla base di appositi modelli di valutazione che utilizzano i dati di bilancio (o delle dichiarazioni fiscali) degli ultimi due esercizi; le *start up*, invece, sono valutate sulla base di piani previsionali.

¹⁰ Le norme della vigilanza prudenziale relative alla concentrazione dei rischi mirano a limitare i pericoli di instabilità delle banche connessi alla concessione di finanziamenti di importo rilevante rispetto al patrimonio di vigilanza; i limiti, in particolare, riguardano sia l'entità dei rischi nei confronti di ciascuna controparte, sia l'ammontare complessivo delle esposizioni di maggiore importo. Il patrimonio identifica il primo presidio a fronte dei rischi connessi alla complessiva attività bancaria e il principale parametro di riferimento per le valutazioni dell'autorità di vigilanza in merito alla solidità delle banche. Cfr. Titolo I, Capitolo 2, Circolare n. 263/2006 e successivi aggiornamenti.

genziale, non corrisponde ad un diritto del cliente, ma ad una facoltà della banca, da esercitare attraverso un continuo coordinamento tra il fattore di rischio individuale del cliente e la situazione patrimoniale complessiva dell'istituto di credito¹¹. È stato opportunamente ricordato che *“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 Stato. Pure sul fronte dei rapporti con la clientela – va aggiunto – l'adesione delle banche al meccanismo di intervento in discorso non risulta vincolato. [...] L'adesione delle banche al meccanismo di intervento – e, quindi, l'effettivo funzionamento del medesimo – si affida, in definitiva, a strumenti di suavità”*¹². Questa discrezionalità costituisce anche la fonte della possibile responsabilità degli istituti di credito.

Le ragioni della doverosità dell'accertamento del merito di credito (ovvero delle condizioni economico-finanziarie) dei clienti sono varie. In alcuni casi, rivestono valenza macroeconomica, in altre ambiscono a più limitata portata soggettiva. Gli interessi protettivi oscillano da quelli riferibili al singolo istituto bancario a quelli propri dell'intero sistema bancario, tenuto conto degli effetti sistemici che potrebbero innescarsi in caso di crisi di liquidità scaturenti dal mancato rimborso dei prestiti e dalla conseguente impossibilità di finanziarie la clientela meritevole. Inoltre, viene in considerazione la salvaguardia del mercato finanziario e dei singoli investitori-risparmiatori che acquistano i prestiti della clientela delle banche nel contesto delle “cartolarizzazioni” con le quali le prime trasferiscono ai secondi il rischio di inadempimento dei clienti. Infine, il controllo del merito è giustificato dall'esigenza di tutelare il soggetto che richiede il prestito, specie ove non adeguatamente strutturato per valutare le proprie condizioni economico-finanziarie, evitando che l'erogazione del finanziamento diventi l'occasione per ricavare profitti impropri connessi alla vendita dei beni oggetto di garanzia.

Al netto di apparenti semplificazioni evocate durante i lavori parlamentari ed in alcuni porzioni del disposto normativo¹³, dunque, può anticiparsi che la *verifica del merito di credito non può avere esiti predeterminati, né svolgersi in termini apparenti*, con mero recepimento dell'attestazione del cliente circa la verità e la completezza dei dati aziendali forniti su richiesta dell'intermediario finanziario (art. 1-bis, comma 1, lett. b), d.l. n. 23/2020). Questo per più ordini di ragioni.

¹¹ Il cliente al quale sia stato opposto un rifiuto nella concessione del credito avrà, piuttosto, il diritto di richiederne alla banca le motivazioni (cfr. decisione n. 6182/2013 del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario); sotto il profilo risarcitorio per i danni derivanti dalla violazione dell'obbligo di buona fede cfr. Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, rv. 604819. Per una esplicita affermazione giurisprudenziale della non obbligatorietà per gli operatori bancari e finanziari di concludere i contratti di finanziamento assistiti dalle garanzie previste dall'art. 13, d.l. n. 23/2020, cfr. Trib. civ. Bologna, sez. III, ord. 2 ottobre 2020, relatrice A. Arceri, in *Quotidiano Giuridico*, 14 ottobre 2020.

¹² A. Dolmetta, *op. cit.*, 259 ss.

¹³ Cfr. art. 13, comma 8, d.l. n. 23/2020 per gli *operatori di microcredito* iscritti nell'elenco di cui all'art. 111 TUB, in possesso del requisito per la qualificazione come micro, piccola o media impresa e per le nuove imprese costituite o che hanno iniziato la propria attività non oltre tre anni prima della richiesta della garanzia del Fondo e non utilmente valutabili sulla base degli ultimi due bilanci approvati.

In primo luogo, la verità e la completezza dei dati forniti su richiesta dell'intermediario *non assicurano la capacità restitutoria e di adempimento* di chi aspira alla sovvenzione. I dati offerti, infatti, quantunque sinceri e esaurienti, potrebbero non rassicurare circa l'esistenza del merito di credito. La situazione debitoria dell'aspirante potrebbe essere così grave da non essere rimediabile con le risorse che i finanziatori possono mettere a disposizione dovendosi tenere conto pur sempre della concreta capacità restitutoria del primo.

Inoltre, se per una parte della sovvenzione l'istituto di credito può sentirsi rasserenato dall'esistenza di una garanzia pubblica, per *la porzione sguarnita* (oscillante tra il 10 ed il 30% nel caso dei finanziamenti erogati in caso di garanzia prestata da SACE e in diverse quote variabili per i finanziamenti erogati con garanzia prestata dal Fondo centrale di garanzia PMI¹⁴) non vi è semplificazione che tenga o che possa venir imposta.

Tali ragioni sono valide anche sul versante del *diritto civile*¹⁵: l'*abusiva concessione del credito* – sia essa la prima erogazione, un rinnovo o una proroga – da parte della banca ad un'impresa in stato di conosciuta crisi economica o di insolvenza, *in violazione delle regole sul merito creditizio, non costituisce vicenda privata*, sfornita di riflessi su altre posizioni. Tale condotta può ritardare l'emersione dello stato di insolvenza e dunque l'apertura della procedura fallimentare, mantenendo all'impresa un'immeritata credibilità in seno al mercato, suscitando la falsa impressione di un soggetto economicamente ancora valido ed inducendo i creditori a continuare a contrattare e concludere affari con lo stesso. Si tratta di situazioni decisive nel generare altri debiti e nell'accrescere l'importo di insostenibili oneri finanziari. Dall'abuso della concessione del credito, dunque, segue un pregiudizio di contenuto plurioffensivo, che non attiene solo al *patrimonio dell'impresa ingiustificatamente finanziata*, ma incide sulla *garanzia che esso rappresenta per i creditori concorrenti*. La concessione di credito non può essere analizzata, dunque, in un'ottica atomistica, *“avendo cioè esclusivo riguardo al contratto tra l'ente finanziatore e il finanziato, bensì in una prospettiva che tenga conto dell'esistenza di plurime posizioni che proprio da quel finanziamento rischiano di essere pregiudicate”*¹⁶.

Si tratta di una forma di *responsabilità di natura extracontrattuale*, delineatasi per via giurisprudenziale inizialmente nei confronti dei creditori *del soggetto finanziato*, dopo essere rimasta per un lungo tempo confinata al dibattito dottrinale¹⁷. In Italia, la riflessione

¹⁴ Il Fondo è istituito dall'art. 2, comma 100, lett. a), l. 23 dicembre 1996, n. 662 e gestito, per conto del Ministero dello Sviluppo Economico, da un Raggruppamento temporaneo di Imprese costituito da cinque banche.

¹⁵ Per un quadro recente della tematica cfr. G. Falcone, *Concessione abusiva di credito e concorso della banca nel ricorso abusivo al credito*, (nota a sentenza), in *Fallimento*, 2020, 812.

¹⁶ L. Balestra, *Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, 109 ss. L'autore osserva che tale impostazione si evince anche dal Testo unico bancario nella misura in cui è previsto che l'attività di vigilanza delle autorità creditizie venga svolta, tra l'altro, avuto riguardo *“alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati”* (art. 5), in una prospettiva tesa anche *“al contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni”* (art. 53, comma 1, lett. b), TUB).

¹⁷ È stata la giurisprudenza francese a porsi il tema della responsabilità delle banche per concorso in abusivo ricorso al credito bancario alla fine degli anni settanta. Le principali differenziazioni hanno avuto riguardo alla qualificazione della azione proposta e all'inquadramento giuridico della responsabilità, con conseguenze sulla legittimazione attiva del curatore fallimentare ad agire in giudizio. Per una prima opinione tale azione è esperibile dalla curatela, trattandosi di azione di massa, equiparabile all'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali di una s.p.a. contro gli amministratori (art. 2394 c.c.) che, in caso di successiva sottoposizione della società a fallimento, si trasferisce al curatore (artt. 2394-bis c.c. e 146 l. fall.). Per diverso orientamento il curatore

in argomento ha preso piede negli anni settanta, sulla scorta di sollecitazioni provenienti nel diritto giurisprudenziale francese e belga. L'ingresso nell'esperienza giudiziaria, invece, è collocabile a far data dal 2006¹⁸.

Nella prima enucleazione, la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito non si configurava verso il soggetto immeritatamente sovvenuto, ma verso i suoi creditori, per aver suscitato in seno al mercato un'errata percezione della realtà finanziaria ed economica del primo, con l'effetto di condurre i terzi a contrattare o a continuare a contrattare, con chi già verteva in condizioni di difficoltà economica (c.d. responsabilità da danno informativo ex art. 2043 c.c., ovvero da informazione inesatta).

La responsabilità in esame, però, può afferire anche al danno da lesione della garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c., diminuita o annullata a causa della ritardata dichiarazione di fallimento causata dalla concessione abusiva del credito. Questo profilo è emerso in tempi più recenti, in concomitanza con l'*ampliamento dello spazio della praticabilità della tutela in esame* da parte del curatore di società fallita. Tale soggetto è legittimato ad agire, ex artt. 146 l. fall. e 2393 c.c., nei confronti della banca¹⁹, quale responsabile, in solido con gli amministratori, *per il danno cagionato alla società fallita* dall'abusivo ricorso al credito. Confermata la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori per le azioni di massa (finalizzate cioè alla ricostituzione del patrimonio del debitore, in funzione della garanzia ex art. 2740 c.c.)²⁰, in base al ricordato combinato disposto, il curatore, quale successore nei rapporti del fallito, può agire nei confronti della banca quale *terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita* per l'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore²¹. Il presupposto di tale azione è che la concessione di credito può assumere connotazione abusiva e originare responsabilità della banca nei confronti del soggetto finanziato per il pregiudizio diretto e immediato causato dal finanziamento al patrimonio di questo²².

non è legittimato a proporre tale azione, inquadrabile tra le azioni ex art. 2935 c.c. esperibili dai singoli danneggiati anche in costanza di procedura fallimentare (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031).

¹⁸ Cfr. Cass. civ. nn. 7029/2006, 7030/2006.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983; per un commento cfr. B. Inzitari, *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, 2017, 720.

²⁰ Cass. n. 7029/2006; in relazione ai successivi approdi (Cass. civ., sez. III, 12 maggio 2017, n. 11798; Id., sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983), cfr. G. Tarzia, *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2017, 905.

²¹ Nello stesso senso cfr. Cass. civ., sez. I, 1° giugno 2010, n. 13413, in *Dir. fall.*, 2011, 5, 2, 405.

²² Questo il percorso argomentativo di Cass. n. 9983/2017: (i) la previsione dell'art. 218 l. fall. dimostra che non può sostenersi che l'attività di erogazione del credito non sia mai di per sé abusiva; per contro, se il ricorso abusivo al credito va oltre i confini dell'accorta gestione imprenditoriale quanto all'amministratore della società finanziata, la stessa erogazione del credito, ove sia stata accertata la perdita del capitale di quella società, integra un concorrente illecito della banca che deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando il merito di credito in base a informazioni adeguate (art. 5 TUB); (ii) un'avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale e una altrettanto avventata o comunque imprudente concessione di credito da parte della banca originano un comportamento illecito concorrente, dotato di intrinseca efficacia causale, posto che il fatto dannoso si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale; (iii) questo fatto integra un danno per la società in sé, oltre che per i creditori anteriori, e determina – siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti – l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in via solidale (art. 2055 c.c.), con responsa-

Resta incontroverso che le *evenienze problematiche* che l'operatore finanziario è chiamato a gestire sono varie, non senza profili di apparente contraddizione. È il *dilemma del banchiere*²³, stretto tra il fantasma della concessione abusiva del credito e la contestazione dell'assenza di giusta causa dell'interruzione brutale dello stesso. In effetti, i comportamenti da tenere nei confronti di un'impresa in crisi non sono meccanicisticamente predefinibili. Le mancanze dell'operatore bancario possono assumere vesti diversificate: si oscilla dal mancato apprestamento delle verifiche necessarie sino alla vantaggiosa ristrutturazione delle garanzie dei finanziamenti già concessi, dall'improvvisa revoca di questi ultimi al semplice incasso delle somme prestate realizzato con modalità peculiari attraverso rimborsi di controparti imprenditoriali in crisi o insolventi. Nessuna di queste situazioni è agevolmente delineabile. Ad esempio, l'istituto di credito può esporsi a responsabilità anche nell'ipotesi in cui receda anticipatamente dall'apertura di credito senza giusta causa²⁴; situazione che, dopo le più recenti riforme del diritto fallimentare, è assai più complicata della facoltà *ex art. 1186 c.c.* di rivolgere l'esplicita richiesta al debitore di provvedere all'adempimento immediato in presenza della rilevata insolvenza del primo. L'impresa in crisi può contare, infatti, in seno alle procedure di soluzione della crisi, su una disciplina dedicata ai finanziamenti, offrire garanzie contro revocatorie e legittime condizioni di prededuzioni *ex art. 111 l. fall.*²⁵, oltre che esenzioni da responsabilità penale *ex art. 217-bis l. fall.* Un vasto bagaglio di opportunità che "complicano", dal lato del creditore, la decisione di interrompere la relazione di finanziamento e di richiedere l'immediata restituzione delle somme prestate. In tal senso, le previste moratorie del d.l. liquidità (si pensi alla disciplina della sospensione della crisi di capitale, alla presunzione di continuità aziendale retrodatata, alle nuove opportunità per ridefinire tempi e modi delle procedure concorsuali minori) intricano ulteriormente la situazione.

A questo punto deve ribadirsi che l'organizzazione e l'attuazione del processo di gestione del rischio di credito e di controparte, anche sotto il profilo della conoscenza e della

bilità correlabile alla *mala gestio* degli amministratori cui le banche si siano rese compartecipi per il tramite dell'erogazione di finanziamenti, non giustificabili dalla condizione economica del sovvenzionato; (iv) deve essere dimostrato se la società ha subito un danno in conseguenza della non corretta gestione degli amministratori che, nonostante la causa di scioglimento, avevano chiesto e ottenuto dalle banche cospicui finanziamenti (artt. 2446 ss., 2393 c.c., 218 l. fall.); (v) in caso di società fallita, la legittimazione a una simile azione compete al curatore fallimentare.

²³ A. Nigro, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Soc.*, 2007, 437.

²⁴ Secondo Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, "*in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate*". Sul limite della buona fede per il recesso da apertura di credito bancario cfr. Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, rv. 640946.

²⁵ Si considerino, in *proposito*: – gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un piano attestato di risanamento *ex art. 67*, comma 3, lett. d), l. fall.; – le disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater*); – le disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quinquies*, l. fall.).

verifica della condizione del cliente da finanziare o sovvenzionato, corrispondono a doveri dell'operatore bancario, tenuto alla corretta erogazione del credito ed al monitoraggio. Lo dimostra il fatto che, come si diceva, la deviazione dai parametri della diligenza di settore in seno al processo di verifica del merito di credito apre alla configurazione a carico dell'ente creditizio e dei suoi esponenti di responsabilità amministrative e civili per le quali il legislatore dell'emergenza, seppur richiestone, non ha introdotto esenzioni, esimenti o moratorie di sorta. Assieme alla raccolta del risparmio, del resto, proprio l'erogazione del credito costituisce l'espressione identitaria dell'attività bancaria, retta da regole settoriali non inertizzate dalla manovra.

Esiste una condivisibile ragione di fondo di questa opzione legislativa: la presenza di una garanzia pubblica dei finanziamenti. Il decreto liquidità confida sul ruolo degli istituti di credito quale componente fondamentale del sistema economico, facendo forte affidamento sull'osservanza da parte degli stessi delle regole di sana e prudente gestione e dei parametri di tutela del risparmio amministrato. La valutazione del merito creditizio, in tal senso, ostacola l'eventualità di impiegare risorse pubbliche "a pioggia", senza prospettive ragionevoli di successo. Il merito creditizio, dunque, costituisce anche il filtro per "impegnare" risorse pubbliche per le operazioni meno "rischiose" e più proficue, riducendo l'impatto della manovra sul bilancio statale e sulle spalle di coloro che sono chiamati a contribuire alle spese pubbliche²⁶.

L'intervento progettato dal d.l. liquidità è imperniato sull'affidabilità della garanzia pubblica per porzioni elevate²⁷ del credito erogato dai finanziatori istituzionali. Nel contesto di un mercato deteriorato, connotato da una caduta del PIL che appare ottimistico ritenere che si conterrà entro il valore dell'8% alla fine del 2020²⁸, per evitare ulteriori contrazioni dell'attività dell'impresa creditizia, si offre uno strumento di sostegno alle imprese bancarie e finanziarie rappresentato dalla garanzia dello Stato. In effetti, *"non sembra [...] azzardato affermare che le misure disposte nel decreto liquidità perseguono l'obiettivo di dare stabilità al sistema bancario"*²⁹, consolidando un mercato diffuso e a rischio marginale, per la parte di credito non coperto dallo Stato. Si tratta, a ben vedere, di obiettivo secondario, volto a favorirne un primario, costituito dal rafforzamento della domanda del credito, indispensabile per la ripresa economica.

Il decreto liquidità delinea, a tal fine, un "meccanismo di condivisione" tra lo Stato e le singole banche, direttamente responsabilizzate nella verifica dei presupposti previsti per i prenditori, condotta nell'interesse proprio e per la tutela (almeno riflessa) di interessi statali. Tra tali presupposti, appunto, elemento nodale è la *valutazione del merito di credito del prestatore*, nonché il *monitoraggio* della sua posizione nella fase di svolgimento del rapporto.

²⁶ In relazione all'art. 13, d.l. n. 237/2020 chiosa in termini condivisibili Trib. Bologna con ord. 2 ottobre 2020, cit.: *"La norma va interpretata nel senso che alla banca non è stato sottratto il diritto di accettare o meno la rinegoziazione in relazione alla valutazione del merito creditizio, tanto più considerando che tale valutazione è doppiamente necessaria al fine di garantire non solo gli interessi della banca ma il buon uso del denaro pubblico, di cui la predetta disposizione consente l'utilizzo e la destinazione, secondo apprezzamento squisitamente fondato sull'affidabilità e solidità dell'operatore economico"*.

²⁷ La garanzia è totale per quelli di fascia più bassa ex art. 13, lett. m), d.l. n. 23/2020.

²⁸ Cfr. Documento di economia e finanza per il 2020 deliberato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2020.

²⁹ A. Dolmetta, *op. cit.*, 260.

Per le *operazioni di fascia più alta* (per le quali è prevista la garanzia di Sace ex art. 1, d.l. n. 23/2020), sono apprestati i commi 6 e 7 dell'art. 1 del decreto liquidità. Ricevuta la richiesta di finanziamento con garanzia, la banca procede, secondo i canoni ordinari, all'istruttoria e quindi alla valutazione del credito. "In caso di esito positivo", trasmette la richiesta del prestatore a Sace, che "verifica l'esito positivo del processo deliberativo del soggetto finanziatore". L'attività di valutazione del merito di credito è svolta dalla banca anche nel diretto interesse del garante (per la misura garantita): la prima trasmette a quest'ultimo la propria e "positiva" determinazione, svolta secondo i criteri della diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c.³⁰. Il successivo "riscontro" di Sace non costituisce mera ratifica, anche perché non è prevista la trasmissione al garante né dell'atto di valutazione, né della relativa documentazione. Il decreto assegna anche a Sace il compito di "operare con la dovuta diligenza professionale". Il medesimo schema dovrebbe essere replicato poi per il monitoraggio del rapporto nella fase esecutiva.

Per i *crediti di fascia intermedia*, la lett. g) dell'art. 13 d.l. liquidità stabilisce l'esonero dal modello di valutazione tipo (cfr. allegato A del d.m. 12 febbraio 2019), ma solo per l'attività ordinaria del Fondo centrale di garanzia delle PMI³¹. La probabilità di inadempimento delle imprese è calcolata – per la definizione delle misure di accantonamento a titolo di coefficiente di rischio – in sede di ammissione della singola operazione finanziaria, esclusivamente sulla base dei dati contenuti nel modulo economico-finanziario del modello di valutazione. Nessun esonero è previsto per l'attività istruttoria e valutativa (specie per la parte del credito non assistita da garanzia) delle banche interessate, vieppiù responsabilizzate dalla semplificazione dell'attività del Fondo³². L'ultimo periodo della lett. g) dell'art. 13 cit. dispone che "*sono, in ogni caso, esclude le imprese che presentano esposizioni classificate come 'sofferenze' ai sensi della disciplina bancaria*". Nel dubbio circa il fatto che si tratti di verifica solo formale (limitata alla rilevazione di sofferenze per tali classificate) o sostanziale, l'opzione favorevole a quest'ultima lettura è confortata dalla 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 "*la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza*"³³.

Più oscura è la situazione relativa ai *crediti di fascia più bassa*, per i quali non è ben

³⁰ In tal senso, ancora, A. Dolmetta, *op. cit.*, 289.

³¹ In base alla disciplina ordinaria, la valutazione del merito di credito ai fini dell'ammissibilità alla garanzia del Fondo dei soggetti beneficiari finali (PMI e *mid-cap*), diversi dalle *start up*, è effettuata attraverso l'attribuzione ad essi di una probabilità di inadempimento e il loro collocamento in una delle classi di valutazione e delle fasce di valutazione che compongono la scala di valutazione. Il modello di valutazione presenta, in particolare, una struttura modulare composta dai seguenti moduli informativi: a) modulo economico – finanziario: fornisce una misura del profilo di rischio patrimoniale, economico e finanziario. Nel caso di assenza di tali dati, il beneficiario finale è classificato come non valutabile, "*unrated*" e dunque non è ammesso; b) modulo andamentale: fornisce una misura del profilo di rischio di credito, approfondendo la dinamica dei rapporti del beneficiario finale con le istituzioni finanziarie. A questi si aggiunge un ulteriore blocco informativo che valuta la presenza di atti ed eventi pregiudizievoli a carico del soggetto beneficiario finale e dei soci (gli eventi sono riconducibili alle seguenti categorie: ipoteca giudiziale/pignoramento, ipoteca legale, domanda giudiziale).

³² In tal senso A. Dolmetta, *op. cit.*, 291.

³³ Ancora A. Dolmetta, *op. cit.*, 291.

chiaro se un'attività di istruttoria (e di monitoraggio) del credito sia prevista³⁴. L'art. 13, lett. m), d.l. n. 23/2020 è, in proposito, anodino: se in base all'ultimo periodo della disposizione il credito è "*concesso automaticamente ... senza valutazione ..., subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti*", il quarto periodo della medesima disposizione normativa, nel regolare il compenso della banca finanziatrice, prevede che questo concerne i "*costi di istruzione e di gestione*" dell'operazione. Costi, almeno nel primo caso, che non sembra coerente collegare a concessioni automatiche.

2. Le sovvenzioni con garanzia pubblica

2.1. Osservazioni generali: la rinegoziazione dei debiti e la crisi economica dei beneficiari dei finanziamenti

Merita trattazione preliminare la definizione degli spazi di *rinegoziabilità del debito bancario* pregresso, ammesso dalle diverse forme di finanziamenti previste dal d.l. liquidità.

Il dettato normativo non cela la preoccupazione che le banche utilizzino le opportunità del decreto liquidità per "consolidare", con la garanzia dello Stato, le pregresse esposizioni dei loro "vecchi" clienti. La resistenza rispetto a tale prospettiva era apparsa più decisa nella prima versione dell'intervento³⁵, mentre appare essersi ammorbida all'esito della fase di conversione. Si è evocata, in proposito, un'eterogenesi dei fini, per la quale l'intervento emergenziale da prevalente sostegno alla domanda del credito sarebbe divenuto armamentario di esclusiva stabilizzazione delle banche.

Occorre procedere, anche in tal caso, distinguendo tra le diverse tipologie di sostegno finanziario.

Gli interventi di *finanziamento di fascia media* ex art. 13, lett. e), d.l. n. 23/2020 possono conseguire la garanzia del Fondo³⁶ a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito del beneficiario, purché con il *nuovo finanziamento* venga erogato *credito aggiuntivo* in misura pari ad almeno il 10% dell'importo del debito residuo (quota accresciutasi sino al 25% per i finanziamenti deliberati dal finanziatore dopo il 7 giugno 2020). In tali evenienze, il finanziatore deve trasmettere al gestore del Fondo una dichiarazione che attesti la riduzione del tasso di interesse applicata, sul finanziamento garantito, al soggetto beneficiario per effetto della sopravvenuta concessione della garanzia.

Alle ricordate condizioni, dunque, l'esposizione già in essere con un debitore può anche essere coinvolta nel complessivo contesto dell'operazione di finanziamento coperto

³⁴ Sono fatti salvi i casi di ammissibilità alla garanzia del Fondo senza valutazione del merito di credito, già previsti dall'art. 6, comma 2, d.m. 6 marzo 2017: ai sensi di tale norma, segnatamente, le *start-up* innovative e gli incubatori certificati, le operazioni di micro credito, quelle a rischio tripartito e quelle di importo estremamente ridotto – non superiore a 25 mila euro per singolo beneficiario, ovvero 35 mila euro se presentate da un garante autorizzato – sono ammissibili alla garanzia senza valutazione del merito di credito.

³⁵ Sembra parametrarsi su di essa l'osservazione di L. Orsi, *op. cit.*, 64, per cui "*a differenza di quanto è previsto per il Fondo PMI, Sace non garantisce finanziamenti erogati a fronte di rinegoziazione di debiti preesistenti*".

³⁶ Per la garanzia diretta nella misura dell'80% e per la riassicurazione nella misura del 90% dell'importo garantito dal Confidi o da altro fondo di garanzia, a condizione che le garanzie da questi rilasciate non superino la percentuale massima di copertura dell'80%.

dalla garanzia statale. Secondo i primi commentatori, il testo dell'art. 13 lett. e) cit. *“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”*³⁷.

Gli interventi disciplinati dall'art. 1, comma 2, lett. g), m), n) e n)-bis, e dall'art. 13 lett. m) (primo e secondo periodo), d.l. n 23/2020 considerano *“nuovo finanziamento”*, meritevole del beneficio statale, anche il credito già in essere in quanto venga ad essere presidiato da una *“nuova” garanzia* che, dunque, sembra valere ad innovare il rapporto originario, purché segua *rinegoziazione significativa* del credito pregresso, idonea a far conseguire al debitore credito aggiuntivo, utile ad offrirgli reale sostegno.

Per contare sulla garanzia di Sace, infatti, ai sensi dell'art.1, comma 2, lett. m), cit., il soggetto finanziatore deve dimostrare che, all'esito del rilascio del finanziamento coperto da garanzia, *l'ammontare complessivo delle esposizioni nei confronti del soggetto finanziato risulta superiore all'ammontare di esposizioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto* corretto per le riduzioni delle esposizioni intervenute tra le due date in conseguenza del regolamento contrattuale stabilito tra le parti prima dell'entrata in vigore del decreto. Inoltre, in sede di conversione del decreto liquidità, è stato previsto che il finanziamento coperto dalla garanzia venga destinato a sostenere *costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante* impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria, con impegno a non delocalizzare le produzioni (art. 1, comma 2, lett. n); *solo in misura non superiore al 20% dell'importo erogato inoltre potrà essere destinato al pagamento di rate di finanziamenti, scadute o in scadenza nel periodo emergenziale ovvero dal 1° marzo 2020 al 31 dicembre 2020*, per le quali il rimborso sia reso oggettivamente impossibile in conseguenza della diffusione dell'epidemia di Covid-19 o delle misure dirette alla prevenzione e al contenimento della stessa, se tale impossibilità oggettiva sia attestata dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000 (art. 1, comma 2, lett. n-bis).

Altro tema di preliminare interesse attiene alle condizioni economiche dei *potenziali beneficiari dei finanziamenti garantiti*.

Nel caso dei *finanziamenti di fascia elevata, provvisti della garanzia di SACE*, è richiesto che l'impresa beneficiaria *non rientri*, al 31 dicembre 2019, *nella categoria delle imprese in difficoltà e non risulti presente*, alla data del 29 febbraio 2020, *tra le esposizioni deteriorate* presso il sistema bancario, come *rilevabili* dal soggetto finanziatore (art. 1, comma 2, lett. b).

È dunque chiaro, anzitutto, che la misura di sostegno non può rimediare situazioni di insolvenza o anche solo di crisi patrimoniale e finanziaria sviluppatesi *prima del varo della disciplina connessa all'emergenza covid-19*. Si tenga conto, in tal senso, che il primo livello della preclusione all'accesso a tali interventi matura già con *esposizioni scadute o eccedenti i limiti di affidamento da oltre 90 giorni*, oltre una predefinita soglia di rilevanza.

Per converso, l'osservazione svolta autorizza a ritenere che le medesime condizioni non precludano, di per sé, l'accesso al finanziamento garantito, se imputabili ad eventi ma-

³⁷ A. Dolmetta, *op. cit.*, 284, contrasta l'opinione per cui basterebbe la concessione di un *surplus*.

turati durante la fase di emergenza sanitaria; situazione che, anzi, costituisce ragione dell'iniziativa legislativa, come rivelato da altre condizioni per il rilascio della garanzia pubblica. La considerazione non è di poco momento, poiché autorizza l'operatore finanziario ad assumere diversi criteri comportamentali nell'esercizio dell'attività di credito in presenza della medesima situazione oggettiva, in quanto diversamente connotata in termini di origine e tempistica. Del resto, ove queste ultime siano collegate alla fase Covid, per apprezzare la reale insolvenza dovrà considerarsi anche la possibilità di accedere a finanziamenti assistiti da garanzia pubblica, opzione non riservata in termini indiscriminati. Resterà, per quanto già detto, in ogni caso insuperabile la necessità di valutare positivamente, da parte del finanziatore, il merito di credito del richiedente la sovvenzione.

Ai sensi della normativa europea³⁸ l'impresa in difficoltà è quella che soddisfa almeno una delle seguenti circostanze: a) nel caso di *società a responsabilità limitata*³⁹, qualora abbia perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate⁴⁰; b) nel caso di *società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società*⁴¹, qualora abbia perso più della metà dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, a causa di perdite cumulate⁴²; c) *qualora l'impresa sia oggetto di procedura concorsuale per insolvenza* o soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori; d) qualora l'impresa abbia ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbia ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbia ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e sia ancora soggetta a un piano di ristrutturazione; e) nel caso di un'impresa diversa da una PMI, qualora, negli ultimi due anni: – il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell'impresa sia stato superiore a 7,5; – il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0.

Secondo la classificazione offerta dalla Circolare della Banca d'Italia 30 luglio 2008, n. 272, poi, sono “*deteriorate*” le esposizioni rientranti nelle tre sottoclassi di crediti: – le *sofferenze*, quali esposizioni verso soggetti in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili; – le *inadempienze probabili*, quali esposizioni per le quali la banca valuta improbabile che il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni contrattuali; – le *esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate*, quali ulteriori diverse esposizioni scadute o eccedenti i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza.

³⁸ Cfr. Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, Regolamento (UE) n. 702/2014 del 25 giugno 2014 e Regolamento (UE) 16 dicembre 2014, n. 1388.

³⁹ Diverse dalle PMI costituiscono da meno di tre anni o, ai fini dell'ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della due diligence da parte dell'intermediario finanziario selezionato.

⁴⁰ Ciò si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto.

⁴¹ Vale l'esclusione di cui alla nota che precede.

⁴² Ai fini della presente disposizione, per “società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società” si intendono in particolare le tipologie di imprese di cui all'allegato II della direttiva 2013/34/UE.

Più largheggianti risultano le condizioni di accesso ai *finanziamenti di fascia media con garanzia* del Fondo centrale di garanzia PMI, *previsti dall'art. 13, lett. g), d.l. n. 23/2020*.

Per essi si distinguono diverse situazioni con riferimento alla condizione del richiedente, anche in considerazione dell'intervento di misure di concessione o dell'accesso a procedure concorsuali minori o di soluzione negoziale della crisi. In via di estrema sintesi, restano inaccessibili alle imprese che, ai sensi della disciplina bancaria vigente, presentano esposizioni classificate come sofferenze, mentre si aprono ai soggetti con esposizioni connotate da inadempienze probabili e, al ricorrere di date condizioni, per quelle che presentavano esposizioni in passato classificate deteriorate ma "rimediate" dopo le misure di concessione o l'ammissione a procedure di risoluzione della crisi.

Infatti, la garanzia è concessa anche in favore dei beneficiari finali che presentano, alla data della richiesta della garanzia, esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate, purché non prima del 31 gennaio 2020, come *inadempienze probabili* o come *esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate*⁴³. Inoltre, salvo che si tratti di garanzie che assistano operazioni di rinegoziazione del debito (art. 13, lett. e), cit., nei confronti dei beneficiari finali che si trovavano nelle anzidette condizioni (ovvero con esposizioni, prima del 31 gennaio 2020, classificate come *inadempienze probabili* o come *esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate*) la concessione della garanzia è ammessa anche se erano destinatari di misure di concessione. In tale caso, la garanzia è concessa anche prima che sia trascorso un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le suddette esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate⁴⁴, se, alla data di entrata in vigore del decreto liquidità, *le citate esposizioni non sono più classificabili come esposizioni deteriorate*, non presentano importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e il soggetto finanziatore, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa *ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza*⁴⁵ (art. 13, lett. g-ter). Inoltre, la garanzia è concessa, anche prima che sia trascorso un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate, ai sensi dell'art. 47-bis, paragrafo 6, lett. b), del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, in favore delle imprese che, in data successiva al 31 dicembre 2019, sono state ammesse alla *procedura del concordato con continuità aziendale* di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, hanno stipulato accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis del citato regio decreto n. 267/1942 o hanno presentato un piano ai sensi dell'art. 67 del medesimo regio decreto, purché, alla data di entrata in vigore del decreto liquidità, le loro esposizioni *non siano classificabili come esposizioni deteriorate*, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e il soggetto finanziatore, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore,

⁴³ Ai sensi del paragrafo 2 della parte B) delle avvertenze generali della circolare della Banca d'Italia 30 luglio 2008, n. 272.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 47-bis, paragrafo 6, lett. b), Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 47-bis, paragrafo 6, lett. a) e c), del Regolamento (UE) n. 575/2013, cit.

possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi del citato *art. 47-bis, paragrafo 6, lett. a) e c), del regolamento (UE) n. 575/2013*. Sono, in ogni caso, escluse le imprese che presentano esposizioni classificate come *sofferenze* ai sensi della disciplina bancaria vigente (*art. 13, g)-quater*).

Anche per tali operazioni però la misura di sostegno non può rimediare situazioni di insolvenza o anche solo di crisi patrimoniale e finanziaria sviluppata già prima del 31 gennaio 2020. Per converso, l'osservazione autorizza a ritenere che le medesime condizioni, se imputabili ad eventi maturati durante la fase di emergenza sanitaria, non siano di per sé ostative all'erogazione garantita; salva, in ogni caso, la valutazione negativa della capacità restitutoria, che pare obiettivamente ostacolata dalla situazione più grave di sofferenza.

2.2. I finanziamenti previsti dall'art. 1 del d.l. n. 23/2020 con garanzia di SACE

L'art. 1, comma 1 del d.l. n. 23/2020 prevede la concessione da parte di SACE S.p.A. di garanzie in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia per i finanziamenti in qualsiasi forma⁴⁶ concessi ad imprese diverse da banche o da altri soggetti abilitati all'esercizio del credito, con sede in Italia, colpite dall'emergenza Covid-19, per assicurarne la liquidità⁴⁷.

La garanzia è rilasciata entro il 31 dicembre 2020 per finanziamenti di durata non superiore a 6 anni, con preammortamento fino a 36 mesi; precisi criteri definiscono l'importo massimo del prestito e della percentuale di copertura, variabile dal 70% all'80% o al 90%, a seconda delle dimensioni delle imprese.

Limitando le notazioni agli aspetti di rilievo per la tematica d'immediato interesse, il rilascio delle garanzie è deciso con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro dello sviluppo economico, sulla base *dell'istruttoria* svolta da SACE (*art. 1, comma 7, cit.*). Per le imprese di minori dimensioni (con numero di dipendenti in Italia non superiore a 5.000 unità e un valore del fatturato inferiore a 1,5 miliardi di euro) è prevista una procedura semplificata (*art. 1, comma 6, cit.*), secondo la quale il garante *"processa la richiesta del finanziatore verificando l'esito positivo del processo deliberativo del soggetto finanziatore"* (*art. 1, comma 6, d.l. cit.*). In tutti casi è previsto che i soggetti finanziatori forniscano un rendiconto periodico a SACE al fine di riscontrare il rispetto degli impegni e delle condizioni di legge (*art. 1, comma 9, d.l. cit.*).

A ben considerare, il garante finale della manovra di sovvenzione è lo Stato⁴⁸; infatti,

⁴⁶ In sede di conversione, la concessione della garanzie è stata estesa anche alle cessioni di crediti con garanzia di solvenza prestata al cedente (*cfr. art. 1, comma 1-bis, d.l. n. 23/2020*).

⁴⁷ Per l'ampliamento della tipologia di imprese che possono essere ammesse alle misure di cui all'art. 1 *cfr. art. 64, comma 1-ter, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126*.

⁴⁸ Per la copertura degli oneri derivanti dalle garanzie viene istituito un Fondo nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, con una dotazione iniziale pari a 1.000 milioni di euro. Per la gestione del Fondo è autorizzata l'apertura di un apposito conto di tesoreria centrale, che, secondo quanto introdotto dalla Camera, è intestato a SACE S.p.A. Sul conto sono versate commissioni annuali di garanzia dovute dalle imprese a SACE incassate dalla stessa società, al netto dei costi di gestione sostenuti da questa, salvo conguaglio all'esito dell'approvazione del bilancio (*art. 1, comma 14*).

“sulle obbligazioni di Sace SpA derivanti dalle garanzie disciplinate dai commi 1 e 1 bis, è accordata di diritto la garanzia dello Stato a prima richiesta e senza regresso” (art. 1, comma 5, d.l. n. 23/2020); garanzia “esplicita, incondizionata, irrevocabile”. SACE S.p.a. svolge la funzione di garante più prossimo al sovvenzionato e può essere coinvolta, dal MEF, nell’escussione della garanzia e nel recupero dei crediti (attività che, a sua volta, può altresì delegare alle banche, alle istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e agli altri soggetti abilitati all’esercizio del credito in Italia).

In tal modo, nei confronti del sovvenuto lo Stato potrà agire in regresso e il nuovo finanziamento potrà contribuire all’aumento dell’indebitamento complessivo⁴⁹. Non trattandosi di contributi a fondo perduto, tali sovvenzioni accrescono i debiti dell’imprenditore e possono rendere attuali le problematiche di tutela dei creditori anteriori alla concessione abusiva del credito (per aggravamento del dissesto del comune debitore e conseguente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento), come dei creditori successivi per il danno patito dall’aver instaurato rapporti che non sarebbe stati intessuti ove non vi fosse stata l’apparente solvibilità accreditata dal finanziamento abusivamente concesso.

Inoltre, le sovvenzioni pubbliche con garanzia SACE godono di privilegio *ex lege* previsto dall’art. 9, comma 5, l. n. 123/1998. Ciò comporta che i correlativi crediti sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall’art. 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi⁵⁰. Secondo la Corte di Cassazione, in sede fallimentare, anche gli interventi di sostegno pubblico erogati in favore delle attività produttive in forma di concessione di garanzia godono del privilegio predetto, perché espressione di un unitario disegno normativo che rende necessario “comunque recuperare la provvista per ulteriori e futuri interventi di sostegno della produzione”⁵¹. In tema di ripartizione dell’attivo fallimentare, l’art. 9, comma 5, cit., nel prevedere la revoca del beneficio e il privilegio in favore del credito alle restituzioni, si riferisce non solo a patologie attinenti alla fase genetica dell’erogazione pubblica, ma anche a quella successiva di gestione del rapporto di credito insorto per effetto della concessione⁵².

Occorre ripercorrere, a questo punto, talune *condizioni per il rilascio della garanzia pubblica* da parte di SACE, delineate dall’art. 1, comma 2, d.l. n. 23/2020 e che riguardano le premesse soggettive, il profilo incrementativo dei nuovi finanziamenti ed i vincoli di impiego. Più in dettaglio, il rilascio della *garanzia è ammissibile se*: – al 31 dicembre 2019 l’impresa beneficiaria *non rientrava nella categoria delle imprese in difficoltà*⁵³ e alla data

⁴⁹ Così G. D’Attorre, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Il Fallimento*, 2020, 602.

⁵⁰ Critica tale interpretazione giurisprudenziale S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da SACE s.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

⁵¹ In questa direzione, da ultimo, Cass. 8 ottobre 2019, dep. 2020, n. 2536; Cass. 30 gennaio 2019, n. 2664; Cass. 31 maggio 2019, n. 14915; Cass. 26 giugno 2019, n. 17101; Cass. 25 novembre 2019, n. 30621; Cass. 26 novembre 2019, n. 30739. Su posizione contraria cfr. A. Dolmetta, *op. cit.*, 271, il quale valorizza il principio di tassatività dei privilegi, osservando che il decreto liquidità non richiama né la l. n. 123/1998 né l’art. 8-bis, d.l. n. 3/2015.

⁵² Cass. 20 aprile 2018, n. 9926.

⁵³ Cfr. Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, del Regolamento (UE) 25 giugno 2014, n. 702 e del Regolamento (UE) 16 dicembre 2014, n. 1388.

del 29 febbraio 2020 *non risultava presente tra le esposizioni deteriorate* presso il sistema bancario, come *rilevabili* dal soggetto finanziatore (lett. b); [...] – per nuovi finanziamenti concessi all'impresa successivamente all'entrata in vigore del decreto liquidità, per capitale, interessi ed oneri accessori fino all'importo massimo garantito (lett. g); [...] – se il finanziatore dimostra che *ad esito del rilascio del finanziamento coperto da garanzia l'ammontare complessivo delle esposizioni nei confronti del soggetto finanziato risulta superiore all'ammontare di esposizioni detenute alla data di entrata in vigore del d.l. liquidità*, corretto per le riduzioni delle esposizioni intervenute tra le due date in conseguenza del regolamento contrattuale stabilito tra le parti prima dell'entrata in vigore del decreto (lett. m); – se il finanziamento garantito viene destinato a sostenere *costi* del personale, dei canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria, con impegno a non delocalizzare le produzioni (lett. n); – il finanziamento di cui alla lett. n) deve essere altresì destinato, *in misura non superiore al 20 per cento dell'importo erogato, al pagamento di rate di finanziamenti, scadute o in scadenza nel periodo emergenziale ovvero dal 1° marzo 2020 al 31 dicembre 2020*, per le quali il rimborso sia reso oggettivamente impossibile in conseguenza della diffusione dell'epidemia di Covid-19 o delle misure dirette alla prevenzione e al contenimento della stessa, a condizione che l'impossibilità oggettiva del rimborso sia attestata dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (lett. n-bis).

L'art. 1-bis del d.l. n. 23/2020, introdotto in sede di conversione, ha previsto per le richieste di nuovi finanziamenti effettuati ai sensi dell'art. 1 cit. l'obbligo di integrarle con una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000, che il soggetto al quale è chiesto il finanziamento è tenuto a trasmettere tempestivamente a SACE S.p.A.

In virtù di essa il titolare o il legale rappresentante dell'impresa richiedente, sotto la propria responsabilità, è tenuto a dichiarare che: a) *l'attività d'impresa è stata limitata o interrotta dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse alla medesima emergenza e che prima di tale emergenza sussisteva una situazione di continuità aziendale*⁵⁴; b) *i dati aziendali forniti su richiesta dell'intermediario finanziario sono veritieri e completi*; c) ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. n), il finanziamento coperto dalla garanzia è richiesto per *sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che sono localizzati in Italia*; d) è consapevole che *i finanziamenti saranno accreditati esclusivamente sul conto corrente dedicato* i cui dati sono contestual-

⁵⁴ Tra i parametri di riferimento utili per definire la continuità cfr. art. 2423-bis c.c., il principio contabile nazionale OIC 11 (§§ 21/24), il principio di revisione internazionale ISA Italia n. 570. Come osserva L. Orsi, *op cit.*, 73, l'attestazione della continuità singolarmente non guarda al futuro ma al recente passato, interessando la sussistenza in epoca precedente all'avvento della pandemia; un'attestazione non così agevole da operare, considerato che nel (breve) tempo trascorso da quella data una larga parte delle imprese è stata più o meno ferma. Così, chiosa l'Autore: “[...] Non si sfugge alla percezione di una contraddizione tra il ‘lasciapassare’ (più o meno ampio) che il Decreto Liquidità ha voluto attribuire all'imprenditore che redige il primo bilancio post-pandemia e il rigore che sembra essere applicato allo stesso soggetto se chiede un finanziamento”.

mente indicati (e per la cui operatività è richiesta la specificazione, nella causale del pagamento, della locuzione: “Sostegno ai sensi del *decreto-legge n. 23 del 2020*”); e) il titolare o il legale rappresentante istante nonché i soggetti indicati all’art. 85, commi 1 e 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non si trovano nelle condizioni ostative previste dall’art. 67, d.lgs. n. 159/2011; f) nei confronti del titolare o del legale rappresentante non è intervenuta condanna definitiva, negli ultimi cinque anni, per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell’evasione fiscale in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto nei casi in cui sia stata applicata la pena accessoria di cui all’art. 12, comma 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74⁵⁵.

Secondo l’art. 1-bis, comma 5, d.l. n. 23/2020 “*fermi restando gli obblighi di segnalazione previsti dalla normativa antiriciclaggio, per la verifica degli elementi attestati dalla dichiarazione sostitutiva prevista dal presente articolo il soggetto che eroga il finanziamento non è tenuto a svolgere accertamenti ulteriori rispetto alla verifica formale di quanto dichiarato. Le disposizioni del presente comma si applicano anche alle dichiarazioni sostitutive allegate alle richieste di finanziamento e di garanzia effettuate ai sensi dell’articolo 13*”. La norma è stata intesa quale semplificazione del processo istruttorio del merito creditizio del sovvenuto.

Senza ribadire quanto osservato in precedenza (cfr. *supra* par. 1.2), la verifica formale di quanto dichiarato dal cliente non autorizza imprudenze o automatismi valutativi, essendo prerogativa del finanziatore disconoscere la capacità restitutoria attestata dal cliente, in linea con le vigenti regole di settore. La presentazione di una dichiarazione sostitutiva per le richieste di nuovi finanziamenti *attiene alle premesse per il rilascio della garanzia* (limitazione o interruzione dell’attività d’impresa a causa dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 o degli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse alla medesima emergenza; situazione di continuità aziendale prima di tale fase di emergenza sanitaria; verità e completezza dei dati aziendali forniti su richiesta dell’intermediario finanziario), ma non costituisce condizione sufficiente per il rilascio della sovvenzione privata.

Dalla lettura congiunta dei requisiti ricordati, dunque, si deduce che i *finanziamenti garantiti ex art. 1, d.l. n. 23/2020* potranno essere erogati solo a soggetti meritevoli, cioè in grado di restituirli, già non in qualificata difficoltà finanziaria in fase pre-Covid-19, per finanziare nuovi impegni di spesa (solo in minima parte per pagare rate scadute o ristrutturare posizioni debitorie con il ceto bancario già problematiche) e se del caso ristrutturare *ex novo, in senso incrementativo*, l’esposizione debitoria di natura bancaria.

⁵⁵ Ad avviso di L. Orsi, *op. cit.*, 70, l’art. 1-bis, infatti, fa riferimento ai finanziamenti di cui all’art. 1 del Decreto convertito, quelli garantiti da Sace, mentre l’autocertificazione di chi chiedi un finanziamento garantito dal Fondo PMI dovrebbe essere meno significativa, senza alcuna parificazione dall’inciso del comma 5 dell’art. 1-bis (secondo il quale “*i medesimi effetti valgono anche per le dichiarazioni sostitutive allegate alle richieste di finanziamento e di garanzia effettuate ai sensi dell’art. 13*”), limitata al comma 5, ovvero al regime degli accertamenti richiesti al finanziatore, secondo l’Autore, in ogni caso, confinati alla “*verifica formale di quanto dichiarato*”.

2.3. I finanziamenti previsti dall'art. 13 del d.l. n. 23/2020 con garanzia del Fondo centrale di garanzia PMI

2.3.1. In via generale

Fino al 31 dicembre 2020 l'art. 13 del d.l. liquidità potenzia l'intervento del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, in deroga alla disciplina ordinaria, rafforzando ulteriormente la disciplina dell'art. 49 del d.l. n. 18/2020.

In particolare, il comma 1 conferma l'intervento in garanzia del Fondo a titolo gratuito (configurando una agevolazione pubblica) e l'innalzamento a 5 milioni di euro dell'importo massimo garantito per singola impresa. Sono ora ammesse alla garanzia non solo le PMI ma anche le imprese *Mid-cap* (fino a 499 dipendenti⁵⁶) ed è consentito, come si anticipava, l'intervento in garanzia di finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito, con erogazione di credito aggiuntivo rispetto al debito residuo. È previsto il prolungamento automatico della garanzia nell'ipotesi di sospensione del pagamento delle rate di ammortamento o della sola quota capitale correlata all'emergenza Covid-19 (lett. f), la possibilità di cumulare la garanzia del Fondo con altre forme di garanzia, acquisite dal soggetto finanziatore per operazioni di importo superiore a 500 mila euro e durata minima di 10 anni nel settore turistico alberghiero – ivi incluso il settore termale – e delle attività immobiliari (lett. i), l'elevazione al 50% della quota della *tranche junior* garantita dal Fondo a fronte di portafogli di finanziamenti destinati ad imprese appartenenti a settori/filiere colpiti dall'epidemia (lett. l).

In base all'art. 13, lett. m), cit., l'accesso al Fondo è gratuito e automatico per i nuovi finanziamenti di importo limitato concessi in favore di PMI e di persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni, nonché di associazioni professionali e società tra professionisti, di agenti e subagenti di assicurazione e *broker* iscritti alla rispettiva sezione del Registro unico degli intermediari finanziari e assicurativi, la cui attività d'impresa è stata danneggiata dall'emergenza Covid-19; per tali soggetti, la copertura è del 100%, sia in garanzia diretta che in riassicurazione, per l'importo di finanziamenti fino a 30 mila euro⁵⁷.

In base all'art. 11, comma 4, d.l. n. 185/2008 (l. n. 2/2009) gli interventi di garanzia del Fondo sono assistiti dalla *garanzia dello Stato, di ultima istanza*, secondo criteri, condizioni e modalità stabilite con d.m. 25 marzo 2009. Il Ministero dello Sviluppo Economico,

⁵⁶ Il numero è determinato sulla base delle unità di lavoro-anno rilevate per l'anno 2019. Resta fermo che la misura di cui alla lettera b) dell'art. 13 cit. si applica, alle medesime condizioni, anche qualora almeno il 25 per cento del capitale o dei diritti di voto sia detenuto direttamente o indirettamente da un ente pubblico oppure, congiuntamente, da più enti pubblici. Lettera così modificata dalla legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40 e, successivamente, dall'art. 64-bis, comma 1, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126.

⁵⁷ In generale, è previsto l'incremento della percentuale di copertura della garanzia diretta dall'80 al 90% dell'ammontare di ciascun finanziamento con durata fino a 72 mesi, previa autorizzazione della Commissione UE e in conformità con il quadro temporaneo degli aiuti di Stato (lett. c), l'elevazione della copertura del Fondo in riassicurazione dal 90 al 100% dell'importo garantito dai Confidi o da altro fondo di garanzia, o dalle società cooperative abilitate all'esercizio del credito esclusivamente nei confronti dei propri soci ai sensi del TUB. Tali percentuali di copertura del Fondo sono comunque elevate fino ai limiti massimi previsti dalla disciplina ordinaria nelle more dell'autorizzazione UE e comunque per tutte le altre operazioni che superano i limiti di durata e importo sopra indicati, anche per durate superiori a dieci anni (lett. d).

di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha adottato, in proposito, il Decreto interministeriale 24 aprile 2019 che ha approvato le misure di accantonamento a titolo di coefficiente di rischio adottate dal Consiglio di gestione del Fondo⁵⁸.

2.3.2. Il privilegio per i crediti del Fondo di garanzia

Anche nel caso di garanzia prestata *ex art. 7*, d.lgs. n. 123/1998 dal gestore del Fondo di Garanzia, con estinzione del credito della banca finanziatrice e surrogazione *ex art. 1203 c.c.* nei diritti del creditore per le somme erogate per effetto dell'escussione della garanzia, l'insinuazione al passivo della società fallita a seguito di iscrizione esattoriale è assistita dal privilegio dell'*art. 9*, d.lgs. n. 123/1998. Quest'ultimo testo normativo, infatti, ha razionalizzato il sistema evitando che una qualsiasi delle misure di intervento pubblico prevista dall'*art. 1* del d.lgs. n. 123/1998 (misure agevolative o beneficiari di qualsiasi genere) rimanga sprovvista del privilegio. L'espressione "i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo" si riferisce a tutti gli interventi agevolativi descritti nell'*art. 1* cit., erogati ai sensi del successivo *art. 7* cit. Dunque, la disciplina di cui all'*art. 9* d.lgs. n. 123/1998 è applicabile anche alle prestazioni di garanzia realizzate dal fondo previsto dalla l. n. 662/1996, costituendo una forma di sostegno pubblico, in linea con l'esegesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte⁵⁹ e con l'interpretazione consolidata dell'espressione "finanziamenti"⁶⁰.

⁵⁸ Le misure di accantonamento si applicano a decorrere dal 15 marzo 2019, data in cui sono entrate in vigore le nuove disposizioni operative del Fondo (d.m. 12 febbraio 2019).

⁵⁹ Cass., sez. un., n. 11930/2010 nell'esaminare il tema dei privilegi che assistono i crediti dello Stato, ha evidenziato la possibilità di un'interpretazione estensiva delle norme quale operazione diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, tenuto conto dell'intenzione del legislatore e soprattutto della "causa" del credito che, ai sensi dell'*art. 2745 c.c.* rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio. Nel caso di credito insinuato scaturente da uno degli interventi di cui al d.lgs. n. 123/1998, nonché derivante da somme appartenenti ad un Fondo Pubblico, deve essere ricompreso tra i crediti privilegiati, avuto riguardo alla finalità pubblicistica di sostegno ad attività di pubblica utilità, e ciò in virtù di un'interpretazione estensiva dell'*art. 9* legge citata, giustificata da un giudizio di meritevolezza alla luce della causa del credito.

⁶⁰ La Cassazione assume che l'espressione deve essere interpretata in senso meno formale, in modo tale da ricomprendervi tutti gli interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive effettuati dalle amministrazioni pubbliche, che possono consistere – secondo l'*art. 7*, d.lgs. n. 123/1998 – in credito d'imposta, *bonus* fiscale, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato, e ciò in considerazione delle medesime finalità che con l'impiego di risorse pubbliche lo Stato persegue con tali interventi, ovvero l'aiuto finanziario alle imprese in funzione del loro sviluppo e del tessuto economico produttivo (Cass. ord. n. 21841/2017). Una tale interpretazione consente alle risorse pubbliche, a prescindere dalle diverse modalità con cui sono state impiegate, di trovare adeguata protezione, una più sicura e certa soddisfazione, per garantire una continuità di finanziamenti pubblici. Anche in successive ordinanze la Corte, nell'analizzare l'espressione "finanziamenti", ha ritenuto non giustificata una "interpretazione riduttiva" dell'*art. 9*, comma 5, d.lgs. n. 123/1998, che circoscriva gli interventi pubblici ivi rientranti a quelli caratterizzati dall'erogazione diretta di una somma di denaro nelle mani del soggetto tenuto a restituirla. In particolare, nell'ordinanza n. 2664/2019, si è evidenziato che, in difetto di una definizione di finanziamenti contenuta nel d.lgs. n. 123/1998, nel diritto vigente il termine finanziamento non risulta assumere un significato unico e costante, non riducendosi solo ad una formula equivalente ai "contratti di credito" ed ai casi di erogazione diretta di somme di denaro; in tale prospettiva, sono state richiamate alcune norme del Testo Unico Bancario, quali l'*art. 1*, comma 2, lett. f), gli artt. 47 e 106, legge cit. Pertanto, essendo tutte le forme di intervento pubblico di sostegno alle attività produttive individuate dal d.lgs. n. 123/1998 espressione di un disegno unitario, inteso alla razionalizza-

Non vi è incompatibilità del privilegio anzidetto con il sistema della surroga, allorché il primo trova la sua fonte nella legge in ragione della peculiare “causa” che lo sorregge in tal caso non vi è alcuna necessità che il creditore garantito si avvantaggi della posizione di cui gode il garante (privilegio) anche perché già fruisce della possibilità di escussione immediata (che è a prima richiesta, incondizionata ed irrevocabile) del soggetto pubblico in caso di inadempimento del soggetto finanziato⁶¹. Sempre in materia di surroga, l’art. 2, comma 4, d.m. 20 giugno 2005 (per cui, nell’effettuare il pagamento, il Fondo di Garanzia acquisisce, ai sensi dell’art. 1203 c.c., il diritto a rivalersi sulle piccole e medie imprese inadempienti per le somme pagate) è norma di rango secondario da interpretare in sintonia con la normativa primaria completata. Avendo la surroga il significato di apportare al *solvens* “vantaggi” e tutele ulteriori rispetto a quelli connessi al regresso, il richiamo all’art. 1203 c.c. non potrebbe mai far “cadere” un diritto proprio del *solvens*, solo perché estraneo alla posizione del creditore *accipiens*⁶².

Alla “revoca” del finanziamento è equiparabile l’inadempimento del soggetto garantito, secondo l’interpretazione estensiva dell’art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 offerta dalle Sezioni Unite con la sentenza 11930/2010, già illustrata, per cui anche il credito dell’Amministrazione statale che deriva dall’escussione da parte dell’istituto di credito finanziatore della garanzia prestata *ex lege* dal Fondo di Garanzia delle PMI, in quanto credito di natura pubblicistica connesso – come tutti gli altri interventi di sostegno previsto dall’art. 7, d.lgs. n. 123/1998 – alla finalità di pubblica utilità di sostegno dello sviluppo delle attività produttive, deve fruire del privilegio di cui all’art. 9, comma 5, legge cit. in ragione della particolare meritevolezza dell’interesse tutelato, a prescindere dal tenore testuale della stessa norma.

Va, peraltro, osservato che ove il credito del Fondo originai per effetto del pagamento (a seguito dell’escussione della garanzia) dell’istituto di credito che aveva erogato il finanziamento al beneficiario, non occorre la “revoca”, che costituisce, invece – in caso di erogazione diretta del finanziamento – un atto amministrativo strutturalmente necessario (di segno opposto rispetto alla concessione) per far venire meno il titolo in virtù del quale il beneficiario aveva fruito del finanziamento. Anche “la revoca” dunque non costituisce affatto un presupposto fattuale indefettibile per il riconoscimento in capo al gestore del Fondo di Garanzia dell’invocato privilegio⁶³.

In ogni caso l’opzione esecutiva passata in rassegna, nel caso di finanziamento garantiti dal Fondo, è rafforzata anche dal disposto dell’art. 8-bis, comma 3, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, alla cui stregua “il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all’articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall’ar-

zione e riorganizzazione dell’intero settore, non vi sono ragioni giustificatrici di trattamenti normativi differenziati a seconda delle diverse forme di intervento. L’intervento di sostegno a mezzo di una garanzia personale non presenta, per qualità, una tipologia di rischio imprenditoriale diversa ed inferiore rispetto alla concessione di mutui o alla erogazione diretta di somme di denaro.

⁶¹ Cass. n. 2664/2019.

⁶² Cass. n. 14915/2019.

⁶³ Cass. n. 6508/2020.

titolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti. Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni".

3. Le responsabilità penal-fallimentari dell'operatore bancario quale terzo concorrente

3.1. Premesse generali

I delitti fallimentari sono *reati propri*, connotati dalle qualità dei rispettivi soggetti attivi e dai *doveri e poteri* loro correlati. Tali sono *l'imprenditore* fallito, gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e i sindaci della società dichiarata fallita. Nondimeno, nell'esperienza criminologica assai di rado sono illeciti penali solitari ovvero ad autentica soggettività ristretta, specie quelli maturati in organismi societari di maggiore complessità. Infatti, altri soggetti, pur estranei alle figure tipiche, formali e di fatto, delineate dalle fattispecie incriminatrici astratte, si rivelano possono favorirne la consumazione.

La natura di reati propri non esclude la configurabilità del concorso dell'*extraneus* governato dalle regole dell'art. 110 c.p.⁶⁴. Secondo i principi generali, per la configurabilità di questa forma di concorso sono necessari i seguenti elementi: (i) *l'incidenza causale* dell'azione dell'*extraneus*; (ii) *la consapevolezza* da parte dell'*extraneus* del *fatto illecito* e della *qualifica dell'intraneus* che ha posto in essere il fatto tipico⁶⁵; in linea con la prevalente giurisprudenza⁶⁶ *la condotta tipica da parte può essere tenuta dal soggetto estraneo*, purché il soggetto qualificato contribuisca, in forma commissiva oppure omissiva, alla realizzazione del reato. In tali condizioni, il principio di unicità del reato concorsuale parifica la posizione dell'*extraneus* e dell'*intraneus*. Inoltre, l'estraneo che concorre nel reato proprio è punibile anche se il soggetto qualificato viene assolto per difetto dell'elemento psicologico⁶⁷. Né costituisce ostacolo all'affermazione della sua penale responsabilità, a titolo di concorso, nel reato proprio il mancato esercizio dell'azione penale nei confronti di chi rivestiva la qualifica di amministratore, sempreché risulti provato un consapevole e valido apporto causale alla lesione del bene giuridico tutelato dalla norma⁶⁸.

Sempre in via generale, l'*elemento soggettivo* richiesto per la configurabilità del concorso dell'*extraneus* nei reati fallimentari costituisce tematica che registra profondi *dissidi*

⁶⁴ Infatti, il mutamento del titolo del reato (per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso), considerato dall'art. 117 c.p., presuppone che il fatto commesso dall'estraneo costituisca pur sempre reato anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale; *quando l'azione del concorrente è di per sé lecita e la sua illiceità dipende solo dalla qualità personale di altro concorrente*, si applica la norma generale sul concorso di persone, ovvero l'art. 110 c.p. (Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2008, n. 39292, dep. 21 ottobre 2008, rv. 241129).

⁶⁵ Cass. pen., sez. V, 18 aprile 2013, n. 40332.

⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, dep. 17 maggio 2013, rv. 255365.

⁶⁷ Cass. pen., sez. V, n. 10062/1978, rv. 139829.

⁶⁸ Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1992, n. 10896, dep. 12 novembre 1992, rv. 192875.

tra la prevalente posizione dottrinale e il maggioritario orientamento giurisprudenziale. Ad essere controversa, in particolare, è la *necessità o meno della consapevolezza da parte dell'extraneus dello stato di decozione* dell'impresa dell'intraneus al momento in cui viene offerto il contributo alla condotta di quest'ultimo. Parte della *dottrina*, in proposito, segnala come, sia per la bancarotta patrimoniale distrattiva che per quella preferenziale, non possa prescindersi dalla conoscenza da parte del terzo *extraneus* della decozione dell'impresa da cui originano le risorse. Se l'*intraneus* si trova naturalmente nella condizione per apprezzare il proprio stato patrimoniale e la propria realtà economica e, dunque, la vantaggioosità dell'impiego di una componente patrimoniale ed economico-finanziaria ovvero il pericolo che può originare ed accompagnarlo rispetto all'insolvenza, non altrettanto può dirsi per l'*extraneus*. Costui, in ragione della lontananza dal meccanismo produttivo del profitto, per un comprensibile *deficit* informativo, può non apprezzare il pregiudizio concreto recato alle ragioni dei creditori dell'impresa. In tale contesto, disancorare il dolo del terzo dalla rappresentazione del rischio di insolvenza collegato alla condotta, quantunque non connotata ulteriormente dalla volontà di pregiudicare i creditori, significherebbe assecondare logiche di semplificazione della prova, sulla base di un ritenuto intrinseco disvalore delle condotte favorite per le ragioni dei creditori, deviando dal divieto di presunzioni⁶⁹. Parimenti, per la bancarotta preferenziale non può prescindersi dalla consapevolezza dello stato di insolvenza del debitore, in assenza della quale potrebbe dubitarsi della stessa configurabilità della coscienza del creditore favorito (e che non si sia limitato a riscuotere il dovuto, esercitando la facoltà *ex art. 1186 c.c.*) della violazione della *par condicio creditorum*. In proposito, la *giurisprudenza di legittimità* non ha maturato risulta posizioni unanimi. Non manca un orientamento giurisprudenziale minoritario che assume doverosa la dimostrazione che il concorrente *extraneus* conosca lo stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene⁷⁰. Trova robusta accoglienza, invece, il convincimento per cui la nozione di distrazione fraudolenta comporta di per sé, in capo al concorrente *extraneus*, la consapevole ingiustificata esposizione a pericolo delle ragioni dei creditori. Il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore, quindi, si identifica nella volontarietà della propria condotta di sostegno a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore; senza che sia, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto o di insolvenza della società⁷¹. Tale approdo valorizza anche la necessaria omogeneità della struttura del dolo nelle fattispecie concorsuali.

3.2. La bancarotta per distrazione, le bancarotte semplici e la bancarotta impropria per operazioni dolose

Per quanto chiarito, l'operatore bancario è in grado di conoscere le autentiche condizioni in cui versa il sovvenuto e di apprezzare il pericolo concreto di pregiudizio per le ra-

⁶⁹ M. Farina, *I reati fallimentari*, in *Diritto Penale dell'Economia* a cura di R. Rampioni, Torino, 2016, 267.

⁷⁰ Cass. pen., sez. V, 27 ottobre 2006, n. 41333, *Tisi*, rv. 235766; conf. Id. 22 aprile 2004, n. 23675; Id. n. 16000/2012, *Scalera*; Id. n. 16388/2011, *Barbato*; Id. 26 aprile 2011, n. 27367, *Rosace*, rv. 250409.

⁷¹ Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2009, n. 9299, *Poggi Longostrevi*, rv. 243162; Id. 24 marzo 2010, n. 16579, *Fiume*, rv. 246879; Id. 3 maggio 2012, n. 16280; Id., sez. V, 12 novembre 2013, n. 1706; Id. 29 gennaio 2013, n. 4362; Id. 21 maggio 2012, n. 19270; Id. 26 gennaio 2016, n. 12414, *Morosi*, rv. 267059.

gioni dei creditori scaturenti da condotte depressive della garanzia patrimoniale o dalla discriminazione delle aspettative di tutela della *par condicio creditorum*.

Nell'esperienza giudiziale non sono mancate contestazioni nei confronti degli operatori bancari quali terzi concorrenti in reati di bancarotta. La casistica è ampia, per quanto unificabile dal rilievo che in tutte le evenienze gli operatori finanziari *erano entrati in profondità nelle scelte di impiego della provvista*, utilizzata in forme distrattive, vale a dire orientata in direzione esorbitante rispetto agli interessi della sovvenzionata, o strumentalizzata a fini ed esigenze ad essa estranei⁷².

Uno dei casi più noti nei quali la Corte di Cassazione è stata chiamata ad esaminare la contestazione del concorso di esponenti bancario nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione ha avuto riguardo alla complessa vicenda relativa al tracollo del gruppo Parmalat e delle società ad esso correlate, complessivamente costituenti una articolata costellazione societaria il cui *default* è culminato, tra la fine del 2003 e il 2004, nella dichiarazione dell'insolvenza o del fallimento di molte di esse. La condotta distrattiva era contestata ai gestori di una società mutuataria di un *prestito bancario ponte* di 50 milioni di euro, veicolato ad altre società, esterne al perimetro di consolidamento del gruppo, che versavano in uno stato di virtuale *default*; ciò (i) in parte, allo scopo di garantirne la sopravvivenza nelle more della conclusione di un accordo finalizzato alla ristrutturazione della esposizione debitoria della mutuata con il ceto bancario e, (ii) in parte, per pagare una rata del prezzo di un'azienda il cui acquisto, per il tramite di una società controllata, sarebbe stato effettuato dal gestore della mutuataria per aderire alle pressioni esercitate dal gruppo bancario (verso il quale il gruppo e il *dominus* dello stesso personalmente erano fortemente indebitati) interessato a ristrutturare il debito di un altro gruppo societario (che versava in condizioni critiche ed a sua volta fortemente esposto verso l'istituto di credito), attraverso la liquidazione *in bonis* di altro sottogruppo, cui originariamente apparteneva l'azienda della quale era stato promesso l'acquisto. In particolare, l'utilizzazione da parte della mutuata della provvista fornita per scopi giudicati estranei a quelli sociali (e cioè per *finanziare società del sottogruppo e dotare un'altra impresa di esso delle risorse necessarie per pagare una rata del prezzo dell'azienda*) è stata considerata integrare la bancarotta patrimoniale, essendo stati altresì reputati, *ab origine*, comunque inesigibili i crediti insorti nei confronti delle menzionate imprese del gruppo turismo, stante il loro stato di decozione. Analogamente, la fattispecie penale è stata ritenuta configurabile per la strumentalizzazione della società costretta ad indebitarsi nei confronti di altra società e della venditrice (che successivamente aveva ceduto, in parte, il proprio credito alla Banca) per acquistare un'azienda di valore pressoché nullo e comunque enormemente inferiore a quello pattuito e in parte pagato. In tale situazione, la Cassazione ha riconosciuto *“un'operazione che, per la dimostrata consapevolezza da parte della struttura della banca della rilevante esposizione dell'intero gruppo e per l'entità della somma erogata, assumeva una chiara connotazione di pericolosità per le aspettative del ceto creditorio della società così sovvenzionata e contestualmente privata dei mezzi apparentemente forniti, ma al contempo gravata di un ulteriore e pesante debito in difetto di qualsivoglia contropartita, attesa la sostanziale irrealizzabilità del credito acquisito nei confronti delle destinatarie finali della nuova finanza”*. Né era possibile restringere il campo della responsabilità per la distrazione alla so-

⁷² Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, dep. 2015, *Geronzi e altri*, in *CED Cass.*, rv. 263803.

la S.p.a. mutuata ed al suo vertice, “*laddove era chiaro per la banca, che in tal modo agiva nel contesto di una serie di operazioni non valutabili singolarmente, ma quale complesso di azioni volte ad unico scopo di interesse per l’istituto e che il prestito, per sua natura, doveva transitare verso società decotte, o comunque prive di mezzi per sostenerne il peso, che non si sarebbero potute finanziare direttamente*”. Ciò dimostrava la chiara percezione della destinazione e la pretesa di entrare nelle scelte della mutuata, formale percettrice del prestito.

Più comunemente, l’erogazione del finanziamento a imprese in crisi irrimediabile, senza prospettive realistiche di rientro, può valere a ritardarne il fallimento (art. 217, comma 1, n. 4, l. fall.) o consumarne il patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti o ad integrare il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento (art. 217, comma 1, nn. 2, 3, l. fall.). Con riferimento alle fattispecie di bancarotta semplice, è stato osservato che l’addebito ascritto ai funzionari dell’istituto di credito di aver *contribuito colposamente* all’aggravamento del dissesto, ai sensi dell’art. 217, comma 1, n. 4, r.d. n. 267/1942, è contraddittorio rispetto ad una concomitante contestazione di bancarotta impropria dolosa ai sensi dell’art. 223, comma 2, n. 2, r.d. n. 267/1942.

Pare configurabile il concorso nella *bancarotta semplice prevista dall’art. 217, comma 1, n. 2, l. fall.* (consumazione di notevole parte del patrimonio in operazioni manifestamente imprudenti) e n. 3 l. fall. (operazioni di *grave imprudenza per ritardare il fallimento*)⁷³ in presenza di un’operazione di *finanziamento volta a ritardare il fallimento di un’impresa in stato di crisi*, già emersa con connotati di *irrimediabilità*. Un finanziamento ad un’impresa in stato di crisi pressoché irreversibile rende possibile la corresponsabilità penale del funzionario di banca, se consapevole della decozione dell’impresa beneficiaria. In proposito, occorre tenere presenti i confini tra tali bancarotte semplici⁷⁴ e le più gravi condotte di bancarotta fraudolenta⁷⁵ o per effetto di operazioni dolose⁷⁶.

⁷³ Costituiscono operazioni di grave imprudenza “*quelle caratterizzate da alto grado di rischio, prive di serie e ragionevoli prospettive di successo economico, le quali, avuto riguardo alla complessiva situazione dell’impresa, oramai votata al dissesto, hanno il solo scopo di ritardare il fallimento*” (Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2003, n. 24231 Ud., dep. 4 giugno 2003, Griffini, rv. 225937-01).

⁷⁴ La differenza tra le due ipotesi di bancarotta semplice previste all’art. 217, comma 1, nn. 2 e 3, l. fall. risiede nel fatto che la prima fattispecie riguarda *operazioni in genere*, aventi ad oggetto il patrimonio dell’imprenditore, consumato, in notevole parte, in operazioni aleatorie od economicamente scriteriate, il cui effetto conclusivo è la diminuzione della garanzia generica dei creditori, costituita proprio dal patrimonio del debitore, ai sensi dell’art. 2740 c.c.; la seconda ipotesi, invece, riguarda *operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento*, ma ad un tempo caratterizzate da *grave avventatezza o spregiudicatezza*, che superino i limiti dell’ordinaria “imprudenza”, che, secondo la comune logica imprenditoriale, a volte, può giustificare il ricorso, da parte dell’imprenditore che versi in situazione di difficoltà economica, ad iniziative “coraggiose”, da “*extrema ratio*”, ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo, al fine di scongiurare il fallimento. Inoltre, mentre la seconda ipotesi, per via dell’anzidetta finalizzazione, ha certamente *carattere doloso*, la prima è punibile a titolo di *colpa* (Cass. pen., sez. V, n. 24231/2003, cit.).

⁷⁵ Non ricorre la bancarotta semplice delineata dall’art. 217, comma 1, n. 3, l. fall. ma la più grave bancarotta fraudolenta “*allorché si tratti di operazioni che comportino un notevole impegno sul patrimonio sociale, essendo quasi del tutto inesistente la prospettiva di un vantaggio per la società, mentre le operazioni realizzate con imprudenza costitutive della fattispecie incriminatrice della bancarotta semplice sono quelle il cui successo dipende in tutto o in parte dall’alea o da scelte avventate e tali da rendere palese a prima vista che il rischio affrontato non è proporzionato alle possibilità di successo, ma, in ogni caso, si tratta pur sempre di comportamenti realizzati nell’interesse dell’impresa*” (Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2004, n. 6462 Ud., dep. 22 febbraio 2005, rv. 231394). La fattispecie di bancarotta fraudolenta per dissipazione si distingue da quella di bancarotta

Il concorso del dipendente dell'istituto di credito nel delitto di *bancarotta impropria per fallimento effetto di operazioni dolose*, poi, è stato contestato, tra l'altro, nelle seguenti evenienze: (i) *assunzione di debiti, ovvero operazioni di ricorso al credito da parte della società in crisi a condizioni anormali* (per tasso superiore a quello di mercato o con garanzie eccessive); (ii) *agevolazione all'impresa, in seguito fallita, di concerto con l'amministratore della medesima, a reperire liquidità utile per la costituzione di un fondo, con il quale rappresentare la provvisoria copertura di riserve tecniche in precedenza distratte e non allertare l'autorità di vigilanza*⁷⁷; (iii) *partecipazione attiva, con diverse modalità, all'organizzazione e al collocamento di obbligazioni, di modo da permettere a soggetti economici in palese difficoltà finanziaria di reperire ingenti risorse sul mercato, orchestrando operazioni finanziarie ai danni dei piccoli risparmiatori*. Ciò detto, se anche la *proroga di un finanziamento a condizioni onerose*, in luogo della restituzione della somma maturata, ottenendo la provvista necessaria dall'effettivo beneficiario dello stesso, può integrare l'operazione dolosa prevista dall'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall., a detto titolo rimprovera-

semplice per consumazione del patrimonio in operazioni aleatorie o imprudenti, sotto il profilo oggettivo, per l'incoerenza, nella prospettiva delle esigenze dell'impresa, delle operazioni poste in essere e, sotto il profilo soggettivo, per la consapevolezza dell'autore della condotta di diminuire il patrimonio della stessa per scopi del tutto estranei alla medesima (Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2011, n. 47040 Ud., dep. 20 dicembre 2011, rv. 251218; Id. 20 marzo 2003, n. 24231 Ud., dep. 4 giugno 2003, rv. 225938).

⁷⁶ L'operazione dolosa richiamata nel corpo della fattispecie penale dell'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall. si identifica con *abusi di gestione o infedeltà* ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo realizzate nell'esercizio della carica ricoperta e concretanti *atti intrinsecamente pericolosi per la salute economico-finanziaria della impresa*. Non deve necessariamente trattarsi di fatti costituenti in sé reato, potendo consistere in qualsiasi comportamento del titolare del potere sociale che, abusando o rendendosi infedele alle funzioni o violando i doveri derivanti dalla sua qualità, cagioni lo stato di decozione al quale consegua il fallimento. L'operazione dolosa può tradursi anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa; è richiesto però un *atto strutturalmente articolato* ovvero un *complesso di atti*, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuti da persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, che rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell'ente, dei soci, dei creditori e dei terzi interessati. Nella *bancarotta impropria* cagionata da operazioni dolose, queste ultime devono porsi in relazione eziologica con il fallimento; *non è necessario*, in particolare, l'immediato depauperamento della società, essendo sufficiente la *creazione, o l'aggravamento, di una situazione di dissesto economico che, prevedibilmente*, condurrà al fallimento della società. Se nell'ipotesi di causazione dolosa del fallimento, quest'ultimo è specificamente voluto, nel *fallimento conseguente ad operazioni dolose* lo stesso è l'effetto di una *condotta volontaria, ma non intenzionalmente diretta a produrre il dissesto fallimentare, anche se il soggetto attivo dell'operazione ha accettato il rischio della stessa*. Nella prima fattispecie il dolo è specifico, nella seconda è generico, non richiedendo la volontà diretta a provocare lo stato di insolvenza, ma solo la coscienza e volontà del comportamento. In altri termini, il fallimento determinato da operazioni dolose è un'eccezionale *ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale*, per la quale l'accusa deve unicamente dimostrare la consapevolezza e volontà dell'operazione alla quale segue il dissesto (e non di necessità l'immediato depauperamento), nonché l'*astratta prevedibilità* (e non evitabilità altrimenti) *di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa*, ma non la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare. Infine, quanto all'*interruzione del nesso causale* tra l'operazione dolosa e l'evento fallimento in presenza di *pregressa condotta distrattiva*, è escluso che quest'ultima possa ritenersi causa in sé efficiente del dissesto, valendo la disciplina del concorso causale delineata dall'art. 41 c.p. Del resto, l'operazione dolosa rileva anche in quanto abbia cagionato solo l'*aggravamento di un dissesto già in atto, poiché la nozione di fallimento*, collegata al fatto storico della sentenza che lo dichiara, è ben distinta da quella di dissesto, la quale ha natura economica ed implica un fenomeno in sé reversibile.

⁷⁷ Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690 Ud., dep. 7 maggio 2010, *Cassa Di Risparmio Di Rieti S.p.a. e altri*, in CED Cass., rv. 247313-01, 247314-01, 247315-01, 247316-01, 247319-01, 247320-01.

bile ai gestori della società debitrice che ne abbiano fatto richiesta, *“tuttavia, affinché possa addebitarsene la responsabilità anche al creditore, non è sufficiente la mera decisione di concedere la proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose piuttosto che richiedere l'immediato rientro ovvero il fallimento, e ciò anche quando questi è consapevole dello stato di dissesto del debitore, ma è, invece, necessario che il comportamento del creditore presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato, come quando vi sia una istigazione, nella consapevolezza dell'impatto della proroga sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita”*⁷⁸. Il contributo concorsuale non è identificabile, infatti, con la mera decisione di concedere la proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose; è necessario, invece, che il comportamento del creditore presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato ipotizzato. Si pensi, ad esempio, al caso in cui egli stesso abbia istigato il debitore, nella consapevolezza dell'impatto sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita. In relazione alla rinegoziazione del finanziamento, dunque, occorre identificare quale sia l'effettivo e consapevole contributo prestato dai creditori *extranei* alla consumazione del reato di cui si tratta.

3.3. La bancarotta preferenziale: nozioni utili

Si tratta del reato che porrà le maggiori problematiche agli operatori bancari. Per tale ragione, è conveniente svolgere un riepilogo degli approdi più significativi della riflessione giuridica rispetto alla fattispecie penale.

3.3.1. L'interesse tutelato

L'art. 216, comma 3, l. fall. punisce l'imprenditore, individuale o associato (art. 223 l. fall.), il quale – prima o durante la procedura fallimentare – esegue pagamenti o simula titoli di prelazione allo scopo di favorire taluno dei creditori a danno degli altri.

Il delitto contrasta la violazione della *par condicio creditorum* nella procedura fallimentare, principio inteso ad evitare disparità di trattamento non giustificate da cause legittime di prelazione, fatte salve dall'art. 2741 c.c.⁷⁹. Come riconosciuto dalla giurisprudenza⁸⁰, l'offesa non consiste nell'indebito depauperamento del patrimonio del debitore, ma *“nell'alterazione dell'ordine”*⁸¹, stabilito dalla legge, di soddisfazione dei creditori. L'evento 'giuridico' della 'preferenziale' è, in altri termini, costituito dalla minore percen-

⁷⁸ Cass. pen., sez. V, n. 15613/2015, cit.

⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2018, n. 3797 Ud., dep. 26 gennaio 2018, Hofmann, in CED Cass., rv. 272165.

⁸⁰ Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2014, n. 15712 Ud., dep. 8 aprile 2014, Consol e altri, in CED Cass., rv. 260221-01; Id. n. 3797/2018, cit.; Id. 3 ottobre 2018, n. 54502 Ud., dep. 5 dicembre 2018, Raia Raimondo, in CED Cass., rv. 275235-01.

⁸¹ Ricorda G. Bozza, *Il rispetto della par condicio creditorum nelle soluzioni della crisi dell'impresa*, in *fallimentiesocieta.it*, 2014, come P.G. Jaeger, già nel 1982, sostenesse che *“la par condicio non è un principio assoluto, ispirato ad interessi superiori, di carattere economico, sociale o ideologico ... ma risponde, piuttosto a criteri di ordine nelle procedure concorsuali, che passano in secondo piano di fronte al riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela”*.

tuale riservata ai creditori a causa degli avvenuti pagamenti o dal fatto che il creditore favorito dal titolo di prelazione simulato lo abbia fatto valere in sede di riparto dell'attivo fallimentare". Se l'oggetto della tutela della bancarotta fraudolenta si pone in diretta connessione con l'art. 2740 c.c. (principio di universalità della responsabilità patrimoniale), la bancarotta preferenziale è il collaterale penale dell'art. 2741 c.c. (principio della concorsualità). La ragione dell'incriminazione viene individuata "*sul piano della giustizia distributiva del sacrificio che avvince tutti i creditori di uno stesso debitore in stato d'insolvenza, il quale cioè versi in una situazione tale da giustificare la presunzione di incapacienza del patrimonio e quindi di lesione dei diritti dei creditori*". Ad essere presidiato, dunque, è l'eguale e non arbitraria distribuzione dell'attivo tra tutti i creditori, nel rispetto di eventuali titoli di prelazione, garantendo la gestione concorsuale del conflitto tra le diverse istanze creditorie rispetto alla medesima garanzia patrimoniale.

Per tale motivo non ogni pagamento dell'imprenditore realizzato in stato di insolvenza (o quando la stessa è imminente) concreta il reato. Ne va esclusa la sussistenza, ad esempio, in caso di pagamento⁸²: – di crediti privilegiati, se non concorrono altri crediti con privilegio di grado prevalente o eguale rimasti insoddisfatti per effetto del pagamenti, non rilevando la presenza di qualsiasi altro creditore⁸³; né ricorre il reato ove il creditore privilegiato venga pagato secondo la percentuale correttamente dovutagli, senza pregiudicare le percentuali di attivo spettanti ai creditori della medesima classe o di classe superiore⁸⁴; – di un credito garantito da pegno, ipoteca, anticresi o privilegio speciale, se il bene oggetto della garanzia ha un valore pari o superiore all'ammontare del credito; – di un credito con beni personali che, ai sensi dell'art. 46, l. fall. non sono destinati al soddisfacimento della massa dei creditori; – di un credito chirografario *pro quota* nei limiti in cui non resti alterata la percentuale garantita anche agli altri creditori⁸⁵; – effettuato da un terzo con mezzi propri; – qualora la massa passiva venga pagata integralmente, salvo che ciò non avvenga per revoca del pagamento "preferenziale".

3.3.2. L'alterazione dell'ordine di soddisfazione dei creditori

Poiché la bancarotta preferenziale implica la violazione della *par condicio creditorum* attraverso l'alterazione dell'ordine legale di soddisfazione dei creditori, occorre la prova dell'esistenza di altri crediti insoddisfatti per effetto del pagamento eseguito al creditore in via preferenziale. Tale dimostrazione non è conseguibile attraverso il principio civilistico di "non contestazione", richiedendo un'attenta analisi dell'esistenza di altri crediti di rango superiore o equi-ordinato rispetto a quello soddisfatto, secondo l'ordine dei privilegi *ex art. 2777 ss. c.c.*, regole che "*costituiscono il presupposto dell'offensività della condotta penalmente rilevante della bancarotta preferenziale*"⁸⁶.

⁸² Cass. pen., sez. V, n. 15712/2014, cit.

⁸³ Cass. pen., sez. V, 28 maggio 1991, n. 7230, *Martelli*, rv. 187698; Id. n. 15712/2014, cit.

⁸⁴ M. Donini, *I pagamenti preferenziali nella bancarotta (art. 216, comma 3, l. fall.): frode ai creditori e colpa grave come limiti 'esterni' alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo 'interno'*, in *Studium Iuris*, 1999, 139.

⁸⁵ G. Cocco, *sub art. 216 L.F.*, in *Fallimento*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova, 2007, 1198.

⁸⁶ Cass. pen., sez. V, n. 3797/2018, cit., rv. 272165.

3.3.3. Il presupposto della condotta: insolvenza o crisi imminente

Le condotte tipiche sono integrate dalla simulazione di titoli di prelazione o, alternativamente, dall'esecuzione dei pagamenti. Per la loro rilevanza penale è dirimente il *contesto* in cui si verificano. Non mancano contrasti tra chi assume che la condotta tipica presuppone una *condizione coeva* di *insolvenza*⁸⁷, in corrispondenza della c.d. zona di rischio penale⁸⁸, e la chi ritiene sufficiente che l'insolvenza si profili *all'orizzonte prossimo*, secondo grado di *rilevante possibilità*⁸⁹, essendo sufficiente una situazione di *crisi imminente*⁹⁰, rivelata da uno squilibrio patrimoniale serio. Quest'ultima soluzione accresce l'autonomia del presidio penale dalla revocatoria fallimentare. È generalmente ritenuto che in condizione di *crisi ragionevolmente reversibile* i pagamenti solo potenzialmente preferenziali restano leciti⁹¹.

Di certo l'insolvenza deve essere *persistente*; il venir meno della stessa, con il recupero della capacità dell'imprenditore di soddisfare integralmente e regolarmente i debitori, travolge la preferenzialità. Il superamento dello stato d'insolvenza, quale che ne sia la causa, elide definitivamente la soglia di rischio penale che con esso si concretizza; se successivamente dovesse insorgere una nuova crisi che conduca al fallimento, i pagamenti effettuati in precedenza non avrebbero alcun rapporto con il nuovo stato di insolvenza e non rivestirebbero rilievo penale.

Si assume anche che la condotta debba riguardare un *credito sorto prima dell'insorgere dell'insolvenza*, o comunque dell'ingresso nell'area di rischio penale⁹². Tale profilo viene ritenuto implicito, ma non sussistono corrispondenti dati normativi e logici inequivoci. Nulla vieta, in tal senso, che un debito sorto in fase di insolvenza sia estinto compiendo scelte discriminatorie rispetto all'ordine legale di soddisfazione in prospettiva concorsuale; anzi, sarà sovente proprio questa la situazione ricorrente nella fase prefallimentare più acuta, nella ricerca di "salvare il salvabile".

3.3.4. La condotta: l'esecuzione di pagamenti

Ai fini del delitto in analisi per "*pagamento*" deve intendersi non soltanto l'*estinzione del debito* con la corresponsione di una *somma di denaro*, ma altresì ogni *forma di solutio* che comporti tale effetto.

Vengono in rilievo i seguenti casi: (i) la *costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio* che estingua il primo⁹³; (ii) la *compensazione* ove venga creato fittiziamente un nuovo rapporto obbligatorio, inverso al primo, per consentire al creditore di eccepire la compensazione⁹⁴; (iii)

⁸⁷ Per la tesi per cui lo stato d'insolvenza deve essere effettivamente sussistente al momento della condotta cfr. U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2012, 398.

⁸⁸ G. Casaroli, *sub art.* 216, *co.* 3, in *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art.* 217-bis, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013.

⁸⁹ C. Pedrazzi, Art. 216, in *Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1995.

⁹⁰ R. Bricchetti, R. Targetti, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2010, 78.

⁹¹ Cfr. N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2016.

⁹² G. Bevilacqua, *La bancarotta preferenziale*, in *Reati in materia economica*, Torino, 2017, 463.

⁹³ Cass. pen., sez. V, 14 dicembre 1982, n. 1746, dep. 28 febbraio 1983, rv. 157654.

⁹⁴ Cass. pen., sez. V, 15 aprile 1980, n. 7505, dep. 13 giugno 1980, rv. 145604.

la consegna di merci al creditore *con effetti traslativi* della proprietà⁹⁵; (iv) la *datio in solutum*, quale negozio traslativo oneroso che impone di applicare i principi della compravendita per stabilire se gli atti compiuti siano idonei a realizzare il trasferimento dei beni e, quindi, la sottrazione degli stessi alla garanzia dei creditori;⁹⁶ (v) la *cessione di crediti, pro solvendo, pro soluto o a scopo di garanzia*, essendo irrilevante che il credito venga effettivamente riscosso, in quanto l'effetto traslativo si determina all'atto dell'accordo tra cedente e cessionario con depauperamento del patrimonio della società fallita e sottrazione del credito alla garanzia dei creditori⁹⁷; (v) un *pagamento revocabile al quale sia seguito l'intervenuto recupero* del bene a seguito dell'esperimento della azione revocatoria.

In altre evenienze *non è stato ritenuto integrato il pagamento* previsto dalla fattispecie penale. È il caso di *rilascio di cambiali*, trattandosi di titoli di credito e, pertanto, di semplici promesse di pagamento⁹⁸.

Diffusa è l'opinione che esclude la rilevanza penale ai fini in commento dei *pagamenti "contestuali"* (alla conclusione del negozio ed al ricevimento della controprestazione), assumendo significato penale solo i pagamenti effettuati dopo che è sorto il credito. In tal caso la *par condicio creditorum* non resterebbe pregiudicata non residuando un debito da adempiere; così risulterebbe lecita un'intesa in virtù della quale il contraente *in bonis* si garantirebbe dall'insolvenza della controparte, condizionando l'esecuzione della propria prestazione al pagamento contestuale ed immediato del corrispettivo⁹⁹. In tal modo, un'impresa insolvente potrebbe acquisire fattori produttivi con il pagamento alla consegna dei beni per ricostruire l'equilibrio economico-finanziario. L'irrilevanza penale si poggierebbe sulla simultaneità della genesi e dell'estinzione del rapporto debito-credito e sulla considerazione per cui il patrimonio dell'impresa si arricchirebbe di una controprestazione, di talché i pagamenti contestuali sarebbero neutri rispetto alla *par condicio*. In senso contrario, è stato osservato che la fattispecie di bancarotta preferenziale non distingue fra *pagamenti* contestuali e non contestuali, né è condivisibile ritenere che essi, giovando l'impresa di una simultanea controprestazione, non *altererebbero gli equilibri creditorî*¹⁰⁰.

Si discute della rilevanza penale dei *pagamenti coattivi*, quelli eseguiti in forza di un provvedimento giudiziale. Secondo un orientamento dottrinale¹⁰¹ la tipicità sarebbe integrata allorché il debitore abbia realizzato una *condotta omissiva "arrendevole"* per avvantaggiare il creditore, pur sempre effettivo; ciò potrebbe avvenire, ad esempio, in attuazione di preventiva intesa fraudolenta con il debitore sostenuta dal fine preferenziale¹⁰² (in altre parole il creditore potrebbe azionare la sua pretesa ben sapendo che il debitore resterà iner-

⁹⁵ Cass. pen., sez. V, 2 aprile 1986, n. 3874, dep. 19 maggio 1986, rv. 172734.

⁹⁶ Cass. pen., sez. V, 5 luglio 1994, n. 9318, dep. 30 agosto 1994, rv. 199249; Id., 26 giugno 2009, n. 31894 Ud., dep. 4 agosto 2009, rv. 244498.

⁹⁷ Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2014, n. 16983, dep. 16 aprile 2014, rv. 262902; Id. 21 aprile 2004, n. 24105 Ud. (dep. 26 maggio 2004) rv. 228103.

⁹⁸ Cass. pen., sez. V, 14 dicembre 1982, n. 1746 Ud. (dep. 28 febbraio 1983) rv. 157654.

⁹⁹ Cfr. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011.

¹⁰⁰ D. Tassinari, *La bancarotta preferenziale*, in *Diritto Penale dell'Economia*, Padova, 2016.

¹⁰¹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 144, che distingue le ipotesi in cui il debitore abbia resistito in giudizio ovvero abbia mostrato totale acquiescenza rispetto alle pretese del creditore.

¹⁰² F. Tagliarini, *Profili salienti della bancarotta preferenziale*, in *Ind. pen.*, 1992, 739.

te). In proposito, pare di dover distinguere, in concreto, a seconda che *l'imprenditore abbia o meno fondate ragioni per costituirsi in giudizio*; solo nel primo caso potrà prospettarsi un corrispondente obbligo giuridico di farlo. Non manca chi dubita, in ogni caso, della *configurabilità* stessa dell'*elemento* soggettivo del reato in esame rispetto ad un debitore reale che, potendo opporre ostacoli legali di natura dilatoria, venga da ultimo *intimato di adempiere dall'autorità giudiziaria*.

Tradizionalmente sofferta la considerazione dei c.d. *pagamenti di salvataggio*, necessari a soddisfare i creditori più irruenti, nella prospettiva di guadagnare tempo e superare la crisi. La liceità penale è ammessa dai sostenitori della teoria del *dolo specifico composto*¹⁰³, mentre è negata aderendo alla tesi del *dolo eventuale* rispetto al danno per i creditori non favoriti.

Problematico è anche il pagamento dei *debiti previdenziali e tributari*. Poiché tale pagamento è presidiato da norme imperative, ad avviso di alcuni commentatori si esorbiterebbe dalla bancarotta preferenziale¹⁰⁴. In concreto, invero, è assai infrequente che i debiti verso i creditori pubblici istituzionali siano adempiuti per primi e che possa profilarsi, dunque, una loro estinzione preferenziale in danno degli altri creditori.

3.3.5. La condotta alternativa: la simulazione di titoli di prelazione

La *simulazione di titolo di prelazione* rappresenta l'ulteriore tipologia di condotta suscettibile di integrare la bancarotta preferenziale.

I titoli di prelazione che assistono un credito spaziano dai *privilegi* (art. 2745 ss. c.c.), al *pegno* (art. 2784 c.c.) sino alle *ipoteche* (art. 2808 c.c.). Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito, anche se la sua costituzione può essere subordinata alla convenzione delle parti o a particolari forme di pubblicità. Può essere generale o speciale, a seconda che si eserciti su tutti i beni mobili del debitore (art. 2751 c.c.) ovvero su determinati beni mobili (art. 2755 c.c.) o immobili (art. 2770 c.c.). Mentre il privilegio generale non attribuisce un diritto di sequela, non costituendo garanzia reale (art. 2747, comma 1, c.c.), il *privilegio speciale*, salvo che la legge non disponga diversamente, al ricorrere della particolare situazione alla quale è subordinato, può essere esercitato in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi posteriormente al sorgere di esso (art. 2747, comma 2, c.c.), operando quale *garanzia reale*. Quanto alle altre cause di prelazione, il *pegno prevale sul privilegio speciale* sui beni mobili, mentre il *privilegio speciale sui beni immobili prevale sull'ipoteca* (ex art. 2748 c.c.). È la legge, infine, che definisce l'ordine dei privilegi (art. 2777 ss. c.c.).

Dibattuta è la *nozione di simulazione*, sussistendo netta divaricazione tra gli esegeti che le riferiscono *significato strettamente civilistico* (cfr. artt. 1414-1417 c.c.) e gli interpreti che le attribuiscono *contenuto autonomo*.

Parte della dottrina assume che l'espressione vada intesa nell'accezione civilistica¹⁰⁵, basata sull'esistenza di negozio giuridico apparente sostenuto da accordo simulatorio alla cui stregua le parti dichiarano che quanto appare non ha alcun valore tra esse o ne ha uno diverso. Si pensi alla simulazione di una causa generativa di un particolare privilegio, co-

¹⁰³ D. Tassinari, *op. cit.*

¹⁰⁴ E. Corucci, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013.

¹⁰⁵ Cfr. G. Flora, *Mutui fondiari e concorso in bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 87.

me un rapporto di lavoro subordinato, in luogo di quello autonomo. Rileverebbe, dunque, solo la creazione di un negozio simulato volto ad occultare la reale volontà di costituire un titolo di prelazione¹⁰⁶.

La giurisprudenza penale di legittimità, per contro, è stabilmente attestata su posizioni “autonomiste”. Alla stregua di esse “*la locuzione ‘simulazione’ di cui all’art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum*”¹⁰⁷. Integra, in tal senso, gli estremi della “*simulazione di prelazione*” la condotta di un’impresa in situazione di decozione che consegua da una banca creditrice mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per ripianare i saldi negativi dei conti correnti intrattenuti con la stessa banca, così trasformandosi il credito vantato da quest’ultima verso l’impresa da chirografario in privilegiato¹⁰⁸ e, quindi, *costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore*. Come ricorda la Corte di Cassazione se nell’ipotesi ordinaria in cui l’imprenditore *in bonis* difetta dell’immediata liquidità necessaria ad assicurare il corretto svolgimento dell’attività può considerarsi come lecito e normale un sistema di finanziamento a lungo termine dell’attività di impresa, mediante accensione di mutuo fondiario, lo stesso non può dirsi più normale e lecito quando l’imprenditore versi in stato di insolvenza e, ciò nonostante, concordi un finanziamento presso la banca creditrice secondo modalità capaci di trasformare il credito da chirografario in privilegiato e, quindi, attributive di un titolo di prelazione in favore dell’ente mutuante, sì da consentire al medesimo, garantito dall’iscrizione della ipoteca quale garanzia di restituzione delle somme, un indebito vantaggio in danno della *par condicio creditorum*; e ciò a prescindere dalla consapevolezza, nel mutuante, dello stato di decozione dello imprenditore¹⁰⁹. In linea con l’orientamento espresso nella sentenza Garofalo¹¹⁰, la *ratio* e la finalità della norma persuadono a ritenere irragionevole un diverso trattamento di condotte (costituzione fittizia di un titolo preferen-

¹⁰⁶ G. Cocco, *op. cit.*, 1201.

¹⁰⁷ Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2004, n. 16688 Ud., dep. 8 aprile 2004, *imp. PG in proc. Manfredini e altro*, in *CED Cass.*, rv. 228766; Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2018, n. 51861 Ud., dep. 16 novembre 2018, *Costanzo*, rv. 274668.

¹⁰⁸ Il fatto, in breve. Una S.n.c. esercente lavori edili, già in una situazione di decozione – poi fallita in data 31 ottobre 1990 – aveva ottenuto, a partire dall’anno 1988, finanziamenti dalla sezione di credito fondiario di una banca, mediante accensione di mutui fondiari per centinaia di milioni garantiti da ipoteca sugli immobili compromessi in vendita; tali finanziamenti, concordati fra il funzionario preposto al settore mutui della filiale della banca e nella piena consapevolezza della situazione di decozione, che anzi li aveva “indirizzati”, erano stati in parte utilizzati per ripianare i saldi negativi dei conti correnti intrattenuti dalla società con la stessa banca ed avevano di fatto trasformato il credito, vantato dalla medesima verso la s.n.c., da chirografario in privilegiato, preconstituendo un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore.

¹⁰⁹ Nella specie, in particolare, l’accensione dei mutui fondiari, garantiti da ipoteca sugli immobili compromessi in vendita alterava la *par condicio*, atteso che i creditori chirografari venivano esposti, nell’ipotesi di fallimento della comune debitrice già in stato di decozione, al rischio di una soddisfazione percentualmente ridotta delle loro ragioni. Inoltre, il mutuante veniva a beneficiare del più favorevole regime dell’azione esecutiva riservata all’istituto di credito fondiario ex art. 41, comma 2, d.lgs. n. 385/1993, ovvero l’esonazione dall’azione revocatoria ex art. 67, ultimo comma, l. fall.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. V, 1° dicembre 1999, dep. 23 febbraio 2000, n. 2126, in *proc. Garofalo*.

ziale o trasformazione di un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in tempi sospetti ed in presenza dello stato di insolvenza) che conducono al medesimo risultato di alterare la *par condicio creditorum*. Ad un'interpretazione più ampia dell'area di punibilità non è neppure di ostacolo la testuale espressione "simula", mutuabile dalla nozione civilistica; il diritto penale utilizza in autonomia, per le proprie finalità, termini comuni ad altri rami del diritto, quali ad es. quello di "possesso" nei reati contro il patrimonio; la stessa lettera della norma non parla di negozio simulato bensì usa l'espressione "simula titoli di prelazione", idonea a ricomprendere ogni condotta che può prescindere dalla creazione di una 'apparenza' di negozio e però fa risultare una situazione "diversa da quella reale, alterandola, indipendentemente dai mezzi usati".

Si tratta di impostazione contrastata da chi non riconosce alcun elemento di simulazione, in senso civilistico, nell'accensione di un'ipoteca effettivamente concessa e voluta. In altre parole, per scongiurare una "spiritualizzazione" dell'illecito penale, la creazione maliziosa, ma pur sempre effettiva, del titolo di prelazione, ovvero il potenziamento del presidio della garanzia del credito nell'imminenza del fallimento, è ritenuta estranea al fatto tipico, al quale non sarebbero riconducibili le condotte strumentali ed elusive.

Non manca chi contrasta tali critiche incentrando la fraudolenza sul profilo della assenza di ragioni economico-giuridiche sottostanti alla costituzione dei titoli. In effetti non pare possa prescindersi dal risultato pratico dell'operazione, ovvero dal reale significato di essa e dalla *ratio* della norma penale, prospettiva di analisi prevalente in seno alla giurisprudenza penale¹¹¹.

3.3.6. Il contributo causale del creditore preferito

Il contributo *causale* nella bancarotta preferenziale prefallimentare *da parte del creditore preferito* deve risultare determinante per la violazione della *par condicio*¹¹². Non basta, infatti, la ricezione del pagamento, necessitando *forme di istigazione, determinazione o ausilio*, con *pagamenti realizzate in forme nascoste o anomale*; modalità non necessarie sotto il profilo oggettivo ma certo utili in termini probatori.

Per l'interferenza con le facoltà *ex art. 1186 c.c.*, può rivelarsi problematico inquadrare il caso dell'*esplicita richiesta* al debitore, in presenza dei segnali di insolvenza di quest'ultimo, di provvedere dell'adempimento, rappresentando il creditore la volontà di azionare il relativo diritto. Per parte della dottrina la condotta del creditore che si limiti ad accettare il pagamento da parte dell'imprenditore insolvente non *integra mai reato*¹¹³. Nel

¹¹¹ Cass. pen., sez. V, 21 gennaio 2015, n. 13522, dep. 30 marzo 2015, rv. 262964 ricorda come nell'esperienza penalistica l'analisi delle condotte che possono pregiudicare gli interessi del creditore durante la crisi economica del debitore risente del mutare dell'impostazione e degli obiettivi della ricerca, derivandone conseguenze sulle valutazioni.

¹¹² Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998, dep. 2 ottobre 2014, *Concu e altro*, in *CED Cass.*, rv. 262190; Id. 24 settembre 2000, n. 39417, dep. 21 ottobre 2008, *Manganello*, in *CED Cass.*, rv. 241740.

¹¹³ V. Bianchi, *Il reato di bancarotta*, in *De Agostini Professionale – Leggi d'Italia, Dottrina*, 1998; C. Santoriello, *La bancarotta preferenziale*, in *De Agostini Professionale – Leggi d'Italia, Dottrina*, 1999, per il quale "il creditore può giovare di una norma permissiva, l'art. 1186 c.c.". Cfr. anche V. Rossi Vannini, *Commentario Scialoja-Branca, L. fall., Disposizioni penali*, 1997, 21-22. Escludono la rilevanza penale della condotta del creditore, V. Serianni, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 201-213; M. Ghidini, *Revocatoria di pagamenti e bancarotta preferenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, 62-64.

caso dell'ente bancario, l'evenienza è però assai congetturale, poiché sarà usuale la previa messa in mora del debitore e, dunque, una condotta sollecitatoria da parte del creditore; inoltre, non resta esclusa la configurabilità astratta della ricettazione fallimentare, che presuppone l'assenza di un'attività esterna di induzione. Per contestare la configurabilità della bancarotta preferenziale, altra opinione *nega il presupposto della distrazione di beni* del fallito, limitati alle consistenze patrimoniali reali, diverse dalle somme di danaro rifluite sul conto intestato all'imprenditore insolvente, o che su esso sarebbero affluite in assenza dei meccanismi negoziali; in base all'art. 1834 c.c., infatti, la banca acquista la proprietà del danaro depositato presso di essa e il correntista a fronte del deposito acquista un mero diritto di credito alla restituzione¹¹⁴. Se la distinzione tra beni e crediti appare distonica rispetto all'elaborazione giurisprudenziale consolidata, deve considerarsi che uno strumento apparentemente regolare, come il mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti, può ben essere sviato dal fine fisiologico, per realizzare dissimulazioni patrimoniali¹¹⁵.

Deve concludersi che l'art. 1186 c.c. non permette di escludere la rilevanza penale della condotta del creditore, non assumendo significato esimente quando il pagamento in stato di insolvenza assume un diverso significato, con la dichiarazione del fallimento del debitore, in virtù di norme speciali: sono queste le previsioni relative alla revocatoria fallimentare, che prevedono l'inefficacia di quei pagamenti, o quelle penali fallimentari, che attribuiscono a tali pagamenti carattere delittuoso. *Esistono limiti, dunque, al diritto del creditore di ricevere l'adempimento in fase fallimentare*, rappresentati dalle norme sulle revocatorie ex art. 67 l. fall. e dall'art. 232, comma 3, n. 2, l. fall. Ne consegue che i pagamenti effettuati in situazione di insolvenza, anche attraverso *datio in solutum* e a mezzo di *compensazioni*, consentiti in linea generale dagli artt. 1186 c.c. e 56 l. fall.¹¹⁶, assumono *rilievo penale se qualificati dal fine di favorire*; taluni creditori, a danno degli altri¹¹⁷. Come subito in appresso si spiegherà, il delitto di bancarotta preferenziale postula il dolo specifico, ravvisabile ogni qualvolta l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a favorire un creditore, riflettendosi contemporaneamente, anche secondo lo schema tipico del dolo eventuale, nel pregiudizio per altri¹¹⁸.

¹¹⁴ M. Gambardella, *Contributo alla delimitazione del concetto di «distrazione» nel reato di ricettazione fallimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 638.

¹¹⁵ T. Coletta, *Bancarotta e responsabilità penale del funzionario di banca infedele per abuso del diritto di compensazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 2961.

¹¹⁶ Il riferimento è alla *compensazione volontaria* ex art. 1251 c.c., prevista dall'art. 56 l. fall. e dall'art. 186 cc.; la stessa rileva penalmente, ai sensi dell'art. 216, comma 3, l. fall. come bancarotta preferenziale se ricorrono i due elementi della pattuizione dell'accordo durante la fase di insolvenza e dell'intenzione di favorire alcuni creditori e di danneggiarne altri. In base all'art. 1252 c.c., consiste in un *negozio bilaterale* diretto ad elidere le reciproche ragioni di credito, previo riconoscimento della loro esistenza; con il patto viene disposta la compensazione di crediti già esistenti, oppure vengono fissate condizioni, derogatorie a quelle di legge (altrimenti rilevarebbe la compensazione legale o giudiziale), necessarie e sufficienti per il prodursi in futuro dell'effetto compensativo fra le parti. Pertanto, la compensazione volontaria può aver luogo pure in difetto dei requisiti previsti in tema di compensazione legale o giudiziale (omogeneità, esigibilità, liquidità); non potrà tuttavia mancare l'antecedente logico necessario, costituito dall'esistenza di *due crediti reciproci derivanti da diversi rapporti* (finanziamento e conseguente obbligo di restituzione e trasferimento di merci).

¹¹⁷ *Cass. pen.*, sez. V, n. 31894/2009.

¹¹⁸ *Cass. pen.*, sez. V, 24 febbraio 1998, n. 4427 Ud., dep. 15 aprile 1998, *Bertoni*, in *CED Cass.*, rv. 211138-01; *Cass. pen.*, sez. V, 26 giugno 2009, n. 31894, dep. 4 agosto 2009, *Petrone*, in *CED Cass.*, rv. 244498, che assume rilevante, per escludere il dolo tipico del reato in esame, la ricorrenza dell'intento di agire

3.3.7. Il dolo

Ai fini della configurabilità del reato in esame, poi, oltre alla violazione della *par condicio creditorum* nella procedura fallimentare, è necessario il *dolo specifico*, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, accettando l'eventualità di un danno per gli altri.

Secondo opinione ben diffusa in dottrina si tratta di *dolo specifico "composto"*, consistente nell'intenzione di favorire un creditore e di danneggiare gli ulteriori creditori. Per contro, la giurisprudenza¹¹⁹ non richiede che quest'ultimo aspetto ricada nel fuoco del dolo diretto, accontentandosi che l'*animus nocendi* rientri nel *dolo eventuale*. La diversa impostazione riverbera conseguenze sulla liceità penale dei c.d. *pagamenti di salvataggio*, necessari a soddisfare i creditori più irruenti per beneficiare di tempo per superare la crisi. La liceità è ammessa dai sostenitori della teoria del dolo specifico composto, mentre è negata dai fautori della tesi del dolo eventuale rispetto al danno per i creditori non favoriti. In giurisprudenza era maggioritario quest'ultimo orientamento¹²⁰, potendo l'intenzione di favorire taluno dei creditori concorrere con fini ulteriori senza smarrire il proprio significato penale. La finalità di alleggerire la pressione era ritenuta irrilevante, onde la speranza, "specie se infondata", di realizzare un accordo tra i creditori ed evitare il fallimento non avrebbe escluso il fine di favoreggiamento¹²¹. Non mancavano pronunce che assumevano inconciliabile l'elemento soggettivo con il serio intendimento di evitare il fallimento¹²², rivelato dalla certa *convincio-*

al fine di potere ottenere ulteriori finanziamenti. In effetti, l'imprenditore può essere spinto ad adempiere al solo fine di evitare il pericolo della presentazione di istanze di fallimento o, comunque, nella certa o fondata convinzione di poter riuscire a far fronte, anche se in un secondo momento, a tutte le posizioni debitorie. La giurisprudenza in tali ipotesi esclude il reato, per difetto dell'intenzione di favorire e cioè del dolo specifico richiesto dalla norma (cfr. Cass. 16 novembre 1973, n. 8142, Cass. 21 ottobre 1985 n. 9400). È stato anche rimarcato che l'insussistenza del reato è limitata alla più rigorosa ipotesi della finalizzazione in via esclusiva o prevalente dell'azione dell'imprenditore alla salvaguardia della attività sociale o imprenditoriale; se tale finalizzazione si somma a quella di avvantaggiare taluni creditori, in concreto, soddisfatti, la condotta è compatibile con la bancarotta preferenziale. Infatti, la norma richiede il dolo specifico e non anche il dolo esclusivo; onde, il primo sussiste anche nel caso in cui la finalità perseguita sia composita. Diversamente opinando la bancarotta preferenziale risulterebbe difficilmente configurabile in concreto in tutte le ipotesi in cui l'apparente scopo di evitare il fallimento, nasconde invece l'ulteriore finalità concorrente, anche se non prevalente, di favorire taluni creditori beneficiati, in danno di altri. Sussiste il reato di bancarotta preferenziale allorché l'autore ha agito pur ritenendo, comunque, di non essere in grado di evitare il dissesto o, comunque, in situazione tale da escludere fondatamente che tale risultato possa raggiungersi, attribuendo rilevanza soltanto all'ipotesi in cui il risultato di evitare il fallimento e di realizzare il riequilibrio finanziario e patrimoniale possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile (Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, dep. 28 luglio 2009, *Scala*, rv. 244490; Id. 27 settembre 1984, n. 23 Ud., dep. 3 gennaio 1985, *Massarutto*, in *CED Cass.*, rv. 167256-01 che non esclude il delitto di bancarotta preferenziale nell'ipotesi di speranza, specie se infondata, di realizzare un accordo tra i creditori e di evitare il fallimento; Id. 5 marzo 2014, n. 16983 Ud., dep. 16 aprile 2014, rv. 262903-01). In termini generali, l'elemento soggettivo del reato di bancarotta preferenziale è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale (Cass., n. 16983/2014, cit.; Id. n. 15712/2014, cit. rv. 260221).

¹¹⁹ Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 1967, n. 194, dep. 10 giugno 1967, rv. 104587.

¹²⁰ Cass. 22 marzo 2004, n. 13893.

¹²¹ Cass. n. 23/1984, cit., in *Giust. pen.*, 1985, 625.

¹²² Cass. pen., sez. V, 15 aprile 1992, n. 7248 Ud., dep. 24 giugno 1992, in *CED Cass.*, rv. 190987, secondo cui il delitto non è ipotizzabile per difetto dell'elemento psicologico qualora l'agente paghi alcuni creditori "al

ne del fallito che il pagamento avrebbe evitato il fallimento¹²³. Da ultimo, anche a seguito della riforma della revocatoria fallimentare, la giurisprudenza ha più volte ritenuto inapplicabile la sanzione penale per i pagamenti effettuati per placare i creditori, “*in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale*”¹²⁴.

È ritenuta influente l'eventuale consapevolezza dello stato di dissesto¹²⁵; in proposito, però, va riconosciuto che la sua sussistenza agevola la dimostrazione del dolo tipico.

Con riferimento all'elemento soggettivo della bancarotta preferenziale bancaria o della ricettazione fallimentare bancaria, appaiono lenite le naturali problematicità riconnesse alla struttura del dolo del concorrente estraneo. Qui, infatti, *la prova del dolo nel funzionario infedele di banca è semplificata* rispetto al caso in cui il creditore sia un generico fornitore dell'imprenditore insolvente. Secondo le disposizioni impartite dalla Banca d'Italia¹²⁶, la Centrale dei rischi segue *l'andamento dei conti della clientela ed offre un quadro documentale del percorso economico dell'impresa*. Le banche utilizzano le informazioni della Centrale dei Rischi, congiuntamente alle altre informazioni disponibili nonché alle notizie e ai dati forniti direttamente dalla clientela, per effettuare un'adeguata *valutazione del merito creditizio* della clientela, sia nel corso dell'istruttoria che precede l'assunzione del rischio, sia nella fase di monitoraggio. In tale condizione, ogni pagamento ricevuto e trattenuto ad estinzione del proprio credito – fuori dai casi di compensazione legale di cui all'art. 56 l. fall. – nei confronti del debitore insolvente è suscettibile di diventare oggetto di condotta dolosa; salve, poi, le problematiche connesse all'individuazione della responsabilità personale in seno ai soggetti bancari complessi.

Anche per il concorso in bancarotta preferenziale, il dolo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'amministratore è stato identificato nella volontarietà della condotta di sostegno a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina la preferenza nel soddisfacimento di uno dei creditori rispetto agli altri, senza necessità di specifica conoscenza del dissesto della società¹²⁷, per quanto quest'ultima semplifichi la prova della consapevolezza e volontà di contribuire ad una condotta “preferenziale”¹²⁸. Quest'ultima esclusione è *contrastata in dottrina*¹²⁹, ma la giurisprudenza tradizionale la ritiene inessenziale. In

fine di eliminare le istanze di fallimento, con la intenzione di migliorare la situazione dell'azienda medesima ed evitare la procedura concorsuale”.

¹²³ Cass. pen., sez. V, 19 marzo 1982, *Zanca*, in *Riv. pen.*, 1983, 536; Cass. 12 giugno 1985, *Oddi*, in *Cass. pen.*, 1987, 397.

¹²⁴ Cass. pen., sez. V, 20 maggio, n. 31168, *Scala*, in *CED Cass.*, 244490; Cass. Sez. V, 5 marzo 2014, n. 16983, dep. 16 aprile 2014, rv. 262904.

¹²⁵ Cass. pen., sez. V, n. 15712/2014, cit.; Id. n. 10453/2016.

¹²⁶ Cfr. Circolare 17 dicembre 2013, n. 285 Parte Terza – Altre disposizioni di vigilanza prudenziale, Capitolo 6 – Vigilanza informativa su base individuale e consolidata, Sezione II – Segnalazioni; in precedenza Circolare 21 aprile 1999, n. 229, Istr. di Vigilanza per le banche, TITOLO IV – Capitolo 13.

¹²⁷ Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2014, n. 16983, dep. 16 aprile 2014, *Liori e altri*, rv. 262905; Id. 27 marzo 2018, n. 27141, dep. 13 giugno 2018, *Del Rosso e altro*, rv. 273481-01. Più risalente orientamento ritiene che, nel caso di bancarotta preferenziale, il creditore favorito risponde qualora consapevole dello stato di insolvenza del debitore e del proprio vantaggio, con pregiudizio della massa, derivante dagli atti incriminati (Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 1969, n. 252, dep. 18 marzo 1969, rv. 110675).

¹²⁸ In tal senso cfr. alcune considerazioni in recenti pronunce della Cassazione (nn. 49123/2019 e 44097/2019).

¹²⁹ L.D. Cerqua, *Il concorso del creditore favorito nel delitto di bancarotta preferenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003.

origine, l'impostazione era giustificata assumendo sufficiente ai fini del concorso la mera accettazione del pagamento¹³⁰. Tale posizione è stata rimeditata escludendo la rilevanza dell'art. 1186 c.c.¹³¹, operando le norme derogatorie dell'art. 216, comma 3, l. fall. e quelle in tema di revocatoria¹³², assumendo sufficiente per la corresponsabilità del creditore favorito la condivisione dell'*animus favendi* del debitore. Occorre riconoscere che la soluzione appare distonica rispetto a disposizioni che profilano diritti di rilevanza penale ex art. 51 c.p.; in ogni caso, viene temperata esigendo la prova di un contributo causale positivo e determinante da parte del creditore favorito alla violazione della *par condicio creditorum*¹³³.

3.3.8. Il sostegno finanziario e i rientri delle imprese in crisi: il valore indiziante della preferenzialità penale ricollegato alla soggezione alla revocatoria fallimentare

L'imprenditore in stato di imminente insolvenza, deciso a salvare il "salvabile", quasi mai può prescindere dalla conservazione di rapporti "aperti" con la *struttura bancaria*, dal cui *sostegno finanziario* primariamente dipende. Si tratta di condizione obiettivamente predisponente a "*ripianare favoritivamente l'esposizione debitoria verso le banche dando impulso a quelle pratiche solutorie nelle quali pericolosamente si annida il reato di bancarotta preferenziale*"¹³⁴. D'altro canto, senza previo accordo con l'imprenditore, la banca può *trattenere somme* (già o successivamente) accreditate sul conto dell'insolvente, avendone compreso lo stato di insolvenza o dopo la dichiarazione del fallimento, con integrazione sotto il profilo oggettivo della ricettazione fallimentare.

Per definire la rilevanza penale, o meno, dei "rientri" dalle esposizioni debitorie nei confronti del creditore bancario può assumere valenza *orientativa* l'*assoggettabilità a revocatoria fallimentare* degli atti di disposizione patrimoniale compiuti. In altri termini, i pagamenti a favore dell'istituto bancario realizzati dall'imprenditore insolvente (o comunque autonomamente attuati dall'ente di credito)¹³⁵ assoggettabili ad azione revocatoria sarebbero anche penalmente illeciti e così l'illiceità civile degli atti dispositivi assumerebbe rilievo indiziante in sede penale.

L'art. 67 l. fall. delinea l'azione *revocatoria concorsuale* che tutela la *par condicio*, assicurando il rispetto delle cause di prelazione e la parità di trattamento dei creditori di eguale grado. Sebbene il principio sia stato progressivamente limitato (ad esempio, ampliando i crediti preeducibili, destinati a prevalere su tutti i crediti anteriori), la regola

¹³⁰ Tale impostazione era basata sulla concezione della bancarotta preferenziale quale reato monosoggettivo (Cass., sez. III, 24 gennaio 1956, *Lauri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 253) e non necessariamente (o normalmente) plurisoggettivo.

¹³¹ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2008, n. 39417, in *Fall.*, 2009, 740.

¹³² Cass. pen., sez. V, 17 novembre 1983, *Dini*, in *Cass. pen.*, 1985, 483; Cass. 16 agosto 2005, n. 16957, in *Guida dir.*, 2005, n. 41, 71.

¹³³ Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998.

¹³⁴ T. Coletta, *op. cit.*

¹³⁵ T. Coletta, *op. cit.*, rileva come in coerenza con la previsione dell'art. 51 c.p., al di fuori di tale evenienza, "*dal punto di vista dell'imprenditore insolvente sarà stato realizzato nell'adempimento di un obbligo contrattuale (la cui osservanza è imposta dal codice civile), e dal punto di vista della banca creditrice sarà stato ricevuto, o attuato, nell'esercizio di un corrispondente diritto*".

fondamentale è presidiata dal reato di bancarotta preferenziale e dalla revocatoria fallimentare, principale mezzo di riequilibrio della *par condicio*¹³⁶, pur rivisitata dalla riforma del d.l. n. 35/2005¹³⁷.

La premessa comune dell'impugnabilità degli atti compiuti da un soggetto poi fallito è la *percezione da parte* dell'accipiens¹³⁸ dello stato di insolvenza del debitore, mentre i potenziali *diritti scriminanti* in sede fallimentare sono delineati dall'art. 56 l. fall.¹³⁹ o rappresentati dalle esenzioni ex art 67, comma 3, l. fall.

Più che per gli *atti a titolo gratuito* (art. 64 l. fall.), per i *pagamenti eseguiti prima della loro naturale scadenza* (art. 65 l. fall.) o per le situazioni "anormali" disciplinate al *comma 1 dell'art. 67 l. fall.*¹⁴⁰, la *revocabilità* assume profili problematici nelle situazioni previste dall'art. 67, comma 2, l. fall., descritte per *categorie generali*: – *i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili*; – *gli atti a titolo oneroso*; – *la costituzione di garanzie contestuale alla concessione del credito*. In tali evenienze, spetta al curatore provare che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore.

I pagamenti, quali *atti solutori* incidenti sul patrimonio del fallito, integrano la fattispecie più significativa e che conviene passare brevemente in rassegna. Se in passato si assumeva che la loro *revocabilità* prescindeva dal titolo e della natura del credito¹⁴¹, all'esito delle riforme, deve riconoscersi che il titolo rileva in quanto rientri tra le *esenzioni dalla revoca* previste nel comma 3 dell'art. 67, l. fall.

Quanto alle *rimesse bancarie*, nel caso di *apertura di credito* collegata ad un conto cor-

¹³⁶ La riduzione del periodo di tempo per l'esercizio dell'azione revocatoria è stata ritenuta *irrilevante penalisticamente* (G. Schiavano, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006). Per contro altra dottrina assume quanto ora civilmente irrilevante non possa che essere al contempo *penalmente* irrilevante, pena lo stravolgimento di questo ordine logico di intervento e la contraddizione interna dell'ordinamento giuridico (F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. e prat. fall.*, 2006).

¹³⁷ S. Bonfatti, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2006, 902; M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di G. Capo, F. de Santis, B. Meoli Padova, 2010, 331.

¹³⁸ P. Bosticco, *Azione revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 2016.

¹³⁹ In base ad tale norma "... i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento", a condizione che non si tratti di crediti acquistati nell'anno anteriore [...]. T. Coletta, *op. cit.*, osserva "[...] ... In estrema sintesi, il coordinamento del diritto sancito dall'art. 56 con il divieto di cui al successivo art. 67, sta tutto nel ritenere che il creditore può legittimamente trattenere in compensazione beni del debitore di cui aveva già acquisito ex ante la disponibilità, e senza cioè che ciò sia derivato da uno specifico atto solutorio ad hoc; assume invece veste di illegittimità qualsiasi condotta che tenti di mascherare forme di pagamento, e cioè condotte solutorie, mediante predisposizione di meccanismi negoziali sviati dalla loro funzione fisiologica al fine di creare fittiziamente una apparenza di compensazione".

¹⁴⁰ In base a tale norma, sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pigni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pigni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

¹⁴¹ Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2015, n. 17346; Id. 14 febbraio 2011, n. 3583.

rente bancario, i versamenti effettuati dall'imprenditore insolvente per ripianare la passività del conto affidato non sono revocabili (e la banca può trattenerli) ove abbiano solo la funzione di *ripristinare la provvista originariamente fornita* (e cioè l'importo affidato dalla banca)¹⁴²; in tal caso, ad essi rivestono solo *valenza contabile e non efficacia solutoria*¹⁴³. Dunque, le rimesse in conto corrente bancario consistenti in operazioni di accreditamento dirette al mero ripristino della provvista non sono configurabili come atti di pagamento e non sono revocabili *ex art. 66 l. fall.*, pena l'elusione del sistema revocatorio risultante dalle previsioni di cui agli artt. 65 e 67 l. fall.¹⁴⁴.

Non sono revocabili, per le stesse ragioni, le *rimesse c.d. bilanciate*, ove l'importo accreditato resti nella disponibilità e venga riutilizzato dal correntista, con coincidenza temporale e di importo tra accreditato ed uscite ovvero espressa pattuizione intercorsa con la banca, opponibile al fallimento¹⁴⁵. Sotto questo profilo, è necessario il venir meno della funzione solutoria delle rimesse, in virtù di accordi intercorsi tra il *solvens* e l'*accipiens*, che le abbiano destinate a costituire la provvista di coeve o prossime operazioni di pagamenti o prelievi mirati in favore di terzi o del cliente, in modo da poter negare che la banca abbia beneficiato dell'operazione sia prima, all'atto della rimessa, sia dopo, all'atto del suo impiego; la prova dell'esistenza dei predetti accordi, che caratterizzano la rimessa non come operazione di rientro ma quale specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, ove non derivi da un atto scritto, può anche essere desunta da *facta concludentia*, purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale¹⁴⁶.

Inoltre, ove il titolo giuridico della rimessa sia rappresentato dal realizzo di un *pegno irregolare*, costituito a garanzia dell'obbligazione restitutoria derivante da un finanziamento concesso dalla banca, si ritiene non configurabile un'ipotesi di pagamento, come tale revocabile *ex art. 67, comma 2, l. fall.*, bensì un'ipotesi di compensazione, consentita *ex art. 56 l. fall.*¹⁴⁷.

¹⁴² Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2779; Id. 26 agosto 1996, in *CED Cass.*, n. 499358; Id., 25 gennaio 1997, in *CED Cass.*, n. 502033. In dottrina, per un quadro della normativa successiva alla riforma cfr. M. Arato, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel «nuovo» art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2006, 853.

¹⁴³ Cfr. G. Bevilacqua, *La revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fall.*, 2015, 716; A. Patti, *Rimesse in conto corrente bancario: da una concezione atomistica ad una più realistica*, in *Fall.*, 2011, 693.

¹⁴⁴ Cass. civ., sez. VI, 11 novembre 2015, n. 23101, *F.G.f. Srl c. I.S. Spa*, in *CED Cass.*, rv. 637644. Nell'occasione è stato anche ribadito il principio per cui, in tema di revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario effettuate da un imprenditore poi dichiarato fallito, nel caso di plurime operazioni di segno opposto nella stessa giornata in cui appaia uno scoperto di conto, il fallimento che chieda la revoca di rimesse aventi carattere solutorio in relazione al saldo infragiornaliero, e non al saldo della giornata, ha l'onere di dimostrare la cronologia dei singoli movimenti; cronologia che non può essere desunta dall'ordine delle operazioni risultante dall'estratto conto ovvero dalla scheda di registrazione contabile, in quanto tale ordine non corrisponde necessariamente alla realtà e sconta i diversi momenti in cui, secondo le tipologie delle operazioni, vengono effettuate le registrazioni sul conto. Di conseguenza, è onere del curatore provare la cronologia dei singoli movimenti, quale circostanza che incide sulla prova dell'esistenza di uno degli elementi costitutivi della domanda, vale a dire l'esistenza di un atto avente carattere solutorio, sicché in mancanza di prova devono intendersi effettuati prima gli accrediti e poi gli addebiti (Cass. n. 7158/2012).

¹⁴⁵ Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2014, n. 17195.

¹⁴⁶ Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2017, n. 19751, rv. 645190-02.

¹⁴⁷ Tribunale Trani, 20 marzo 2018, F.C.D.N. c. B.N. e altri. Nel pegno irregolare il creditore garantito ac-

Le rimesse effettuate dal terzo fideiussore sul conto corrente dell'imprenditore, poi fallito, non sono revocabili ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall., quando risulti che attraverso la remessa il terzo non ha posto la somma nella disponibilità giuridica e materiale del debitore, ma – senza utilizzare una provvista del debitore e senza rivalersi nei suoi confronti prima del fallimento – ha adempiuto in qualità di terzo fideiussore l'obbligazione di garanzia nei confronti della banca creditrice. Infatti, in questa ipotesi il pagamento è effettuato dal garante allo scopo di adempiere l'obbligazione di garanzia, autonoma, ancorché accessoria e di contenuto identico rispetto all'obbligazione principale, per evitare le conseguenze cui resterebbe esposto per effetto dell'inadempimento, mentre la modalità del pagamento non determina, di per sé, l'acquisizione della disponibilità della somma da parte del titolare del conto corrente – soltanto contabile e priva di autonomia rispetto all'estinzione del debito da parte del terzo –, non incide sulla provenienza della somma dal terzo e sulla causa del pagamento (estinzione dell'obbligazione fideiussoria, in difetto di una diversa imputazione) e perciò non viola la *par condicio creditorum*¹⁴⁸. Nell'occasione le Sezioni Unite hanno però dato continuità al consolidato l'orientamento che torna rilevante ai fini della nostra analisi: il pagamento del debito del fallito da parte di un terzo può essere revocato soltanto qualora abbia comportato una lesione della *par condicio creditorum*, ossia quando il terzo abbia eseguito il pagamento avvalendosi, direttamente o indirettamente, del denaro del fallito, *ovvero quando, prima del fallimento, il terzo abbia utilmente effettuato la rivalsa*¹⁴⁹. Alla base di tale indirizzo si trova il principio che il *solvens* – il quale non abbia utilizzato denaro del fallito e non abbia esercitato la rivalsa prima del fallimento – non determina un depauperamento del patrimonio dell'insolvente e non modifica l'ammontare dei crediti concorrenti nella ripartizione qualora proponga istanza di ammissione al passivo, si insinua al posto dell'originario creditore, per lo stesso importo e nei medesimi diritti, onde rispetto alla massa viene a trovarsi nell'identica situazione dell'*accipiens*.

La revocabilità delle rimesse sul conto corrente bancario opera ove le stesse abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca e siano accompagnate dalla *scientia decoctionis* da parte dell'*accipiens*¹⁵⁰. Lo

quista non la mera disponibilità, bensì la proprietà delle cose fungibili che ne sono oggetto ed assume l'obbligo di restituire, alla scadenza dell'obbligazione principale, una somma equivalente al valore delle cose costituite in pegno, se il debitore adempie l'obbligazione principale, ovvero una somma pari all'eventuale eccedenza del loro valore rispetto a quello della prestazione dovuta, se tale obbligazione rimane inadempita.

¹⁴⁸ Cass. civ. sez. un., 12 agosto 2005, n. 16874, rv. 582632. In tal modo, le Sezioni Unite hanno composto il contrasto di giurisprudenza in ordine alla possibilità di esperire l'azione revocatoria di pagamenti eseguiti dal terzo con denaro proprio. In precedenza, in senso conforme alla soluzione adottata dalle sez. un., v., tra le altre, Cass. n. 9018/1998 – rv. 518812; Cass. n. 570/1999 – rv. 522517; Cass. n. 13479/2002 – rv. 557401; Cass. n. 18998/2004 – rv. 577286; mentre, in senso difforme, v. Cass. n. 11520/1998 – rv. 520713; Cass. n. 13159/2002 – rv. 557341; Cass. n. 6943/2004 – rv. 571987. Successivamente, sempre in senso conforme, v. Cass. n. 13092/2008 – rv. 603908; Cass. n. 18234/2009 – rv. 609636; Cass. n. 3583/2011 – rv. 616628; Cass. n. 4553/2011 – rv. 617164.

¹⁴⁹ Cfr., dopo la sentenza delle sez. un. n. 16874/2005, cit., *ex multis* Cass., Sez. I, 13 ottobre 2017, n. 24172, rv. 645543-01; Id.; in precedenza: Cass., 10 gennaio 2003, n. 142; 16 settembre 2002, n. 13479; 23 novembre 2001, n. 14869; 10 luglio 1999, n. 7275; 22 gennaio 1999, n. 570; 16 novembre 1998, n. 11520; 11 settembre 1998, n. 9018; 13 marzo 1997, n. 2256.

¹⁵⁰ Trib. Piacenza sent., 15 ottobre 2019, *Fallimento MDE Costruzioni e Impianti SRL c. Crédit Agricole*

stesso è a dirsi in presenza di un conto aperto al solo scopo di consentire al correntista di ridurre l'ammontare del proprio debito verso la banca. Come si diceva, per la revocabilità della rimessa, infatti, è dirimente la consistenza e durevolezza degli effetti estintivi dell'esposizione debitoria, da intendere in senso ampio, compatibile sia con il conto scoperto che col conto meramente passivo¹⁵¹. In altri termini, in ordine alle revocatorie di rimesse bancarie instaurate secondo la nuova formulazione dell'art. 67, comma 3, l. fall., non opera più la distinzione tra conto scoperto e conto passivo e tra funzione ripristinatoria e solutoria dato che l'unico criterio è costituito dal rientro finalizzato a ridurre l'esposizione debitoria nei confronti della banca¹⁵². Le rimesse effettuate su conto corrente bancario possono essere dichiarate inefficaci, per effetto di revocatoria fallimentare, solo in base ad una valutazione unitaria del rapporto tra correntista fallito e banca; occorre verificare se vi sia stata una attività di riduzione del saldo passivo effettuata in modo "durevole" e "consistente", da riferirsi, piuttosto che alla rimessa al rientro complessivo ottenuto per effetto anche di più movimenti sicché tale qualità è da intendersi in termini non già quantitativi, ma qualitativi, pertanto non assoluti, ma relativi, da apprezzare in riferimento sia alle diverse rimesse affluite nel periodo, sia all'entità dell'esposizione debitoria, anche riguardo all'affidamento accordato secondo i vari strumenti e modalità della tecnica bancaria¹⁵³. Questo è l'effetto del regime introdotto dal d.l. n. 35/2005 per il quale il conto corrente bancario, ai fini della revocatoria delle rimesse, va ormai considerato nel complesso delle operazioni in esso transitate, secondo una visione unitaria; il curatore ha solo l'onere di dimostrarne la scopertura, rispetto al limite dell'affidamento su di esso accordato, mentre la banca, per sottrarsi all'obbligo di restituzione, deve provare che i versamenti non abbiano ridotto in maniera "consistente" e "durevole" l'esposizione debitoria, secondo quanto dispone il novellato art. 67, comma 3, lett. b), l. fall.¹⁵⁴, in difetto di tale prova, come pure nel caso in cui tale riduzione risulti comunque provata, la revoca viene disposta e la restituzione limitata secondo il criterio oggettivo del massimo scoperto, introdotto dal novellato art. 70, comma 3, l. fall.

Anche i versamenti effettuati per ripianare uno *scoperto bancario non autorizzato* con contratto stipulato in forma scritta ma dall'istituto di credito meramente tollerato, risentono della mutata impostazione normativa. Si tratta di sconfinamenti dal fido concesso o di conto corrente non assistito da affidamento sul quale il correntista ha operato prelievi eccedenti il livello delle somme depositate. In tali situazioni i versamenti successivi tradizionalmente si consideravano provvisti di natura solutoria e, in caso di insolvenza dell'imprenditore, la banca non poteva trattenere le somme depositate dopo il prelievo irregolarmente effettuato dal correntista. Con il nuovo art. 67, comma 3, lett. b), l. fall., il criterio

Cariparma S.P.A. Nella compresenza dei predetti presupposti, l'obbligo della banca di restituire quanto percepito dal fallito subisce una ulteriore limitazione a norma dell'art. 70, ultimo comma, l. fall., secondo cui, nel caso in cui la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario, l'istituto di credito non può essere chiamato a restituire una somma maggiore di quella risultante dalla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperta la procedura concorsuale.

¹⁵¹ Corte d'Appello Milano, sez. IV, 28 febbraio 2020, in *Quotidiano Giuridico*, 2020.

¹⁵² Trib. Treviso, sez. II, sent. 17 aprile 2019.

¹⁵³ Trib. Reggio Emilia, sez. I, sent. 31 agosto 2017.

¹⁵⁴ App. Trieste, 28 ottobre 2016, in *Fallimento*, 2017, 1, 117.

dirimente per la revocabilità, in passato connesso alla natura *intra* o *extra-fido*, è ora rappresentato dall'inidoneità a ridurre in modo consistente e duraturo l'esposizione del fallito nei confronti dell'istituto di credito. In altri termini, non appare revocabile quanto rientra nella *gestione ordinaria del conto corrente*¹⁵⁵. Ed è in tal limitata prospettiva che le rimesse affluite su conto scoperto *oltre i limiti del fido* sono considerate revocabili¹⁵⁶ avuto riguardo al c.d. "*saldo disponibile*"¹⁵⁷. Al fine di accertare se una rimessa sia destinata al pagamento di debito proprio del correntista verso la banca ed abbia funzione solutoria ovvero valga solo a ripristinare la provvista sul conto corrente, occorre far riferimento al criterio del "*saldo disponibile*" del conto, da determinarsi in ragione delle epoche di effettiva esecuzione di incassi ed erogazioni della banca¹⁵⁸.

Gli addebiti per *spese, commissioni e interessi* operati su conto passivo dalla banca sono considerati assoggettabili a *revocatoria fallimentare*, non essendo opponibile la compensazione, trattandosi di reciproche pretese scaturenti da titoli diversi¹⁵⁹. Non mancano opinioni difformi che ne escludono la natura di pagamenti revocabili del fallito, determinando l'aumento e non la riduzione del debito¹⁶⁰.

Nel contratto di *sconto bancario*¹⁶¹, la *girata piena* del titolo di credito dal cliente alla banca (a differenza dalla girata con clausola "per incasso", "per procura", per "valuta a garanzia" od altra equivalente) comporta una cessione del credito, che attribuisce al giratario la proprietà di esso e la connessa legittimazione a farne valere i relativi diritti; ne consegue che l'incasso del denaro pagato dal debitore cartolare soddisfa un credito proprio del cessionario e non del cedente e che, in caso di fallimento del cliente, l'azione revocatoria fal-

¹⁵⁵ A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2006.

¹⁵⁶ Cass., sez. I, 29 marzo 2016, n. 6042; Cass., sez. I, 9 luglio 2014, n. 15605.

¹⁵⁷ Cass., sez. I, 1° aprile 2015, n. 6621.

¹⁵⁸ Sono inidonei a tal fine, sia il criterio del saldo contabile, che registra le operazioni in ordine puramente cronologico, sia quello del saldo per valuta, che è effetto del posizionamento delle partite unicamente in base alla data di maturazione degli interessi (Cass. nn. 16608/2010, 24588/2005, 12/1996).

¹⁵⁹ Cfr. App. Genova, 31 dicembre 1993, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 83, marzo 1996, 488.

¹⁶⁰ Trib. Milano, 10 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 6, 728.

¹⁶¹ In base all'art. 1858 c.c. "*Lo sconto è il contratto col quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso*". Per lo sconto di cambiali, l'art. 1859 c.c. prevede, per il caso di mancato pagamento, il diritto della banca alla restituzione della somma anticipata. Dunque, il cliente può disporre da subito della somma, di cui pertanto consegue l'immediata disponibilità, che ne costituisce l'effettiva causa negoziale. Tale efficacia del contratto non è smentita dall'inciso "*salvo buon fine*", il quale importa che, ove il terzo resti inadempiente, sorgerà in capo al cliente l'obbligo di restituzione dell'importo anticipato. In altri termini, "*lo sconto non è un mandato all'incasso, bensì l'operazione con cui la banca anticipa al cliente, previa deduzione dell'interesse, l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione del credito stesso. Il mancato buon fine del titolo opera come condizione risolutiva del contratto (o, se si vuole, come effetto sospensivo del diritto della banca alla restituzione), e non come condizione sospensiva dell'accredito al cliente (come accade nell'ipotesi, affatto diversa, del versamento di titoli senza sconto: cfr. Cass. 19 agosto 1996, n. 7615). L'accredito del corrispettivo in conto corrente, dunque, dà la disponibilità immediata della somma, anche se sotto condizione risolutiva del mancato pagamento dell'obbligato cambiario alla scadenza (per la condizione risolutiva si pronunciano Cass. 17 maggio 2013, n. 12079; 23 settembre 2002, n. 13823; 10 agosto 1990, n. 8128; e v. già Cass. 14 luglio 1975, n. 2780; 16 luglio 1969, n. 2620; 8 gennaio 1969, n. 33; 24 luglio 1964, n. 2018; 11 maggio 1957, n. 1659). In tale contesto, resta isolato il precedente... (Cass. 21 gennaio 2000, n. 656), che nega l'immediata disponibilità in caso di sconto di cambiali*" (Cass. 9 luglio 2014, n. 15605).

limentare esperibile dal curatore può avere ad oggetto il negozio di sconto bancario, avuto riguardo al tempo della sua conclusione, non anche il pagamento (successivamente) effettuato all'istituto di credito dal debitore cartolare¹⁶².

La Corte di Cassazione ha anche puntualizzato che “in materia di revocatoria fallimentare, la cessione ‘*pro solvendo*’ di un credito verso terzi, effettuata nell’ambito di un contratto di sconto ed al fine di ottenere dalla banca cessionaria l’anticipazione, previa deduzione degli interessi, dell’importo del credito stesso, non costituisce un mezzo anormale di pagamento posto che la cessione viene stipulata a scopo di garanzia, non già per estinguere un debito preesistente e scaduto, ed è funzionalmente contestuale al sorgere del credito garantito”¹⁶³ infatti, la contestualità deve essere intesa non in senso formale o semplicemente cronologico, ma preminentemente sostanziale e causale; così, in difetto di prova circa il collegamento funzionale tra la cessione del credito e la riduzione di una pregressa esposizione debitoria, l’operazione configura un’ipotesi di normale pagamento di un debito e la eventuale *scientia decoctionis* va accertata al momento di conclusione del contratto e non del pagamento delle cambiali oggetto del contratto.

La *cessione di crediti* è negozio a causa variabile da ricercarsi in concreto, attraverso l’individuazione della reale finalità perseguita dalle parti. La causa può risultare anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito considerati equivalenti e, pertanto, essere soggetta all’azione revocatoria fallimentare, a norma dell’art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., se compiuta in funzione solutoria, cioè per estinguere un debito scaduto ed esigibile, sottraendosi, invece, quando essa sia stata stipulata a scopo di garanzia di un debito sorto contestualmente in senso eminentemente sostanziale e causale; né deroga al principio enunciato il riconoscimento della predetta funzione solutoria ove ricorra una contemporanea concessione di credito, allorché questo venga utilizzato per estinguere una precedente passività, cioè un debito preesistente, scaduto ed esigibile.

Il pagamento effettuato in danaro od altri titoli di credito equivalenti concreta processo soddisfacitorio non usuale, secondo le ordinarie transazioni commerciali; per sottrarsi alla revocabilità occorre che sia previsto come mezzo di estinzione contestuale al sorgere del debito così estinto; tuttavia, allorché le parti pattuiscano “*ab origine*”, nell’ambito di un rapporto di durata, specifiche modalità di pagamento che prevedano il ricorso generalizzato alla cessione in parola, è alle regole di tale accordo contrattuale a monte e alle modalità seguite in concreto che il giudice deve aver riguardo per apprezzare se l’*accipiens* sia stato effettivamente in grado di rendersi conto di un adempimento sintomatico del dissesto del debitore¹⁶⁴. La cessione di credito *pro solvendo*, dunque, in quanto diretta all’estinzione di un’obbligazione del cedente come effetto ultimo di un negozio giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello per cui il pagamento è dovuto, integra, ai fini dell’art. 67, comma 1, n. 2, l. fall., un mezzo anormale per il pagamento stesso, fermo restando che può essere stipulata anche a scopo di *garanzia*; attesa la diversità, in tal caso, delle condizioni per l’assoggettamento a revocatoria fallimentare, è necessario accertare in concreto

¹⁶² Cass. civ., sez. I, 15 novembre 2018, n. 29464, in *CED Cass.*, rv. 651587-01; Cass., 7 febbraio 1991, n. 1295; Id., 16 marzo 1991, n. 2821.

¹⁶³ Cass. 19 ottobre 2007, n. 22014, conf. Cass. 6 dicembre 2006, n. 26154 e 12 luglio 1991, n. 7794; Cass. 3 marzo 2011, n. 5142.

¹⁶⁴ Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2018, n. 14002, rv. 649167-01; Id. 2 novembre 201, n. 26063, rv. 645940.

l'effettiva funzione solutoria in ragione della sua eventuale destinazione all'eliminazione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva. L'individuazione della finalità dipende dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione medesima, e non da quello del successivo pagamento del credito ceduto, producendosi l'estinzione dell'obbligazione originaria solo con la riscossione di quel credito, per cui la stessa deve essere provata dal curatore che agisca per la revoca della cessione e per le restituzioni conseguenti¹⁶⁵.

Non riveste connotazione anomala la cessione o il mandato all'incasso con funzione finanziaria, volti a garantire nuovi affidamenti contestualmente concessi¹⁶⁶; la cessione di crediti, poi, ha una disciplina peculiare se attuata nel contratto di factoring disciplinato dalla l. n. 52/1991¹⁶⁷.

Ancora, l'utilizzazione di un *mutuo contratto con un istituto fondiario per estinguere altre passività che l'imprenditore insolvente ha maturato con la banca* può assumere funzione solutoria e rilievo penale preferenziale. Nel caso di mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per ripianare saldi negativi dei conti correnti, l'insegnamento giurisprudenziale è nel senso che *“la locuzione ‘simulazione’ di cui all’art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum”*. Integra, dunque, gli estremi della “simulazione di prelazione” di cui all’art. 216, comma 3, parte seconda, l. fall., *la condotta di una impresa in situazione di decozione, che consegua da una banca creditrice mutui fondiari garantiti da ipoteca immobiliare utilizzati per il ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intrattenuti con la stessa banca, così trasformandosi il credito vantato da quest’ultima verso l’impresa da chirografario in privilegiato e, quindi, costituendosi un titolo di prelazione in danno di ogni altro creditore*. La stessa operazione, per coerenza con l'esenzione ex art. 67, comma 3, lett. b), l. fall., è penalmente irrilevante se il rientro sul conto corrente, cui la banca condiziona l'ulteriore erogazione di credito, e la complessiva operazione siano realizzati in prospettiva di continuazione dell'affidamento, *senza consistente e durevole riduzione del debito*¹⁶⁸.

Come si anticipava, comunque, la soggezione alla revocatoria fallimentare, anche se ne costituisce elemento indiziante, non risolve la *rilevanza penale della condotta*, ai fini ex art. 216, comma 3 l. fall., che ha *profili di autonomia*; per converso, l'integrazione della fattispecie penale non segna l'inevitabile invalidità civile dell'atto. Così, sul presupposto

¹⁶⁵ Cass., sez. I, 31 ottobre 2014, n. 23261, rv. 633056-01.

¹⁶⁶ Cass., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12736, F.C.P. contro BAM, rv. 618883-01. Non è assoggettabile alla azione revocatoria fallimentare l'operazione con cui, difettando in conto una passività “consolidata” al momento della cessione del credito, ma costituendo essa un effetto prodromico dell'intero finanziamento garantito dall'anticipazione, la data del prelievo e quella della cessione – come nel caso di credito IVA dal cliente alla banca – pur divergano, in quanto tale circostanza non può, di per sé, indurre a smentire l'effettiva contestualità tra il sorgere del debito della debitrice, poi fallita, verso la banca (derivante dall'utilizzo anticipato dell'apertura di credito) e la cessione che tale debito garantiva.

¹⁶⁷ A. Dimundo, *L'inefficacia nei confronti del fallimento del cedente della cessione dei crediti di impresa*, in *Fall.*, 2016, 164.

¹⁶⁸ A. Zambusi, *La bancarotta preferenziale dopo la riforma della azione revocatoria fallimentare: riflessi problematici*, in *Ind. pen.*, 2009, 533.

dell'assenza di un divieto generale di realizzare attività negoziali pregiudizievoli per i terzi¹⁶⁹, va escluso che la stipula di un contratto di mutuo ipotecario, in violazione dell'art. 216, comma 3, l. fall., dia luogo a nullità per illiceità di causa, ai sensi dell'art. 1418 c.c., costituendo, piuttosto, il presupposto per revocare gli atti lesivi della *par condicio creditorum*¹⁷⁰. Il comune intento delle parti di sottrarre i titoli dati in pegno alla *par condicio creditorum*, per realizzare una frode nei confronti dei creditori, non è causa di nullità dei collegati contratti di fideiussione e di costituzione dei titoli in pegno, stipulati per impedire l'esperibilità dell'azione revocatoria; per recuperare alla massa fallimentare l'attivo costituito dai titoli, infatti, i creditori potranno esperire l'azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare¹⁷¹.

In termini più generali, del resto, la *rimessa della revocatoria fallimentare non è stata accompagnata da una "risistemazione" della bancarotta preferenziale*. In proposito, conviene soffermarsi sui principali elementi di novità: (i) il *dimezzamento del c.d. periodo sospetto* (passato da due ad uno per gli atti anormali e da un anno a sei mesi per gli atti normali); (ii) l'*ampliamento dei casi di esenzione* da revocatoria fallimentare.

Sotto il profilo della nuova *modulazione temporale* della revocatoria, prevale la lettura esegetica che ne esclude riflessi sull'illecito penale. Quest'ultimo, infatti, non resta inciso dalla riforma e mantiene autonomo campo di applicazione, sotto il profilo dell'ambito temporale ("*prima o durante la procedura fallimentare*") più esteso dell'istituto revocatorio¹⁷². Nulla preclude, dunque, la rilevanza penale dei pagamenti realizzati in periodo di crisi imminente, pur fuori dal periodo sospetto utile ai fini dell'azione revocatoria. Non manca diversa tesi che ricostruisce il rapporto tra revocatoria e bancarotta preferenziale nei termini di progressione della tutela, per cui, per coerenza interna dell'ordinamento, l'irrilevanza civilistica di un comportamento ne precluderebbe la rilevanza penale¹⁷³. Allo stato, per vero, la riflessione giurisprudenziale è salda nell'idea dell'indipendenza e dell'autonomia dei due strumenti di protezione dei creditori¹⁷⁴.

Situazione più complicata attiene alle *esenzioni da revocatoria*, specie quelle volte a favorire la continuazione ed il salvataggio dell'impresa. In effetti, la necessità di stabilità giuridica da esse testimoniata resterebbe contraddetta se si dovesse ritenere la persistente rilevanza penale delle condotte sottratte alla revocatoria fallimentare. Inoltre, forse anche sopravvalutandone il significato, le esenzioni varrebbero a precludere ai pagamenti ad esse riconducibili l'idoneità a ledere la *par condicio creditorum*¹⁷⁵ e dunque a compromettere il bene giuridico tutelato dalla bancarotta preferenziale. La natura sussidiaria dell'intervento penale e la tendenziale simmetria tra tutela civile e tutela penale conforterebbero il giudizio di irrilevanza penale dei comportamenti esenti da revocatoria fallimentare. Per le con-

¹⁶⁹ Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576; Id. 11 ottobre 2013, n. 23158; Id. n. 6239/1983, Id. n. 4116/1986, Id. n. 3905/1981.

¹⁷⁰ Cass. civ., sez. I, 28 settembre 2016, n. 19196; Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2003, n. 8236.

¹⁷¹ Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2014, n. 23158, rv. 633290.

¹⁷² A. Zambusi, *op. cit.*, 533.

¹⁷³ F. Giunta, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. e prat. fall.*, 2006, 34.

¹⁷⁴ In questo senso Cass. pen., sez. V, n. 3797/2018 che afferma espressamente che l'esclusione della revocabilità ex art. 67 l. fall. del pagamento agisce solo sul piano dei rimedi processualmente consentiti dalla legge civile e non esclude la violazione dell'ordine preferenziale dei pagamenti previsto dalla legge.

¹⁷⁵ Così, F. Giunta, *op. cit.*

dotte esentate da revocatoria fallimentare¹⁷⁶ la riflessione giurisprudenziale penalistica non si è spinta sino a tali conclusioni, preferendo valutare l'*esclusione del dolo* di illecita preferenza e di danno per la massa dei creditori residui, in quanto tese a salvaguardare attività sociale, ovvero ad evitare il fallimento, almeno in presenza di risultato ragionevolmente perseguibile.

4. La responsabilità penal-fallimentare degli operatori finanziari rispetto ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal d.l. n. 23/2020

4.1. Premesse in breve

Occorre calare le considerazioni sin qui svolte e assolvere all'impegno indagatorio chiarito in premessa dell'analisi.

I finanziamenti assistiti dalla garanzia di SACE S.p.A. o del Fondo centrale di garanzia PMI non valgono ad escludere qualsiasi potenziale responsabilità penale concorsuale degli esponenti o degli operatori della banca finanziatrice. Per avvedersene, occorre ribadire alcuni degli approdi già raggiunti durante questa analisi.

In primo luogo, lo Stato, quale garante ultimo della manovra, potrà agire in regresso contro il soggetto sovvenzionato dal finanziatore bancario; così il nuovo finanziamento potrà contribuire ad aumentare l'indebitamento complessivo del soggetto fallito¹⁷⁷. Non solo. Tale credito statale è assistito da privilegio¹⁷⁸, che limita le prospettive di soddisfazione concorsuale degli altri creditori con grado di prelazione inferiore. Non trattandosi di contributi a fondo perduto, ma valendo ad accrescendo i debiti dell'imprenditori, dunque, vengono in rilievo sia le problematiche di tutela dei creditori anteriori alla concessione abusiva del credito (danneggiati dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diluizione delle prospettive di soddisfacimento in sede concorsuale) sia quelli successivi, per il danno patito dall'aver instaurato rapporti che non sarebbero stati intessuti ove non vi fosse stata l'apparente solvibilità accreditata dal finanziamento abusivamente concesso. Non manca, inoltre, la preoccupazione di gestioni discriminatorie nell'organizzazione della soddisfazione dei creditori.

In secondo luogo, va confermato che le semplificazioni nel processo istruttorio di rilascio della garanzia pubblica (art. 1-*bis*, comma 5, d.l. n. 23/2020), per i finanziamenti di fascia elevata (art. 1, d.l. n. 23/2020) e quelli di fascia media (art. 13, lett. g), d.l. n. 23/2020) non legittimano automatismi rispetto all'esito del vaglio del merito di credito del sovvenuto da parte del diretto finanziatore privato. Il fatto che anche un imprenditore in stato di attuale insolvenza (o seria crisi incombente) al momento della richiesta di sovvenzione (purché non risalente a fase precovid-19) possa accedervi, non toglie che, a definizione del processo istruttorio, debba essere apprezzata in positivo, in ottica prospettica e di ragionevolezza, la sua autentica capacità restitutoria. Se è vero che proprio il nuovo finanziamento può restituire alla salute finanziaria l'aspirante alla sovvenzione, la sua capacità di rimborso risente

¹⁷⁶ Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2009, n. 31168, Scala, in *CED Cass.*, n. 2009/244490.

¹⁷⁷ Così G. D'Attorre, *op. cit.*, 602.

¹⁷⁸ Cfr. artt. 1, comma 5, 13, d.l. n. 23/2020; art. 9, d.lgs. n. 123/1998, art. 8-*bis*, d.l. n. 3/2015.

di molte variabili e deve confrontarsi, non ultimo, con il complesso dei debiti già maturati e delle possibilità di risoluzione, anche negoziale, della crisi concesse dagli altri creditori non finanziari. Ciò apre alla possibilità di dinieghi delle sovvenzioni, ma anche ad abusi di rilievo penal-fallimentare della facoltà di concessione del credito, da esercitare nel rispetto di parametri settoriali, presidiati da norme, regolamenti e responsabilità amministrative e civili. Del resto, al di là dell'effettiva praticabilità del regresso pubblico sull'impresa sovvenzionata, risulteranno intensamente impegnate risorse collettive. Così, l'obbligo di conformarsi al dovere della "sana e prudente gestione" imposto dal c.d. ordinamento settoriale del credito è divenuto la garanzia essenziale del corretto impiego di denaro pubblico¹⁷⁹.

In terzo luogo, al netto di semplificazioni, una quota dei nuovi finanziamenti potrà essere destinata a vecchi debiti di conosciuti clienti del ceto bancario. Il legislatore ha cercato di contenere questa eventualità, definendo un vincolo migliorativo, per quantità complessiva della nuova esposizione (cfr. art. 1, comma 2, lett. n), per quote massime di impiego e condizioni del tasso di interesse applicato sul finanziamento garantito al soggetto beneficiario per effetto della sopravvenuta concessione della garanzia (art. 13, lett. e), d.l. n. 23/2020). Il risultato è stato assai limitato e forse diversamente era difficile pretendere. Sia che si immaginino quote di immediata copertura sia che la novità dei finanziamenti consegua al rilascio di una nuova garanzia e, in parte, al miglioramento delle condizioni di essi, vaste saranno le occasioni in cui i finanziatori bancari si porranno al riparo dell'ormai probabile inadempimento del cliente, trovando rifugio nell'anticipazione solutoria prevista in corrispondenza del rilascio della garanzia pubblica: vero obiettivo della rinegoziazione, assieme all'immediato alleggerimento dei patrimoni di vigilanza degli enti bancari, connesso all'acquisizione di garanzie statali e riassicurate dallo Stato, ai sensi delle norme in materia di attenuazione del rischio di credito.

In quarto luogo, nessuna immunità penale è prevista nel dettato normativo a favore degli operatori e degli esponenti bancari rispetto ad evenienze di concorso in bancarotte fraudolente, per operazioni dolose, per perdita del patrimonio in operazioni imprudenti, e per aggravamento del dissesto da ritardato fallimento conseguente ad immeritata erogazione del credito. E parimenti è a dirsi per la bancarotta preferenziale, difettando altresì misure premiali, quali esenzioni di revocatoria o prededuzioni a favore dei finanziamenti erogati dal sistema bancario con garanzia pubblica per favorire la prosecuzione dell'ordinaria attività di impresa. Non è stato seguito, infatti, né il modello dell'art. 217-bis l. fall. né quello delle limitazioni alla revocatoria ex art. 67 l. fall. o delle prededuzioni. Solo in via interpretativa si affaccia l'ipotesi di equiparare i rimborsi dei finanziamenti ai pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa, nei termini di uso, secondo la previsione dell'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall.¹⁸⁰, trattandoli quali atti di gestione

¹⁷⁹ Le banche sono tenute ad erogare credito solo per iniziative individualmente valide e socialmente produttive, non solo per la porzione sprovvista dalla garanzia pubblica. Come è stato osservato "*ciò corrisponde all'interesse degli istituti di credito; ma risponde anche all'interesse generale, perché ogni irrazionale distruzione di ricchezza si traduce in una perdita per i risparmiatori (siano o meno depositanti) e in genere per la collettività*" (N. Abriani, L. Benedetti, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di crediti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020). L'affermazione appare viepiù confermata all'impostazione del d.l. liquidità che individua nel sistema bancario e finanziario il selezionatore delle iniziative meritevoli della garanzia pubblica ed un primo garante dell'impiego conveniente delle risorse pubbliche.

¹⁸⁰ In tal senso, M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid.19*, in *Fallimento*, 2020, 595.

ordinaria. Si tratta di opzione esegetica sostenuta, essenzialmente, da auspici, che deve riconoscere che il legislatore non ha previsto alcuna esenzione da revocatoria per i pagamenti e gli atti compiuti in questo periodo, scegliendo di assoggettarli all'ordinaria disciplina. In alternativa, si potrebbero immaginare spazi per estensioni analogiche, *in bonam partem*, dell'art. 217-bis l. fall., intesa quale disposizione non eccezionale ma speciale, coerente con il *favor* per le soluzioni volte alla composizione e alla prevenzione della crisi di impresa, in funzione della conservazione della continuità aziendale in contesti extra-fallimentari. È quanto addotto per i finanziamenti ponte e quelli collegati a piani attestati di risanamento e procedure di moratorie con intermediari finanziari, valorizzando il giudizio di meritevolezza che dal sistema si trae verso tali soluzioni negoziali della crisi¹⁸¹; ma la soluzione appare impraticabile per pagamenti "sommersi", al di fuori di relazioni con ufficiali procedure concorsuali minori o soluzioni negoziali della crisi e comunque di rimesse solutorie eseguite nell'ambito di tentativi di composizione della crisi tipizzati dal legislatore.

Se moratorie temporalmente limitate concesse dalle banche e dagli intermediari finanziari non sembrano poter integrare responsabilità risarcitorie né potenziali forme concorsuali rispetto alle forme di bancarotta semplice (cfr. art. 56, d.l. n. 18/2020), in quanto legittimate da norme espresse (che considerano la moratoria necessaria in ragione della crisi) e comunque coerenti con un sistema che prevede proroghe, differimenti e sospensioni *ex lege* per i crediti non deteriorati e finanche per i termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione (art. 9, d.l. n. 23/2020), l'operatività dei doveri a tutela dei creditori sociali (e dell'ente sociale) non viene meno e consente di configurare, anche per i pagamenti eseguiti in questo periodo, una responsabilità, civile e penale degli amministratori per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante condotte solutorie eseguite in violazione della *par condicio creditorum*¹⁸².

Sarà, poi, in ogni caso, l'analisi del dolo ad offrire spazi per escludere coinvolgimenti in situazioni critiche, senza che le banche possano considerarsi manlevate dai doveri di verifica del merito di credito, per apparenti semplificazioni scaturenti dalla dichiarazione sostitutiva del sovvenzionato *ex art. 1-bis*, d.l. n. 23/2020.

4.2. La bancarotta preferenziale

La *rinegoziazione* del debito chirografario contratto dal cliente, imprenditore in crisi di liquidità o insolvente, assieme alla prospettiva di *immediata escussione della garanzia pubblica* sono alcune delle condizioni che rendono assai cauti gli operatori bancari nella concessione dei finanziamenti in esame a favore di soggetti fallibili.

Anzitutto, non è incontroverso che la bancarotta preferenziale richieda un credito preesistente all'insolvenza; se si accedesse a tale impostazione, invero, verrebbe meno la condizione per ipotizzare una rilevanza penale ai fini che direttamente impegnano. In ogni caso, tale non potrebbe essere la condizione di un debito originario (sorto quando il debitore era *in bonis*) poi rinegoziato in fase di crisi.

Al riguardo è stato osservato che la preferenzialità riguarderebbe solo la rinegoziazione

¹⁸¹ Cfr. N. Abriani, L. Benedetti, *op. cit.*

¹⁸² G. D'Attorre, *op. cit.*

fittizia, priva di erogazione di finanza aggiuntiva rispetto al debito pregresso. In questo caso, infatti, “*il creditore godrebbe della garanzia statale non avendo onorato la condizione di legge, cioè il ritocco al rialzo del credito*”¹⁸³. Al contrario, non sarebbe configurabile in presenza di rinegoziazione autentica, con incremento del debito rispetto al livello preesistente: dunque, le parti di un rapporto creditizio chirografario potrebbero legittimamente rinegoziarlo e trasformarlo in uno garantito dallo Stato. Ciò perché “*nella specie la manovra non danneggia alcuno dei creditori diversi dal finanziatore che così si vede attribuire gratuitamente una garanzia statale. Il danno ricade eventualmente sul garante Stato, grazioso elargitore della garanzia. Se le parti stipulano come il d.l. citato prevede, non può esservi illecita discriminazione dei creditori diversi dal creditore che ha acquisito la garanzia statale*”.

La soluzione non convince appieno. Anzitutto quella prospettata è solo una delle condizioni di regolarità della rinegoziazione previste dal d.l. liquidità, alcune delle quali sono suscettibili di trasgressione già al momento del rilascio della garanzia pubblica. La consapevole assenza di condizioni preesistenti alla richiesta di finanziamento potrebbe accompagnare l'accesso abusivo ad una ristrutturazione del debito, utile a favorire solo un pagamento anticipato in favore del creditore bancario, senza concedere maggiore liquidità al sovvenuto rapidamente posto nelle mani del garante. Tali condizioni, tra l'altro, riguardano i seguenti aspetti: – lo stato di salute attuale (al momento della richiesta) del sovvenuto, che, per i finanziamenti di fascia medio-alta (artt. 1, 13, lett g), d.l. n. 23/2020) non può mai raggiungere la classificazione della sofferenza, intesa come insolvenza, solo a date condizioni essendo ammesso il grado immediatamente più lieve del deterioramento (per i finanziamenti di fascia media “rimediati”)¹⁸⁴; – lo stato di salute pregresso, *sub* continuità aziendale antecedente al covid-19; – le ragioni della crisi attuale, connessa all'interruzione o limitazione dell'attività d'impresa in dipendenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento ad essa connesse; – le condizioni soggettive preclusive dipendenti da qualità dei beneficiari scaturenti da provvedimenti connessi alla disciplina delle misure di prevenzione o condanne per taluni reati tributari¹⁸⁵.

¹⁸³ L. Orsi, *op. cit.*, 85. L'autore peraltro assume ipotizzabile la rinegoziazione solo per i finanziamenti garantiti da Fondo centrale di Garanzia PMI; posizione qui dissentita, alla luce delle novità inserite in sede di conversione del decreto liquidità (cfr. § 2.1).

¹⁸⁴ Per miglior dettaglio cfr. *supra* §§ 2.2, 2.3.

¹⁸⁵ Le ragioni preclusive per il rilascio della garanzia pubblica (e di riflesso per l'accesso ai finanziamenti agevolati) sono riferite espressamente solo al titolare o al legale rappresentante di imprese raggiunto da condanne penali qualificate. Queste ultime sono rappresentate, in particolare: – dalla condanna definitiva, negli ultimi cinque anni, per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione fiscale in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto nei casi in cui sia stata applicata la pena accessoria di cui all'articolo 12, comma 2, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74; dalle condanne con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. (reati di competenza delle DDA) nonché per i reati di cui all'art. 640, secondo comma, n. 1), del codice penale, commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'art. 640-*bis* del codice penale, richiamate dall'ultimo comma dell'art. 67, d.lgs. n. 159/2011. Inoltre, è ragione preclusiva il fatto che al titolare o al legale rappresentante di imprese sia stata applicata, con provvedimento definitivo, una delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II del codice antimafia. Come si vede, molti reati tributari, diversi da quelli di frode più spiccata (artt. 2, 3 e 8, d.lgs. n. 74/2000) non risultano ostativi: si pensi alle dichiarazioni infedeli ex art. 4, d.lgs. n. 74/2000, alle indebite compensazioni di imposte di rilievo penale ex art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000, alle sottrazioni fraudolente al pagamento delle imposte ex art. 11, d.lgs. n. 74/2000.

Ove l'esponente bancario dovesse risultare a conoscenza della falsità della dichiarazione *ex art. 1-bis*, d.l. n. 23/2020, in punto di veridicità e completezza dei dati aziendali forniti (si pensi ai debiti non ancora indicati in bilancio sfruttando le proroghe di legge ma già contratti con il sistema bancario e rilevabili dalle informazioni della centrali dei rischi) e di continuità in fase pre-covid (tenuto conto delle istruttorie in precedenza condotte), o comunque dell'inesistenza di una delle altre condizioni sopra ricordate, l'operazione di rinegoziazione potrebbe rivelarsi essenzialmente diretta a "guadagnare" la garanzia pubblica e a conseguire l'immediato rimborso con pagamento, da ultimo, a carico del garante statale. Se è vero che il legislatore è intervenuto con intenti rassicuranti attraverso la previsione dell'art. 1-bis, comma 5, cit., esigendo dal finanziatore verifiche solo formali di quanto attestato dal cliente, nondimeno nel residuo percorso di valutazione del merito di credito che lo stesso è tenuto a svolgere non è improbabile che la mendacità dei dati, delle informazioni e delle altre circostanze emerga *aliunde*.

La ristrutturazione delle garanzie che assistono il debito "rifiinanziato" a seguito dell'accesso agli strumenti del d.l. liquidità importa non solo il successivo regresso dello Stato ma anche l'operatività in favore di quest'ultimo del privilegio *ex artt. 9, d.lgs. n. 123/1998, 8-bis*, comma 3, d.l. n. 3/2015; ciò deprime di molto – per non dire vanifica – le prospettive di soddisfazione concorsuale degli altri creditori, mentre se il regresso viene esercitato utilmente prima del fallimento l'operazione si traduce indubbiamente in operazioni di pagamento suscettibile di revocatoria fallimentare. Questi ultimi, infatti, quantunque anteriori e di grado pari o superiore, in dipendenza di una riorganizzazione del debito operata da creditore chirografario, dopo la soddisfazione di quest'ultimo, dovranno concorrere con posizioni creditorie divenute di grado prevalente. Senza realizzare alcun nuovo autentico finanziamento del sovvvenuto e senza assunzione di nuovo rischio, la trasformazione della qualità della garanzia che assiste il credito, dunque, può ben costituire l'esito di un negozio indiretto ad essa essenzialmente diretta e integrare la preferenzialità di rilievo penal-fallimentare, traslando sulla massa fallimentare, con grado di privilegio assai elevato, un credito instaurato solo per beneficiare di garanzie migliori e per "rientrare" sollecitamente al primo inadempimento.

La Corte di Cassazione, in proposito, ha conosciuto una progressiva evoluzione da ultimo attestata sul principio secondo cui l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito). Essa può integrare, invece, – e normalmente integra – una fattispecie di *procedimento negoziale indiretto*, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario. Tale affermazione rileva sia per ciò che attiene al profilo della *revocatoria della garanzia ipotecaria* per debiti preesistenti (art. 67, comma 1, nn. 3 e 4, 1. fall., testo *pro tempore*), sia per ciò che attiene al profilo della *revocatoria di pagamenti* (in sé, *ex art. 67*, comma 2 ovvero in quanto eseguiti con *mezzi anomali*, *ex art. 67*, comma 1, n. 2, 1. fall.), essendo legata all'inopponibilità del mutuo. Ove il mutuo ipotecario risulti stipulato a copertura di un'esposizione debitoria pregressa, il fallimento, sussistendone i presupposti, ha la possibilità di *impugnare l'intera operazione*, ai sensi dell'art. 67 1. fall., in quanto diret-

ta ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, e pure le rimesse effettuate con la provvista in quanto abbiano avuto carattere solutorio¹⁸⁶. Si tratta di operazione distinta da quella volta all'autentico rifinanziamento del debitore. Il discrimine tra le due tipologie di operazioni è costituito dalla preesistenza o meno del rischio di credito effettivamente assunto dalla banca: laddove essa eroghi effettivamente nuova liquidità al debitore, nel contesto di un'operazione non piegata all'unico obiettivo del rientro né dunque preordinata ad estinguere semplicemente l'obbligazione pregressa ripianando, con l'ipoteca, il rischio di credito già mal apprezzato al momento della sua insorgenza, si conforma alla sua funzione economica istituzionale, munendo l'impresa di nuove risorse suscettibili di rifinanziarla; funzione in tal caso connaturata all'essere il finanziamento, cui accede l'ipoteca o la garanzia, destinato ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo¹⁸⁷.

Riconducendo il discorso alle categorie della fattispecie *ex art. 216, comma 3, l. fall.*, secondo la consolidata esegesi della giurisprudenza penale, al ricorrere delle condizioni di abuso delle condizioni di accesso più volte ribadite e di una rinegoziazione strumentale a guadagnare immeritamente una garanzia ed a rientrare rapidamente dall'esposizione, può ben riconoscersi che tali condotte vengano a *“trasform[are] un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza”*, conducendo *“al risultato di alterazione della par condicio creditorum”*. Se poi il regresso è utilmente esercitato dal garante prima del fallimento, si è, a tutti gli effetti, in presenza di pagamento revocabile e di natura preferenziale.

Oltre che nella fase genetica del rapporto di finanziamento, poi, la problematica delle preferenzialità dei rientri resta viva e potrebbe riproporsi in quella esecutiva. Come si è detto, un rimborso a favore del creditore bancario, intervenuto a seguito di diretto e determinante stimolo da parte del medesimo rivolto al debitore insolvente, nella consapevolezza di dover preferire il finanziatore istituzionale a creditori meno assistiti o strategici, potrebbe esporre ad addebiti *ex art. 216, comma 3, l. fall.*; non solo il *solvens*, ma anche l'*accipiens*. Senza prospettive ragionevoli di salvataggio, né l'uno né l'altro potrebbero aspirare ad immunità penali, anche solo sotto il profilo soggettivo. Se è vero che la crisi imminente ed anche attuale del sovrvenuto è la premessa espressamente considerata dei finanziamenti Covid-19 (la ragione della manovra realizzata dal d.l. nn. 18/2020, 23/2020 e 34/2020), ciò non significa che possa trascurarsi la realtà di una crisi di continuità pregressa, né di una insolvenza persistente o successiva.

¹⁸⁶ Cass. n. 5087/2016; Id. n. 7321/2016.

¹⁸⁷ Come ricorda Cass. n. 5087/2016, il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito – cui si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli istituti di cui agli artt. 182-bis, 182-quater, 182-quinquies l.fall. – consente di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti, condizione che in sé non riprovevole nemmeno sul piano concorsuale. L'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito consiste tuttavia in un'operazione di effettiva erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto) all'azzeramento o consistente diminuzione della preesistente esposizione debitoria, con tutela rafforzata della banca mediante ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma alla rimodulazione, per il tramite di nuove condizioni negoziali – per esempio afferenti il tasso di interesse – o rinnovate tempistiche dei pagamenti, dell'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti.

A possibile problematicità penale, infine, è stata anche ricondotta l'ipotesi in cui il finanziatore eroghi una sovvenzione finanziamento ed istighi il richiedente a spendere la liquidità a favore di un diverso (autentico) creditore, soggetto al contempo debitore del finanziatore; costui potrebbe avere interesse a sostituire un debitore in pessime condizioni (con impatto negativo sul patrimonio di vigilanza), con un debitore ben supportato dalla garanzia dello Stato.

4.3. Le bancarotte semplici e da operazioni dolose

Come si ricordava, l'erogazione del finanziamento ad imprese in crisi irrimediabile, senza prospettive realistiche di rientro, può valere a ritardarne il fallimento (art. 217, comma 1, n. 4, l. fall.) o consumarne il patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti nonché integrare il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento (art. 217, comma 1, nn. 2, 3, l. fall.).

Queste ultime fattispecie, in particolare, potrebbero configurarsi in presenza *finanziamenti volti a ritardare il fallimento di un'impresa in stato di crisi irrimediabile*. Come ampiamente spiegato, neppure il d.l. liquidità ammette il finanziamento dei soggetti le cui esposizioni siano classificate quali sofferenze (ovvero insolvenze). La stipula delle operazioni di finanziamenti mentre l'impresa trova in uno stato di crisi pressoché irreversibile, senza alcuna possibilità di rimborso, può rendere possibile la corresponsabilità penale del funzionario di banca, ove consapevole della decozione dell'impresa beneficiaria. Consapevolezza che, per vero, non sembra inesigibile considerando il complesso informativo del quale dispone un finanziatore professionale.

Di minor ampiezza, invece, gli spazi di configurabilità di forme di responsabilità per concorso del dipendente dell'istituto di credito in altre fattispecie fallimentari in occasione dell'erogazione dei finanziamenti covid-19. Salva l'integrazione dei profili consueti già venuti all'attenzione delle giurisprudenze, ai quali si ritiene sufficiente offrire rinvio (cfr. § 3.2).

Piuttosto, in via assai ipotetica, potrebbe prospettarsi il pericolo di concorso nella *bancarotta impropria per fallimento effetto di operazioni dolose* nella forma della *proroga di un finanziamento a condizioni onerose*, in luogo della richiesta di rientro e restituzione della somma maturata. Sennonché, da un lato, le condizioni dei prestiti assistiti dalla garanzia pubblica in esame dovrebbero risultare vantaggiosi rispetto ai tassi di mercato; dall'altro, poi, vigono moratorie, sospensioni e differimenti (art. 56, d.l. n. 18/2020, artt. 5-10, d.l. n. 23/2020) che leniscono la problematicità di tali attese, così come per le bancarotte semplici già passate in rassegna. In ogni caso, occorrerebbe la prova di un comportamento del creditore significativo in termini causali, come nel caso di istigazione a realizzare l'operazione ritenuta illecita nella consapevolezza dell'impatto della proroga sull'equilibrio economico dell'impresa.

La premessa di queste forme di responsabilità resta individuabile, in ogni caso, nella persistenza di uno spazio di doverosa discrezionalità tecnica dei finanziatori nell'apprezzare il merito di credito degli aspiranti alla sovvenzione.

PARTE II

LA DISCIPLINA DELL'IMPRESA IN CRISI NELL'EMERGENZA: GLI INTERVENTI NORMATIVI E LE PROBLEMATICHE

L'IMPATTO DEL VIRUS CORONA-19 SUL DIRITTO DELLA CRISI

Stefania Pacchi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le urgenze: scongiurare la dichiarazione di fallimento. – 3. Le urgenze: mettere al riparo le procedure compositive in corso. – 4. Le urgenze: la sequenza *automatic stay* – piano attestato. – 5. Evitare il fallimento. Si può rileggere l'art. 5, l. fall.? – 6. Alla ricerca del sistema migliore per fronteggiare la crisi da Covid-19: la scelta tra legge fallimentare e il Codice della crisi e dell'insolvenza. – 7. I problemi del Legislatore dell'emergenza. – 8. Ripensare la negozialità. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

Se John Kenneth Galbraith si trovasse a vivere la stagione attuale probabilmente non saprebbe quale titolo dare a una sua pubblicazione che volesse illustrarla, atteso che l'incertezza che oggi contrassegna l'economia è ben superiore a quella che lo Scrittore individuava, a fine anni '70, nell'età della crisi petrolifera¹.

Non vi è dubbio che gli effetti della pandemia, difficilmente enucleabili e quantificabili, generano incertezza rendendo estremamente aleatorio il compito di chi, giurista o aziendalista, sia chiamato a dare risposte agli interrogativi sul futuro delle imprese. Sono risposte tanto più difficili quanto più gli eventi spingono verso decisioni rapide. L'impresa, che non ha tollerato le soluzioni di continuità verificatesi negli ultimi mesi, esige ora interventi urgenti perché si sta configurando, grazie all'interconnessione dei mercati, una situazione di pericolo estremo, per tutte le economie e la collettività causato dalla massa di debiti immessa sul mercato per cercare di alleviare gli effetti economici della crisi. Secondo un rapporto dell'*Institute of International Finance* (IIF), insieme a questo aumento dell'indebitamento, le inadempienze stanno già raggiungendo record in termini assoluti².

Ciò ha fin da subito reso evidente che le conseguenze e gli effetti che il Covid-19 produce in tutto il mondo portano a un'enorme crisi di liquidità, in particolare per le micro, le piccole e le medie imprese. Il Fondo monetario internazionale ha avvertito che il tasso di fallimento per le piccole e medie imprese potrebbe triplicare quest'anno in assenza di un sostegno statale sufficiente, minacciando di bloccare la ripresa economica e causare instabilità finanziaria. Sulla base di un'analisi condotta in 17 Paesi, il FMI prevede che i falli-

¹ Il riferimento è al volume di J.K. Galbraith, *L'età dell'incertezza*, Milano, 1977.

² I report dell'Istituto sono leggibili nella piattaforma www.iif.com.

menti potrebbero salire al 12%, dal 4% prima della pandemia. L'Italia vedrebbe il maggiore aumento a causa di un forte calo della domanda aggregata e dell'elevata quota di produzione nelle industrie ad alta intensità di contatto³.

Anche se il rapporto tra crisi economica e numero dei fallimenti non è sempre direttamente proporzionale, è certo che la situazione di grave carenza di liquidità indotta dalle misure di contenimento del virus Corona-19 e non superata, potrà comportare un aumento delle procedure liquidative superiore a quello provocato da altre recessioni.

La conseguenza di un numero alto di fallimenti, però, impatterà fortemente non solo sull'economia⁴ ma anche sul funzionamento dei tribunali. Tutto ciò è preoccupante soprattutto perché, come risulta da uno studio condotto dalla Brigham Young University⁵, le piccole e medie imprese hanno ancora più probabilità di essere liquidate in un tribunale congestionato da una mole di procedure che in un tribunale con un carico gestibile. Inoltre, sebbene le implicazioni non siano così disastrose per le grandi società, tuttavia anche per queste, se il tribunale è congestionato, ci vuole più tempo per riorganizzarle e i costi sono sostanzialmente più elevati. Ciò perché i giudici sono chiamati a prendere decisioni critiche, in condizioni di estrema pressione, sulla base di informazioni di parte, quindi altamente contestate e generatrici di conflitti.

Queste criticità del sistema giudiziario significano che la legge fallimentare non può servire come risposta politica principale alle tensioni che oggi le imprese stanno affrontando.

Da una parte la procedura esecutiva o concorsuale non fornisce al consumatore i rimedi essenziali di cui ha bisogno in questo momento: liquidità e tolleranza. Dall'altra, le piccole imprese potrebbero forse attingere liquidità in alcune procedure vista la protezione che i finanziatori trovano, ma il diluvio di casi travolgerebbe i tribunali fallimentari.

Per la piccola impresa prototipica più che predisporre procedure concorsuali occorre assicurare la presenza del proprietario manager che però deve essere incentivato. Per queste imprese è fondamentale la sospensione della regola della priorità assoluta⁶. In Italia, a tal fine, è venuto in soccorso l'art. 8, d.l. n. 23/2020⁷ che parifica il finanziatore agli altri

³ E. Martin, *IMF Warns Small – and Mid-Sized Business Bankruptcies May Triple*, leggibile in www.Bloomberg.com, 16 luglio 2020.

⁴ Il debito globale è salito a un livello record del 331% del PIL, non meno di \$ 258 trilioni, già nel primo trimestre del 2020, secondo i calcoli della lobby bancaria. Con le diffuse condizioni di recessione nel primo trimestre tra la pandemia di Covid-19, in particolare nei mercati emergenti, il rapporto debito / PIL globale è aumentato di oltre dieci punti percentuali, il più grande aumento della storia. Tuttavia, l'incremento reale è stato di 1,2 trilioni di dollari, inferiore alla media di 2 trilioni nel periodo tra il 2015 e il 2019.

⁵ B. Iverson, *Get in Line: Chapter 11 Restructuring in Crowded Bankruptcy Courts*, in *Management Science*, 2018, 5370.

⁶ Sul punto, lo studio di E.R. Morrison, A. Saavedra, *Bankruptcy's Role in the COVID-19 Crisis*, leggibile in https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2638.

⁷ La norma emergenziale si applica ai finanziamenti effettuati dai soci a favore delle società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 sospendendo l'applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile. Questi articoli sanciscono che il diritto di credito per il rimborso di un finanziamento, considerato "anomalo", effettuato dal socio della s.r.l. (la disposizione è ritenuta applicabile anche a talune s.p.a. chiuse) e, direttamente o indirettamente, da chi esercita l'azione di direzione e coordinamento sia postergato rispetto agli altri crediti vantati verso la società. L'art. 8 del d.l. n. 23/2020 elimina il disincentivo a finanziare con capitale di credito la società.

creditori disponendo che, benché la società sia in una situazione di indebitamente eccessivo rispetto al patrimonio netto, in cui sarebbe ragionevole un conferimento a capitale, il finanziamento effettuato dal socio non determina la sua postergazione.

2. Le urgenze: scongiurare la dichiarazione di fallimento

È emersa, quindi, nella prima fase di gestione degli effetti del *lock-down* la necessità di allontanare nel tempo la sottoposizione alla procedura concorsuale liquidatoria.

L'art. 10 del d.l. n. 23/2020 (conv. nella l. n. 40/2020) dispone che i ricorsi per la dichiarazione di fallimento e per la dichiarazione di insolvenza (funzionale all'instaurazione delle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi) presentati tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili⁸. Rimangono fuori dalla previsione gli istituti del sovraindebitamento, "probabilmente essendo stato ritenuto sufficiente il pacchetto di blocco delle vendite coattive, la più generale sospensione dei termini processuali, nonché le dilate scadenze dei titoli di credito (art. 11, d.l. n. 23 del 2020)"⁹.

Se prima della conversione in legge del d.l. n. 23/2020 si poteva ritenere¹⁰ che, poiché letteralmente l'improcedibilità si riferiva ai "ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267", vista la *ratio* della disposizione, si estendesse anche ai casi di conversione della procedura di concordato preventivo in fallimento per revoca ex art. 173, l. fall., di diniego di ammissione ex art. 162 e di omologazione ex art. 180 l. fall., adesso sulla base del comma 2, lett. b) della l. di conversione n. 40/2020, queste ipotesi devono essere escluse ogni volta che vi sia istanza di uno dei soggetti legittimati a presentarla. Ritiene, quindi il legislatore – e a mio avviso correttamente – che dinanzi a fattispecie concordatarie già oggetto di valutazione negativa si debba procedere alla dichiarazione di fallimento.

Ulteriori casi costituiscono eccezioni alla improcedibilità. Innanzi tutto, quando il fallimento (o la dichiarazione di insolvenza) è chiesto dal debitore in proprio, se però l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di Covid-19, con ciò confermando che gli è imposta, invece, una pausa di riflessione quando così non sia¹¹.

In secondo luogo, sfugge all'improcedibilità l'istanza del PM quando contestualmente siano richiesti provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa (art. 15, comma 8, l. fall.) o quando la richiesta è presentata ai sensi dell'art. 7, numero 1, non potendo comportamenti anomali o atti di frode sfuggire all'accertamento penale grazie a un rinvio della dichiarazione di fallimento.

Il tribunale non darà corso all'istruttoria prefallimentare e, quindi, – a parte le fattispe-

⁸ Diversamente i ricorsi presentati prima del 9 marzo 2020 sono stati trattati compatibilmente però con la sospensione delle attività giudiziarie prevista dal d.l. n. 18/2020 e poi (intervenendo con una proroga) dal d.l. n. 23/2020.

⁹ M. Ferro, *Le nuove improcedibilità dei fallimenti dopo la legge n. 40 del 2020*, in *Quotidiano giuridico*, 11 giugno 2020.

¹⁰ S. Ambrosini, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, in *www.ilcaso.it*, 29 maggio 2020.

¹¹ F. De Santis, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, in *Fallimento*, 2020, 612 ss.

cie espressamente escluse – qualunque impresa, sia essa “affetta dal virus” o invece sia già in crisi *ex ante*, è stata sottratta fino al 30 giugno 2020 alla procedura. La soluzione legislativa in primo luogo vuole evidentemente evitare nella prima fase di gestione della pandemia una verifica del requisito circa il momento di insorgenza della crisi che avrebbe notevolmente appesantito il lavoro dei tribunali. In secondo luogo, mira ad offrire a tutte le imprese indistintamente un momento di tregua probabilmente ritenendo che il danno per il ritardo della sottoposizione a fallimento delle imprese già in crisi fosse limitato proprio in ragione del *lock-down*. È chiaro però che togliere ai creditori lo strumento dell’istanza di fallimento del debitore costituisce, proprio per la crisi generalizzata, un rimedio pericoloso.

Di conseguenza il legislatore cerca di bilanciare queste posizioni prevedendo nel comma 3 dell’art. 10 della l. n. 40/2020 che, se intervenga entro il 30 settembre 2020 la dichiarazione di fallimento collegata alle istanze dichiarate improcedibili fino al 30 giugno, non viene computato quel periodo di “congelamento” ai fini dell’esercizio dell’azione revocatoria¹².

Sempre nell’ottica di mettere sotto la campana di vetro l’impresa – dopo avere inertizzato i ricorsi per il fallimento – è intervenuto l’art. 6 del d.l. n. 2/2020 prevedendo che dal 9 aprile 2020 fino al 31 dicembre 2020 non si applicano gli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, e 2482-*ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile. La *ratio* è di liberare la società (i suoi soci e gli amministratori) dall’alternativa tra l’incudine (ricapitalizzare) e il martello (liquidare) per una situazione generale dipendente dall’emergenza Covid-19.

Non viene meno, tuttavia, l’obbligo degli amministratori di convocare senza indugio l’assemblea per informare i soci e l’adozione dei provvedimenti opportuni.

Naturalmente, essendo disapplicata la causa di scioglimento viene meno la responsabilità degli amministratori *ex art.* 2486 c.c. (dovere di gestione conservativa). Tuttavia, la causa di scioglimento è disapplicata solo dal 9 aprile 2020. Pertanto, se la causa di scioglimento si fosse verificata prima di tale data, per il periodo anteriore resta ferma la responsabilità degli amministratori (cfr. ancora l’art. 182-*sexies*, l. fall.).

L’intervento emergenziale ha congelato, quindi, la situazione per l’impresa e per i suoi creditori nella convinzione che allo stato la liquidazione fallimentare, con la difficoltà estrema di vendere i beni, può soltanto determinare un’atomizzazione del complesso produttivo con perdita di ogni valore senza peraltro poter recare vantaggio alcuno ai creditori.

È importante, infatti, riconoscere il rischio di “rapinare Peter per pagare Paul” che oggi si corre in caso di fallimento. Il Covid-19 “infetta” qualsiasi procedura, perfino il fallimento che potrebbe apparire “refrattario” al terribile virus.

Questa procedura, che può essere lo strumento per conservare i valori attraverso una cessione unitaria realizzata al suo interno o in un concordato fallimentare, oggi appare soltanto funzionale alla disgregazione. Pare illusorio pensare che in un mercato di imprese affette da difficoltà generalizzate si possano intercettare imprenditori disposti a rilevare complessi aziendali o anche soltanto immobili o blocchi di beni. Parimenti remota è l’ipotesi

¹² M. Ferro, *Le nuove improcedibilità dei fallimenti dopo la legge n. 40 del 2020*, in *Quotidiano giuridico*, 11 giugno 2020.

sia di un esercizio dell'impresa da parte del curatore con l'obiettivo di conservare in attività l'azienda in attesa di un compratore, sia quella di un affitto d'azienda realizzato in procedura al fine di traghettare l'impresa in altre mani. La possibile funzione conservativa del fallimento, quindi, viene di fatto tarpata dal Covid-19.

3. Le urgenze: mettere al riparo le procedure compositive in corso

Come successivo passo, il Legislatore ha cercato di evitare il naufragio delle procedure preventive in corso. La continuità è stata assunta come obiettivo. A tale scopo il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (decreto Liquidità, conv. nella l. n. 40/2020) ha introdotto alcune "Misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19" consistenti, *in primis*, in deroghe di carattere transitorio ad alcune disposizioni in materia di diritto societario e fallimentare¹³, che in parte ricalcano iniziative adottate da Legislatori di altri Paesi¹⁴. Per quanto riguarda le procedure in corso si è avuta, grazie all'art. 9 del d.l. n. 23/2020, una sorta di rimodulazione dei concordati e degli accordi di ristrutturazione per evitare il naufragio di procedure in corso e caratterizzate da fondate aspettative di esito positivo. In sostanza si tratta di una serie di misure atte a favorire l'adempimento dei concordati (e degli accordi di ristrutturazione).

¹³ Mi riferisco alle Disposizioni del d.l. n. 23/2020 di cui: 1) all'art. 6 tesa a evitare che gli amministratori siano costretti, in mancanza di una ricapitalizzazione, ad accertare lo scioglimento e mettere indiscriminatamente in liquidazione società che, prima dell'emergenza, operavano in condizioni di piena continuità; all'art. 7 in base al quale le imprese possono valutare, a fini bilancistici, la continuità aziendale sulla base della situazione esistente prima del 23 febbraio 2020, epurandola quindi – nei limiti di quanto consentito – dagli effetti dell'emergenza da Covid-19; art. 8 che incentiva i soci a finanziare le imprese anche in presenza di una situazione di crisi evitando di subire la postergazione rispetto agli altri creditori sociali o di dover restituire il rimborso di tale finanziamento nel caso questo sia avvenuto nell'anno antecedente all'eventuale dichiarazione di fallimento; art. 9 che nei 4 commi instaura moratorie all'interno del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ed, infine, l'art. 10 ai sensi del quale i ricorsi per ottenere la dichiarazione di fallimento di un debitore depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 sono improcedibili.

¹⁴ Ad esempio, in Germania è stata prevista fino al 30 settembre 2020 la sospensione degli obblighi per il debitore di presentare istanza di fallimento per illiquidità o sovra-indebitamento, se tali condizioni sono intervenute dopo il 31 dicembre 2019; in Francia (*Ordonnance n. 2020-341 du 27 mars 2020*) è stato previsto che gli inadempimenti sopravvenuti dal 12 marzo fino al 24 agosto 2020 non determinano l'obbligo di presentare istanza di fallimento da parte del debitore; nello stesso periodo è inibita la presentazione delle istanze da parte dei creditori; in Spagna, prima il *Real decreto-ley 8/2020*, del 17 marzo, introduceva l'art. 43 che stabiliva: "*1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses*". Ora, il termine fissato dal *Real decreto ley 8/2020* è prorogato fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 11.1 del RDL n. 16/2020. Nella legge fallimentare spagnola, infatti, il debitore non solo ha il diritto di presentare la dichiarazione di "*concurso*", ma ha anche il dovere di farlo entro due mesi dalla data in cui aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il suo attuale stato di insolvenza, presumendo, salvo prova contraria, che il debitore sia a conoscenza del suo stato di insolvenza quando si è verificato uno degli eventi che possono servire da base per una richiesta di "*concurso*". La violazione del dovere del debitore insolvente di sollecitare il fallimento è sanzionata. In generale, questo obbligo può essere differito se il debitore insolvente, in qualsiasi momento entro il termine di due mesi da quando è venuto a conoscenza dello stato di insolvenza, informa l'autorità giudiziaria competente che ha avviato trattative per raggiungere un accordo di rifinanziamento o per ottenere adesioni a una proposta di accordo.

Innanzitutto, sono stati prorogati di sei mesi i termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione omologati aventi scadenza successiva al 23 febbraio 2020.

Per queste procedure non è tuttavia prevista la possibilità di rinegoziare il contenuto della proposta o dell'accordo che avrebbe altrimenti condotto ad un imbiancamento di fatto di tutte le fasi già espletate.

La disposizione è evidentemente diretta ai concordati in continuità nei quali il soddisfacimento dei creditori è legato ai risultati dell'attività che, essendo stata bloccata, rischia di non poter far fronte agli impegni assunti. Per i concordati liquidativi l'impatto del Covid-19 si produce sulla vendita dei beni che si auspica possibile con una dilatazione dei tempi di esecuzione.

In secondo luogo, per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione non ancora omologati al 23 febbraio 2020, il debitore può presentare, sino all'udienza fissata per l'omologa, istanza al tribunale per la concessione di un termine non superiore a novanta giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato ai sensi dell'art. 161, l. fall. o di un nuovo accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, l. fall.

Il termine dei 90 giorni decorre dalla data del decreto con cui il Tribunale – senza valutazione alcuna sull'esistenza dei presupposti – lo assegna e non è prorogabile. L'istanza è inammissibile se presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze stabilite dall'art. 177, l. fall.

Chiaramente la pendenza del processo di omologazione presuppone che i creditori avessero votato favorevolmente l'originaria proposta; se l'avessero già bocciata, questa norma non dà al debitore una seconda *chance* (in sostanza: il termine serve solo per ricalibrare un piano, proposta, accordo che già era stato approvato ma che ora in quei termini non è più economicamente fattibile). In quest'ultimo caso il debitore potrà, tuttavia, presentare un nuovo ricorso (corredato *ab initio* dalla proposta, dal piano e dai documenti), dal quale si desuma la rinuncia alla pregressa procedura¹⁵. Ulteriore misura di favore è racchiusa poi nel comma 3 dell'art. 9, d.l. n. 23/2020 e consiste nella possibilità accordata al debitore di modificare i termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione depositando, sino all'udienza fissata per l'omologa, una memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini, insieme alla documentazione che comprovi la necessità della modifica dei termini. Il differimento dei termini non può essere superiore di sei mesi rispetto alle scadenze originarie. Il Tribunale non autorizza la modifica dei termini ma, riscontrata la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 180 o 182-bis, l. fall. e acquisito il parere del commissario giudiziale (il quale pare che debba esprimersi anche sulla modifica dei termini), procede all'omologa, dando espressamente atto delle nuove scadenze. È chiaro che con questa misura, grazie alla quale si accorda al debitore la possibilità di modificare soltanto i termini di adempimento, – diversamente da quella disposta nel secondo comma – si prescinde dal consenso dei creditori, la tutela dei quali è riassunta nell'omologazione attraverso vuoi il controllo del giudice, vuoi l'esercizio del diritto di opposizione.

Procedendo nell'esame dell'art. 9, d.l. n. 23/2020, (comma 4), in sede di concordato in

¹⁵ In linea sul punto con Cass. n. 25479/2019.

bianco viene prevista la possibilità (anche nel caso in cui sia pendente una domanda di fallimento) di un'ulteriore ed eccezionale proroga di 90 giorni per la presentazione di piano, proposta e documentazione. Per il resto la disciplina di riferimento rimane quella racchiusa nei commi 7 e 8 dell'art. 161, l. fall. La richiesta deve essere debitamente motivata con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 e all'incidenza che quelli hanno avuto sull'attività generando problemi nella redazione del piano; su di essa il Tribunale raccoglie il parere del commissario giudiziale (se nominato) e decide sulla domanda. Lo stesso meccanismo si applica per la domanda di protezione anticipata *ex art. 182-bis*, comma 7, l. fall.

Il tribunale, sulla base degli elementi e delle prove addotti dall'imprenditore, del parere del commissario, concederà la proroga se ravvisi l'effettiva utilità di una dilatazione del periodo di *automatic stay* sull'impresa, che sarà valutata in prospettiva così come le possibilità di invertire il trend che il *lock-down* ha impresso. Si tratta di una valutazione che dovrà avere come termine di riferimento l'interesse dei creditori, per cui il prolungamento dell'*automatic-stay* non potrebbe andare a svantaggio di loro. Sarà quindi una valutazione globale sugli strumenti (finanziamenti, nuovi investimenti, riorganizzazione dell'impresa, operazioni straordinarie ecc.) dei quali l'impresa potrà realisticamente usufruire per raggiungere l'obiettivo del recupero dell'efficienza.

Se, sulla base dei diversi elementi caratterizzanti lo stato dell'impresa e le sue prospettive gestionali, il tribunale consegue un giudizio positivo sull'impresa, il tribunale accoglierà la richiesta del debitore di un'ulteriore proroga. La disposizione esaminata viene replicata (comma 5 dell'art. 9) per gli accordi di ristrutturazione, ma in questa fattispecie il tribunale concederà il termine quando, esaminata la motivazione del debitore, possa valutare che sussistano ancora le condizioni per raggiungere il consenso della maggioranza richiesta dall'art. 182-*bis*.

4. Le urgenze: la sequenza *automatic stay* – piano attestato

Il Legislatore dopo aver disposto misure di ausilio alle imprese consistenti in un ampliamento dello spazio temporale per la negoziazione, o per l'esecuzione delle proposte inserite in concordati o in accordi e nella possibilità di rimodellare piano e proposta alla mutata situazione post-Covid, sfrutta lo schema e gli effetti del preconcordato scolpito nell'art. 161, comma 6 ((o del preaccordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, comma 7) per attribuire all'imprenditore uno *spatium temporis* coperto dalle aggressioni dei creditori e nel contempo sottoposto alla vigilanza del tribunale (con eventuale nomina di un precommissario) per redigere e presentare entro il termine concesso, un piano di risanamento attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall..

La previsione è riservata al debitore che entro il 31 dicembre 2021 abbia ottenuto la concessione dei termini di cui all'art. 161, comma 6, o all'art. 182-*bis*, comma 7.

La sequenza dalla procedura concordataria o da quella finalizzata all'omologazione di un accordo di ristrutturazione al piano attestato passa dalla rinuncia alla procedura "in bianco" che porterà il giudice a verificare la completezza e la regolarità della documentazione inerente al piano per poi dichiarare l'improcedibilità del ricorso originariamente presentato e finalizzato all'ottenimento dei termini.

Con questa disposizione si innesta in una procedura giudiziale, quale quella di preaccordo o preconcordato, finalizzata ad ottenere la protezione delle trattative e, quindi, necessariamente munita dei presidi del controllo del tribunale sull'attività svolta e sulle operazioni compiute dal debitore in questa fase, uno strumento negoziale assolutamente stragiudiziale, ma pubblicato nel registro delle imprese, sfruttando la rinuncia al processo. In sostanza l'imprenditore, pur dichiarando fin dall'inizio che l'esito del periodo protetto potrebbe sfociare anche in un piano attestato, accetta una limitazione alla gestione e un controllo giudiziale in cambio di una protezione delle trattative e dell'approdo ad uno strumento meno invasivo, meno costoso e più duttile di quelli che altrimenti avrebbero costituito lo sbocco atteso.

Senza dubbio il piano attestato, che fugacemente appare nell'art. 67, comma 3, lett. d) al limitato fine di essere inserito nell'alveo delle operazioni che possono produrre atti esenti da revocatoria ma che rimane comunque caratterizzato dall'assenza di controlli e "sigilli" giudiziali, si affaccia in tribunale sia pure per una verifica condotta esclusivamente sulla completezza e la regolarità della documentazione che giustificano il mantenimento degli effetti dal periodo protetto instaurato per consentire il consolidamento di una procedura giudiziale o semigiudiziale. La "storica" riservatezza del piano attestato viene meno ma questo è il prezzo che l'imprenditore paga per l'ausilio straordinario e temporaneamente circoscritto. Il sistema perde in coerenza probabilmente scambiata per offrire uno strumento che potrebbe spingere le imprese a mettersi tempestivamente sotto il controllo del tribunale avendo dinanzi a sé come miraggio uno strumento comunque meno invasivo e non immediatamente contiguo al fallimento.

Ultima e importante disposizione è contenuta nell'art. 5-ter. Reiterando la volontà di attribuire all'imprenditore, colpito dal Covid-19, una pausa di sospensione per tentare di uscire dalle secche, la norma stabilisce che ai concordati depositati entro il 31 dicembre 2020 non si applica il disposto dell'art. 161, comma 10, e quindi non vi è il dimezzamento del termine per il deposito del piano nel caso in cui penda il procedimento per la dichiarazione di fallimento.

5. Evitare il fallimento. Si può rileggere l'art. 5 l. fall.?

Mentre si allontanava nel tempo lo spettro del fallimento, iniziava un febbrile lavoro "creativo", quasi una gara, per individuare soluzioni possibili per reagire a un ricorso per il fallimento quando fosse trascorso il periodo di improcedibilità¹⁶.

¹⁶ L. Fruscione, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "twilight zone" e lo "stato di crisi". Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi* (2 luglio 2020); S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole* (21 aprile 2020); Id., *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del "Decreto liquidità": nascita di un "irco-cervo"?* (10 giugno 2020); Id., *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi.*; N. Abriani, P. Rinaldi, *Emergenza sanitaria e tutela proporzionata delle imprese: oltre la domanda "tricolore"* (5 giugno 2020); F. Benassi, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da Coronavirus* (20 aprile 2020); C. Bianco, *Una proposta per la quantificazione dei prestiti agevolati COVID-19* (4 aprile 2020); P.F. Censoni, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da COVID-19 fra Legge fallimentare e Codice della crisi e dell'insolvenza: il ritorno dell'Amministrazione controllata?* (4

Così, nel tentativo di contribuire a un dialogo costruttivo sono state proposte “ricette molto diversificate”¹⁷ nel tentativo di reagire all’evento (il Covid-19) che: 1) ha colpito improvvisamente tutte le imprese, indipendentemente dall’oggetto, dal settore, dalla localizzazione, e dal piano industriale in corso¹⁸; 2) investe, in molti casi, imprese sane che a fine 2019 non mostravano segni di crisi; 3) non è riconducibile a decisioni gestionali. Nella prima fase le riflessioni hanno avuto ad oggetto il presupposto oggettivo¹⁹, vale a dire la

giugno 2020); F. Cesare, *Rimedi alla crisi epidemiologica nelle procedure di sovraindebitamento* (2 maggio 2020); G. Corno, L. Panzani, *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di "amministrazione vigilata"* (7 maggio 2020); Id., *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana* (27 aprile 2020); Id., *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali* (26 marzo 2020); D. De Filippis, *L'esecuzione del concordato preventivo ai tempi del Coronavirus* (17 aprile 2020); R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da COVID – 19. Impressioni e spunti di riflessione* (2 aprile 2020); G. Di Cecco, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica "da pandemia"* (3 maggio 2020); F. Dimundo, *La "messa in quarantena" delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del "Decreto Liquidità"* (21 aprile 2020); M. Di Sarli, *L'applicazione della presunzione di continuità nella redazione dei bilanci IAS/IFRS: è davvero ammissibile (opportuna)?* (9 maggio 2020); A. Farolfi, *Procedure concorsuali e COVID-19: prime riflessioni alla luce del d.l. liquidità* (28 aprile 2020); F. Fimmanò, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"* (1° aprile 2020); D. Finardi, *La crisi del COVID – 19 nella crisi d'impresa: ipotesi propositive per i concordati preventivi omologati divenuti infattibili e per il concordato fallimentare*; G. Garesio, *Alla ricerca della liquidità perduta. Prime considerazioni sulle misure di sostegno alle imprese e sui loro possibili impatti sui ratios patrimoniali delle banche* (17.4.2020); R. Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare e societaria di contrasto al COVID-19* (6 maggio 2020); M. Irrera, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)* (3 giugno 2020); M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus* (15 aprile 2020); S. Leuzzi, *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19* (22 marzo 2020); G. Limitone, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19* (18 aprile 2020); Id., *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*; Id., *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità [al momento ancora in bozza]* (8 aprile 2020); A. Mager, *Pandemia e credito garantito dallo Stato (recensione ad A.A. Dolmetta, «Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale»)* (12 maggio 2020); M.A. Maiolino, *Gli obblighi informativi nella domanda di concordato in bianco ai tempi del Coronavirus* (21 aprile 2020); V. Minervini, *Il rischio di "insolvenza diffusa". Spunti di riflessione per la "fase 2" (e una proposta operativa)* (4 maggio 2020); M.G. Musardo, *La gestione delle società di capitali con patrimonio netto negativo ai tempi del Covid-19* (20 maggio 2020); A. Pazzi, *La nuova dimensione del giudizio di risoluzione del concordato a seguito della legislazione di emergenza introdotta per la pandemia da coronavirus* (23 aprile 2020); I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (golden power) e misure suggerite (voto maggiorato)* (10 aprile 2020); Id., *Emergenza sanitaria e crisi d'impresa: come contenere il contagio?* (2 aprile 2020); M.L. Russotto, G. Russotto, E.G. Limitone, *L'impresa in momentanea difficoltà e l'impresa insolvente: analisi economica e conseguenze giuridiche* (27 aprile 2020); F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore* (16 aprile 2020); M. Spiotta, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19* (11 aprile 2020); L. Stanghellini, P. Rinaldi, *Trasformazione dei prestiti Covid-19 in strumenti finanziari partecipativi (SFP). Un'idea per far ripartire il sistema delle imprese* (3 aprile 2020).

¹⁷ M. Fabiani, *Prove di riflessione sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 590.

¹⁸ Sul punto C. Serra, *A função (alternativa) do RERE como programa extraordinário para o apoio e a reanimação de empresas*, in www.revistadedireitocomercial.com, 2020-04-28.

¹⁹ V. S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del Decreto Liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, 21 aprile 2020, 14 ss.

nozione di insolvenza nel tentativo di sbarrare il campo, con una sua reimpostazione, alle dichiarazioni di fallimento.

Trascorso il periodo di improcedibilità, come è possibile arginare il fallimento?

Quello del fallimento è un presupposto oggettivo che si fonda su un dato fattuale, istantaneamente rilevato dal giudice: la difficoltà o l'incapacità irreversibile di far fronte regolarmente alle obbligazioni contratte. L'incapacità irreversibile pesa sull'impresa che è costretta ad assumere una decisione affinché un atteggiamento dilatorio non determini un aggravamento del dissesto.

Lo stato d'insolvenza, secondo la norma citata, si estrinseca in una situazione oggettiva e non transitoria di incapacità ad adempiere le obbligazioni a tempo debito e con mezzi normali²⁰.

Dalla valutazione dell'insolvenza esula qualsiasi esame sulla gestione passata dell'impresa e, quindi, sulla genesi della crisi. L'insolvenza si risolve in uno stato irreversibile di squilibrio patrimoniale e finanziario, nel quale è assente l'indagine sulle sue cause.

L'insolvenza, sia colpevole che incolpevole, attiene esclusivamente all'elemento patrimoniale e finanziario dell'impresa ed è pertanto a questi fattori che occorre fare riferimento per accertare la presenza del presupposto oggettivo che impone l'adozione dello strumento concorsuale. Una gestione corretta non esclude l'insolvenza, così come una gestione scorretta non può essere assimilata all'insolvenza al punto di determinare da sola l'apertura della procedura concorsuale.

Per il legislatore l'insolvenza si concretizza in una situazione d'impotenza economica, determinata dalla incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente, e con mezzi normali, alle proprie obbligazioni, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito. Ma da quali elementi potremo desumere la sussistenza di tale incapacità all'adempimento?

L'inadempimento al pari di altri atti o fatti, costituisce sintomo di possibile insolvenza, ma non vi si identifica. L'insolvenza poggia su diversi indici segnaletici, dei quali l'inadempimento non è neppure quello che meglio e più la svela.

Nella valutazione circa la sussistenza o meno dello stato d'insolvenza giuoca inoltre un ruolo importante la capacità o meno di reperire credito²¹.

Il reperimento del credito costituisce il punto di forza nell'esclusione dell'insolvenza. Come più volte è stato affermato, anche una mancanza assoluta di liquidità non è fattore determinante per affermare l'esistenza dello stato d'insolvenza.

L'assenza di liquidità può, infatti, costituire una fase momentanea dell'ente ove il piano industriale, la massa patrimoniale con la situazione creditoria da un lato, e l'esposizione debitoria dall'altra, possano esprimere ancora una certa dimensione concorrenziale dell'impresa.

Questa analisi della crisi indirizza, però, anche verso l'esame del credito. Gli interventi di terzi finanziatori debbono, infatti, essere analizzati perché saranno idonei ad escludere l'insolvenza solo se ripristino la regolarità degli adempimenti, costituendo un flusso di denaro fresco verso l'impresa, e non si pongano, invece, il limitato scopo di favorire un rego-

²⁰ Per una lettura attuale dell'art. 5, v. R. Brogi, *L'insolvenza al tempo del Covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 737 ss.

²¹ F. Ferrara jr., A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 142.

lare ma momentaneo funzionamento del sistema, destinato, comunque, a subire la crisi della singola unità produttiva.

Se l'erogazione ha lo scopo di rifinanziare l'impresa saremo in presenza di una valutazione in positivo dell'impresa, di una fiducia che quell'iniziativa economica continua a trasmettere ai terzi. Il credito ottenuto sulla base della fiducia che l'impresa riscuote esclude l'insolvenza.

A queste considerazioni, sulle quali la giurisprudenza prevalente ha ripetutamente insistito e che ci appaiono ineccepibili là dove esse si soffermano sulla funzione del finanziamento rispetto all'impresa – se cioè quello si collochi nel contesto di un'attività *in fieri* oppure in un'attività che si sta esaurendo per fattori endemici –, possiamo aggiungerne altri che tengono conto del credito in relazione alla situazione patrimoniale.

Il credito, per escludere l'insolvenza, deve essere, infatti, proporzionato alla dimensione e alla capacità patrimoniale dell'impresa, costituendo, allora, uno strumento, sia pure indiretto e in tempi non brevi, per ampliarne la futura consistenza mediante un rafforzamento della dimensione concorrenziale dell'impresa. Se, invece, il credito ottenuto conduce solo ad un aumento dell'indebitamento senza aprire prospettive, neppure in tempi medio-lunghi, di risanamento, diviene fattore oltre che sterile, sintomatico di uno stato di crisi.

Questo del credito è un parametro che all'impresa “infetta dal Covid-19” non si può probabilmente applicare, trattandosi di un'attività che deve riposizionarsi sul mercato, per la quale una valutazione in termini di capacità creditizia potrebbe essere svolta soltanto sulla base della gestione trascorsa. Per queste imprese il credito può derivare soltanto sulla base di garanzie esterne, così come l'intervento legislativo emergenziale, se pur con molti chiaroscuri, rende possibile.

L'esame dell'art. 5 l. fall. deve poi soffermarsi anche sull'elemento della c.d. esteriorizzazione dello stato d'insolvenza quale condizione perché il giudice, sulla base di un'iniziativa ex art. 6 l. fall., entri nell'impresa. Autorevole dottrina osservava che “se fosse diversamente, se l'assoggettamento al fallimento fosse dovuto all'insolvenza in quanto tale, dovrebbe ammettersi la possibilità del suo diretto accertamento, mentre questo è sicuramente escluso, perché implicherebbe un'invasione nella sfera giuridica dell'imprenditore (per la necessità di una consulenza tecnica o comunque di un esame dei suoi affari), la quale invasione costituirebbe un attentato alla libertà individuale ed alla segretezza degli affari ed avrebbe poi ripercussioni inevitabili gravissime sul credito e si presterebbe infine ad abusi”²².

La crisi d'impresa che il legislatore individua nell'insolvenza, quale rottura del rapporto creditorio, può essere originata da motivi i più diversi tra loro che non rilevano nell'indagine giudiziaria, perché la scelta dell'ordinamento di applicare la procedura liquidativa dissolutiva, per soddisfare i creditori e per liberare possibili risorse potenzialmente utili al mercato esclude l'esame delle cause²³.

Ciò non toglie che l'insolvenza, quale ultimo “atto” di numerose “sequenze”, abbia una causalità varia che ha corrosivo, comunque, la vitalità dell'impresa per cui non può essere esperito alcun tentativo di risanamento, non essendo, ove l'impresa sia di normali-medie

²² F. Ferrara jr, A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 143.

²³ G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in www.ilcaso.it.

dimensioni, né utile, né conveniente per la collettività, in quanto generatore di ulteriori costi, superiori alle aspettative di soddisfazione.

Diversa fattispecie è quella che presenta l'impresa quando essa non sia momentaneamente in grado di adempiere con regolarità e con mezzi normali alle obbligazioni assunte, ma non possa attribuire tale stato a gravi carenze strutturali generatrici di una crisi economica.

La situazione dell'impresa vittima del *lock-down* ma sana anteriormente, potrebbe essere identificabile in una temporanea difficoltà, altrimenti oggi denominabile "insolvenza reversibile"²⁴, come "quella che rende impossibile l'immediato e regolare soddisfacimento delle obbligazioni", che si differenzia dallo stato d'insolvenza, perché "vi deve essere la capacità oggettiva dell'impresa di riacquistare il suo normale equilibrio". Questa potrebbe essere la difesa di un imprenditore convocato ai sensi dell'art. 15 l. fall.²⁵

L'impossibilità temporanea è dovuta alla mancanza di capitali liquidi necessari agli ordinari pagamenti, conseguente alla sospensione delle attività produttive imposta dalle misure di contenimento del virus. Sarebbe questa una causa destinata, entro un determinato lasso di tempo, ad essere rimossa sulla base di una realistica analisi prognostica²⁶. L'irreversibilità dello stato d'insolvenza si oppone, così, alla reversibilità ed incidentalità della temporanea difficoltà. Quest'ultima può dar luogo, eventualmente, a singoli inadempimenti, a episodi, quindi, di obbligazioni insoddisfatte mentre l'insolvenza è uno stato che non si sostanzia solo in molteplici inadempimenti, perché se questi ne sono manifestazione, non esauriscono la fattispecie, né spesso ne costituiscono l'aspetto più rilevante. È la crisi economica che rende irreversibile l'impotenza a pagare.

Nel fallimento la composizione della crisi passa, così, attraverso la realizzazione della massa attiva e quindi la conseguente valutazione ha ad oggetto il patrimonio e la sua consistenza, mentre in una procedura preventiva al centro della valutazione è l'impresa quale organismo dinamico e non quale aggregato di beni aventi consistenza patrimoniale.

Diverso si mostra immediatamente il ruolo del presupposto oggettivo nelle due procedure. Lo stato d'insolvenza è anche misura organizzativa della procedura, mentre una temporanea difficoltà ricopre un ruolo circoscritto all'introduzione della procedura. Valutato lo stato del patrimonio, si esamina l'impresa perché il ripristino della solvibilità dovrà avvenire attraverso l'attività e non mediante cessioni di parti rilevanti e significative del complesso aziendale e, quindi, sarà reso possibile soltanto dalla continuazione dell'impresa sottoposta a controllo, secondo il modello organizzativo e dimensionale prescelto. A ciò deve aggiungersi che, dinanzi a una crisi di questa tipologia, l'impostazione delle tradizio-

²⁴ Così M. Monteleone, *L'incidenza del diritto emergenziale sullo stato di crisi e di insolvenza: la dirompente "insolvenza reversibile"*, in *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini, S. Pacchi, Bologna, 2020.

²⁵ In giurisprudenza Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, in www.ilcaso.it. In dottrina: R. Brogi, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, cit., 739 e più articolatamente M. Monteleone, *L'incidenza del diritto emergenziale sullo stato di crisi e di insolvenza: la dirompente "insolvenza reversibile"*, cit.

²⁶ La giurisprudenza dominante non ha mostrato dubbi al riguardo. Sul punto cfr. App. Bologna, 2 dicembre 1969, in *Dir. fall.*, 1970, II, 179, che ha chiaramente affermato: "La ragione per la quale la legge prevede questa procedura, che ha come finalità la conservazione e non la liquidazione dell'impresa, consiste proprio nella ragionevole speranza che, entro il termine massimo di un anno, l'imprenditore riesca a superare la sua difficoltà e si rimetta in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

nali procedure concorsuali liquidative come strumento *in primis* per soddisfare i creditori e per riallocare i valori residui in altre iniziative economiche non appare funzionale alla realtà contingente che induce ad abbandonare il metodo della selezione darwiniana per un ausilio, ancorché non indiscriminato, alle attività economicamente sane, affette da postumi da *lock-down*²⁷.

Si tratta di due diverse conformazioni della crisi del rapporto di credito: l'incapacità assoluta e insanabile, che può condurre solo alla liquidazione disgregatrice e la crisi finanziaria e transeunte, superabile continuando la gestione dell'impresa sulla base di un nuovo piano industriale e nel contempo programmando il soddisfacimento dei creditori sulla base di una proposta di ristrutturazione delle loro pretese.

A conclusione di questo esame dell'art. 5 l. fall. possiamo affermare che la norma non consente un'interpretazione evolutiva senza un intervento del legislatore che la disponga²⁸ perché l'impresa in stato di irreversibile impotenza a far fronte alle obbligazioni – e non più di difficoltà temporanea – ha dinanzi, come tappa obbligata, il percorso concorsuale.

6. Alla ricerca del sistema migliore per fronteggiare la crisi da Covid-19: la scelta tra legge fallimentare e il Codice della crisi e dell'insolvenza

Appena iniziato il *lock-down*, prefigurandosi un ribaltamento negativo sulle imprese e immaginando fin da subito un esito concorsuale della vicenda, è balzata evidente la possibilità di scegliere tra il sistema concorsuale vigente, di cui è espressione la sedimentata e sperimentata legge fallimentare, oggetto di plurimi interventi normativi e quello espresso nel Codice della crisi, testo normativo di grande dimensione, approntato con l'aspirazione (tradita però in corso d'opera) ad unificare normative sparse in distinte leggi e dotato di una gamma variegata di istituti, alcuni dei quali rivisitati mentre altri del tutto nuovi²⁹.

Privilegiando la stabilità non solo normativa ma anche applicativa, l'art. 5 del decreto Liquidità, procedendo alla modifica del comma 1, dell'art. 389 CCII, prevede che tale Codice entri in vigore il 1° settembre 2021, “salvo quanto previsto al comma 2”, anziché, come avrebbe dovuto, il 15 agosto 2020, cioè nel pieno dell'emergenza economica derivante dalla diffusione del Covid-19.

Diverse le ragioni che hanno giustificato questa decisione.

²⁷ In senso contrario R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, secondo il quale: “Se la crisi o l'insolvenza sono frutto di cause esterne alla normale dinamica dell'impresa, ed imprevedibili, non per questo si potrà evitare l'applicazione degli istituti destinati oggettivamente a regolare il concorso dei diversi interessi che la crisi o l'insolvenza pongono in causa. Sospendere o impedire il funzionamento di questi istituti non risolve il problema, semmai lo aggrava”.

²⁸ G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in www.ilcasoit.it, 2 aprile 2020, formula l'auspicio di un intervento legislativo che riformulando l'art. 5, l. fall. introduca la forza maggiore come causa impeditiva della dichiarazione di fallimento.

²⁹ M. Ferro, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno 2020 e immediato cordone societario*, in *Quotidiano giuridico*, 9 aprile 2020, 1, criticamente osserva che si è verificata “insieme alla pandemia Covid-19, la larga convergenza verso la sospensione delle regole concorsuali del futuro e la non applicazione di quelle del presente” e, in definitiva, intercettando “una robusta connessione con le stesse spinte demolitive che hanno accompagnato la tribolata riforma della crisi d'impresa”. Sulla stessa linea dell'Autore citato anche R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., 280 ss.

Accanto al (lodevole) motivo “tecnico” di non voler testare le nuove procedure in un momento di crisi eccezionale, appesantendo il lavoro di giudici e professionisti – con gli inevitabili costi di adattamento per tutti i soggetti coinvolti³⁰ –, si colloca quello, che è parso più urgente, di allontanare dalle imprese lo spettro degli strumenti d’allerta volti a provocare l’emersione anticipata della crisi per evitare che un eccessivo numero di imprese, vittime del *lock-down*, ricadesse in quel perimetro. Peraltro, il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 aveva già differito al 15 febbraio 2021 l’entrata in vigore delle misure di allerta, così che il decreto “Cura Italia” riallinea i termini di entrata in vigore delle misure di allerta e del rimanente Codice della crisi.

È indiscutibile che “il sistema dell’allerta è stato concepito nell’ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all’interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l’intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli”³¹.

Il Codice della crisi, infatti, amplia la platea dei soggetti legittimati a chiedere la liquidazione giudiziale e intensifica i poteri del pubblico ministero. Saremmo stati, quindi, in procinto di avere una nuova disciplina delle crisi da sperimentare in uno dei momenti più delicati per le imprese e l’economia italiana dal dopoguerra ad oggi e che aiuterebbe le imprese, anziché ad uscire dalle “secche”, a incamminarsi speditamente verso la liquidazione giudiziale³².

È vero la filosofia di fondo del CCII privilegia la continuità delle imprese sane pro-

³⁰ F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in *www.ilcaso.it*, 16 aprile 2020 dove si osserva che: “Il differimento dell’entrata in vigore del Codice della Crisi risponde all’esigenza di evitare che il passaggio a una disciplina per molti versi inedita, con gli inevitabili costi di adattamento per tutti i soggetti coinvolti, coincida con l’atteso incremento del flusso di procedure concorsuali dovuto agli effetti della crisi economica determinata dall’epidemia di Covid-19”. Di “corretta determinazione” parla anche S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole*, in *www.ilcaso.it*, 21 aprile 2020, 2; L. Panzani, G. Corno, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 25 marzo 2020, p. 3; N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in *www.osservatorio-oci.org*, 25 marzo 2020, 13; M. Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020, 2; Id., *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza Covid-19*, in *Fallimento*, 2020 591 ss.; I. Pollastro, *Emergenza sanitaria e crisi d'impresa: come contenere il contagio?*, in *www.ilcaso.it*, 2 aprile 2020; G. Di Cecco, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica “da pandemia”*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 3 maggio 2020, 18 ss.; R. Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare e societaria di contrasto al Covid-19*, in *www.ilcaso.it*, 6 maggio 2020, 2; F.P. Censoni, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da Covid-19 fra legge fallimentare e codice della crisi e dell'insolvenza: il ritorno dell'amministrazione controllata?*, in *www.ilcaso.it*, 3 giugno 2020, 3.

³¹ F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento ecc.*, cit. Negli stessi termini, M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, in *www.ilcaso.it*, 15 aprile 2020, 3 ss.

³² Su questa linea di pensiero anche F.P. Censoni, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da Covid-19 fra legge fallimentare e codice della crisi e dell'insolvenza: il ritorno dell'amministrazione controllata?*, cit., 3.

muovendo a strumenti principe accordi e concordati peraltro muniti di misure protettive da condizioni e limiti temporali che sarebbero poco confacenti alla situazione attuale. Quando questi, però, non possano realizzarsi si impone la liquidazione giudiziale in quanto ci troviamo dinanzi a una disciplina che vuole emarginare il concordato liquidativo accusato di costituire un mezzo autogestito per uscire dal mercato.

Nel Codice della crisi l'una o l'altra soluzione (per conservare o per cessare) devono essere tempestive, se possibile immediate, tutto muovendo dall'accertamento e dalla qualificazione dello stato di crisi o d'insolvenza. Il giudice deve decidere sulla base di una fotografia non del film dell'impresa e, a meno che non sia dotato di una illuminata sensibilità, non accerta quel presupposto oggettivo sulla falsariga di "*Sliding doors*".

Mi pare, allora, – ecco l'argomentazione più convincente al rinvio dell'entrata in vigore di quel Testo legislativo – che le nuove disposizioni del CCII siano per lo più rivolte a facilitare la rapida soluzione delle crisi di impresa tramite la espulsione dal mercato delle imprese in difficoltà, piuttosto che attraverso una fase controllata di sospensione del giudizio sul loro stato (sul presupposto oggettivo) per consentire un rimodellamento del programma industriale in funzione del recupero.

Per questi motivi, ritengo, che non sia quello attuale il momento per soluzioni così "catturiche" come il CCII, più della attuale legge fallimentare, propone³³.

Questa logica è sicuramente utile in un momento economico in cui la ripulitura del mercato porti a una circolazione della ricchezza e, quindi, a un ricambio. Oggi il ricambio è precluso dalla crisi generalizzata. Non dimentichiamoci, inoltre, che il nostro tessuto imprenditoriale è costituito in larga prevalenza da piccole medie imprese che sono molto più vulnerabili in questa circostanza e per le quali il ricambio è sempre scarsamente praticabile.

Sotto questi aspetti, per i casi in cui si debba o per volontà dell'imprenditore o perché la liquidazione sia ineludibile e indifferibile, è preferibile utilizzare la legge fallimentare largamente sperimentata da giudici e professionisti, innovata e corretta nel corso degli ultimi quindici anni, anche se non pervasa dal respiro codicistico e dalle suggestioni provenienti dai recenti interventi Unionali.

Il legislatore "*inseguo y urgido*"³⁴ – incalzato dagli eventi e in assenza di previsioni attendibili³⁵, – con la decisione di rinviare l'entrata in vigore del Codice della crisi ha sicuramente operato una scelta drastica, accantonando, per questa emergenza e fino al 1° settembre 2021, un testo legislativo pervaso da un'impostazione più moderna, in linea con le posizioni espresse in vademecum per le crisi dagli Organismi internazionali e per la cui redazione tanto impegno era stato profuso³⁶.

³³ L'espressione è di F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza ecc.*, cit.

³⁴ Così A. Rojo, *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*, cit., definisce il legislatore dell'emergenza.

³⁵ R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessione*, cit., 3, mettendo in luce l'inadeguatezza nella situazione attuale del c.d. approccio "*forward looking*" per stimare l'evoluzione della gestione e, quindi, i flussi che da quella saranno generati in un determinato arco temporale, parla giustamente di "esercizio divinatorio" non potendosi cogliere tutte le possibili variabili.

³⁶ Le linee del Codice della crisi sono ben tracciate da R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza: le ragioni di una riforma*, in Id., *Magistratura, giustizia, società*, cit., 267 ss.

È comprensibile allora che dinanzi a questo ampio rinvio si siano levate voci o imponenti a aperto e totale dissenso³⁷, o caratterizzate da ragionevoli dubbi circa un'opportunità mancata³⁸, vale a dire quella di far vivere immediatamente, inserendole nel vigente assetto ordinamentale della crisi, almeno quelle norme contenute nel CCII e utili nell'attuale fase economica. A questo proposito sono state fatte alcune segnalazioni di possibili "recuperi"³⁹.

Alla ricerca di uno strumento stragiudiziale, ma "controllato", è stato fatto riferimento alla composizione assistita della crisi che costituisce un "tavolo negoziale", "un percorso preconcorsuale" gestito dall'OCRI e che può condurre alla stipulazione di un accordo depositato presso quest'organismo, pubblicabile presso il registro delle imprese su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, conosciuto soltanto da quei creditori che vi hanno partecipato e che sono tenuti alla riservatezza, privo di attestazione sulla fattibilità, sottratto a qualsiasi controllo giudiziale, che genera effetti soltanto tra gli aderenti, coperto (su richiesta al giudice presentata dal debitore) dalle azioni esecutive⁴⁰ e dalle eventuali successive azioni revocatorie (ordinarie e fallimentari), così come lo sono le operazioni poste in essere in esecuzione di un piano ex art. 56 CCII, e favorito dalla altrettanto possibile sospensione degli obblighi societari (art. 20, comma 4, CCII).

Credo che l'attenzione verso la composizione assistita sia in verità suggerita dalla preoccupazione di supportare l'impresa nel suo percorso di recupero con l'intervento di un Organismo *super partes*, con compiti di *advisor* e di facilitatore nelle trattative.

Il sentiero che conduce alla composizione assistita, però, potrà avere una copertura dalle azioni esecutive e cautelari con una durata iniziale che "non può essere superiore a tre mesi" e che "può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo" di ulteriori tre mesi, ma solo "a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo", solo su richiesta del debitore una volta che egli abbia presentato l'istanza per la soluzione concordata e sarà concessa dopo la sua audizione davanti all'OCRI e soltanto se tali misure protettive siano necessarie per condurre a termine le trattative in corso.

Questo sentiero può costituire anche – e questo è un aspetto da non trascurare soprattutto in questa fase economica in cui si cerca di tenere le imprese lontane dal fallimento – un piano inclinato verso la procedura liquidativa.

In caso di esito negativo delle trattative, infatti, il debitore è invitato a presentare una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi (art. 21, comma 1 CCI) che, vista la perdita di continuità causata dal Covid-19 e l'incertezza nella redazione dei piani, difficilmente avrebbero, così come sono regolate, esito positivo. Più probabilmente il sentiero, allora, condurrebbe al fallimento.

³⁷ M. Ferro, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021*, cit.

³⁸ In particolare, R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., 281.

³⁹ Una elencazione di norme "recuperabili" è stata fatta da F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza ecc.*, cit., 3 ss.

⁴⁰ Si tratta di misure temporanee e revocabili, anche d'ufficio, in caso di atti in frode ai creditori o quando il Collegio degli esperti ritenga che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima.

Per questi motivi ritengo che la composizione assistita mal si adatterebbe “a crisi di sistema coinvolgenti, come quella attuale (da Covid-19), un numero molto elevato di imprese e per un arco di tempo misurabile in anni (e non in mesi)”⁴¹.

Sicuramente i passaggi del CCII che avrebbero meritato, invece, una più meditata riflessione da parte del Legislatore sono quelli che si incontrano nella rivisitata disciplina, densa di implicazioni sociali, del sovraindebitamento. Alcune norme innovative del CCII sarebbero oggi di sicura utilità.

Intanto nel Codice della crisi, all'art. 66, grazie a una lettura estensiva della nozione di “debitore”, acquista rilevanza la famiglia, direi il gruppo familiare indebitato. La disposizione è frutto di una visione realistica della famiglia – la causa ha radici comuni e si riflette su tutti e i debiti dell'uno sono per lo più debiti contratti per tutti e, quindi, di tutti – e della funzione della procedura per far fronte al sovraindebitamento che non potrebbe, nel caso di un nucleo familiare, risolvere la crisi se non venissero coinvolte più entrate future e disponibilità attuali. L'art. 66 CCII può, quindi, essere letto come viatico non solo per far funzionare molte di queste procedure, a vantaggio dei soggetti debitori, ma anche per garantire il soddisfacimento dei creditori.

La norma, per un verso recependo arresti giurisprudenziali nei quali si era riconosciuto unitarietà dal punto di vista procedimentale al sovraindebitamento familiare⁴² e per un altro sulla scia della disciplina introdotta per la crisi e l'insolvenza del gruppo di imprese tesa a offrire un quadro globale di un unico fenomeno economico quandanche più e diversi siano i soggetti giuridici⁴³, contempla due distinte fattispecie. Quando i soggetti sono conviventi o quando il sovraindebitamento ha un'origine comune può essere presentato un unico piano di risoluzione della crisi (però con masse attive e passive separate).

È imposto, però, l'accesso al concordato minore in presenza anche di un solo familiare che svolga attività di libera professione o d'impresa ed allora un piano unitario potrà essere presentato ma secondo le regole che governano il concordato. Il fatto che tale norma sia contenuta nella sezione relativa alle disposizioni generali ne determina comunque l'applicazione a tutte le procedure di sovraindebitamento e, quindi, anche al concordato minore.

⁴¹ F.P. Censoni, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da Covid-19 fra legge fallimentare e codice della crisi e dell'insolvenza ecc.*, cit., 5.

⁴² In senso favorevole si erano espressi: Trib. Novara, 25 luglio 2017; Trib. Milano, 6 dicembre 2017, che si sono pronunciate relativamente all'accordo di ristrutturazione riguardante due coniugi, proposto con un unico ricorso, contenente, tuttavia, due domande separate sottoposte alla condizione della reciproca ammissione, in ragione della necessità di mantenere distinte le due masse in ossequio a quanto previsto dall'art. 2740 c.c. Così anche Trib. Mantova, 8 aprile 2018 secondo cui “il concetto di “debitore” di cui all'art. 6, l. n. 3/2012 può essere interpretato estensivamente financo a comprendere i componenti della famiglia che versi nella situazione rappresentata dalla norma e questo per rispondere a ragioni di economia processuale per agevolare i debitori e per una miglior tutela dei creditori”; Trib. Napoli Nord, 18 maggio 2018, in relazione ad un piano del consumatore; Trib. Bergamo, 26 settembre 2018 giungendo a immaginare una nozione allargata di “debitore” sovraindebitato come “l'insieme dei componenti di una sua famiglia, la cui situazione di insolvenza civile derivi, in tutto o in parte, dalla gestione della vita in comune”. In senso negativo, Trib. Ivrea, 11 maggio 2018 nonostante che l'unico ricorso contenesse distinta analisi delle masse attiva e passiva.

⁴³ S. Leuzzi, *Le procedure da “sovraindebitamento”: profili generali*, in A. Crivelli, R. Fontana, S. Leuzzi, A. Napolitano, F. Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 32.

Nel caso dell'art. 66 CCII, l'opportunità razionalizzatrice del piano della famiglia in essa racchiusa, potrebbe essere importata sia per il piano del consumatore che per l'accordo senza creare difficoltà processuali e contribuendo, invece, a facilitare la crisi da sovraindebitamento di molti nuclei.

Infine, sarebbe utile anticipare – senza dubbio sarebbe il “recupero” più necessario – l'esdebitazione del “sovraindebitato incapiente” (art. 283 CCII).

Il sottosistema per il sovraindebitamento si caratterizza per l'esdebitazione, ed oggi più di ieri, in quanto per il “debitore persona fisica” incapiente “oggi e domani” – perché neppure prospetticamente è ipotizzabile alcun guadagno che faccia apparire possibile l'applicazione di uno strumento concorsuale –, è stata introdotta anche la forma di esdebitazione “*una tantum*” che prescinde dal collegamento con una previa procedura liquidativa e, quindi, da un “qualche” soddisfacimento dei creditori.

Ratio sottesa alla disciplina in commento è di dare attuazione all'indicazione, proveniente dal legislatore europeo e recepita nella legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155), di rendere più efficaci le procedure di insolvenza, di ristrutturazione e di liberazione dei debiti: efficacia che, con l'istituto regolamentato nell'art. 283, si rafforza, atteso che in tal caso viene offerto al debitore un beneficio avente carattere straordinario, i cui effetti si producono non già in esito ad una procedura concorsuale, ma al di fuori e a prescindere dalla stessa.

Inoltre, si tratta di una liberazione integrale “condizionata” in quanto la legge sancisce “l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni, laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento”.

In altri termini, l'effetto esdebitativo, nel caso di specie, opera non già quale (possibile) effetto di una procedura liquidatoria, ma come beneficio “direttamente ricollegato alle circostanze che il debitore sia un nullatenente” e che non sia ipotizzabile un mutamento almeno in un immediato futuro della sua situazione patrimoniale: condizioni che renderebbero superflua e inutile l'apertura di una procedura.

La concessione è nelle mani del giudice che deve formulare un giudizio di merito e di convenienza sulla concessione del beneficio valutando discrezionalmente la meritevolezza del debitore sulla base della relazione redatta dall'OCC e nella quale viene esaminato anche l'operato del soggetto finanziatore, nella concessione del finanziamento, in particolare rispetto alla considerazione o meno del merito creditizio del debitore.

In sostanza emerge, quindi, che questa volta la valutazione della meritevolezza – requisito per accedere agli strumenti per comporre il sovraindebitamento – deve scaturire da un esame dei comportamenti non solo del debitore ma anche del creditore. A questo proposito la funzione *debtor oriented* di queste procedure è più che chiara: il debitore in questione è soggetto scarsamente informato e supportato *ex ante* – la presenza *ex post* degli OCC quando la crisi è in atto e deve cercarsi una soluzione vuole assolvere a una funzione di ausilio – per cui la concessione del credito deve essere valutata con particolare accuratezza da parte del contraente forte, dotato di un apparato di conoscenze e di strumenti idonei ad effettuare una scelta razionale. In tale contesto il comportamento del finanziatore è preso in considerazione come fattore causativo dell'indebitamento o del suo aggravarsi che si ritorce sul diritto di autotutela del creditore.

7. I problemi del Legislatore dell'emergenza

Il Legislatore è stato incalzato per un verso dal momento patologico – occorre vaccinare contro il pericolo di immediato fallimento – per un altro dalla consapevolezza che, nelle situazioni estreme devono essere coniate misure specifiche, straordinarie come è l'evento che si è abbattuto contro il mondo.

Ha preso così corpo un diritto emergenziale⁴⁴, al momento, contrassegnato da due fasi, alle quali tra alcuni mesi se ne aggiungerà una terza.

Nella prima fase si sono adottate provvedimenti per sospendere l'applicazione di norme che potrebbero affrettare l'ipotesi fallimentare, mentre nella seconda si mira a indicare l'adozione di strategie e di strumenti, anche "alternativi", per sopperire alle crisi nell'esecuzione dei contratti⁴⁵. La terza vedrà il l'utilizzo di strumenti concorsuali o esistenti o di nuovo conio ma comunque emergenziali.

Su un punto i legislatori della prima fase hanno coinciso: l'impresa deve poter analizzare e quantificare il danno che ha subito in conseguenza del *lock-down* per decidere se potrà o meno riposizionarsi nella dimensione concorrenziale detenuta antecedentemente. Si profilava il rischio che le imprese, in continuità fino a quel momento, divenute incapaci in conseguenza del *lock-down* di far fronte regolarmente agli impegni assunti e, quindi, alla luce dell'art. 5 l. fall., da ritenere in stato d'insolvenza, fossero dichiarate fallite senza poter dare loro la possibilità di tentare un recupero della solvibilità. Accanto a imprese contagiate dal Virus Corona-19 ve ne sono altre, però, erano già indebitate (e probabilmente già in una crisi latente) la cui situazione è stata esasperata dal blocco dell'attività e dalla conseguente caduta dei ricavi. Anche per queste pareva utile concedere un momento di pausa.

Nell'affrontare i problemi sollevati dal *lock-down* per le imprese il Legislatore ha iniziato dalla verifica delle regole esistenti nell'ordinamento per vedere se quelle fossero funzionali alla gestione di questa crisi. Si dovevano assumere provvedimenti per operare, con strumenti di diversa natura, un intervento sull'economia⁴⁶.

⁴⁴ Il Legislatore italiano è intervenuto con decreto-legge a più riprese con: il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"; il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. "Cura Italia"; il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. "Decreto Liquidità" conv. in l. n. 40/2020; il quarto, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19".

⁴⁵ Sul tema v. A.M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020; V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in www.giustiziacivile.com, 31 marzo 2020; F. Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in www.giustiziacivile.com, 12 marzo 2020; A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 29 aprile 2020; C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in www.giustiziacivile.com, 15 aprile 2020; F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 17 marzo 2020; D. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in www.giustiziacivile.com, 10 aprile 2020; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 21 aprile 2020; R. Santagata, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in www.giustiziacivile.com, 17 aprile 2020. Per un'accurata ricostruzione, la Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

⁴⁶ Per una raccolta in continuo aggiornamento delle prime misure adottate da molti paesi a sostegno delle

Se l'attività legislativa non è mai scevra di problematiche di ordine soggettivo e spazio-temporale, nell'elaborazione di misure idonee a fronteggiare la crisi da Covid-19, lo è, infatti, ancora meno vista la straordinarietà e l'assenza di precedenti normativi.

In queste circostanze del tutto eccezionali, come è stato segnalato⁴⁷, quattro sono i problemi fondamentali che il legislatore incontra:

A) Il problema dell'ambito di applicazione – vale a dire stabilire quali norme debbono introdursi (soltanto con finalità di moratoria per congelare la situazione o anche nuovi strumenti con i quali gestire rapidamente la crisi?) e a chi debbano applicarsi (indistintamente a tutte le imprese, a prescindere dalla loro dimensione e natura? E poi, a tutte quelle che oggi si dichiarino in crisi o soltanto a chi dimostri di essere stato “vittima” del *lock-down*?).

Norme dall'orizzonte ristretto possono essere di scarsa utilità così come norme troppo ampie possono produrre conseguenze imprevedibili. Nella corretta soluzione di questo problema risiede l'utilità di uno strumento eccezionale che, ad avviso di chi scrive, deve avere la capacità di offrire soluzioni chiare, rapide, efficienti ed economiche riducendo così anche i costi applicativi.

B) Il problema dell'equilibrio tra gli interessi in giuoco – questo è il punto più complesso con il quale si deve fare i conti.

In effetti in una situazione di crisi generalizzata, il legislatore ha il compito di realizzare l'equilibrio più efficiente tra l'interesse dei debitori (la continuità) e l'interesse dei creditori (il pagamento dei crediti), perché in questo equilibrio riposa l'interesse generale. Se si potenzia troppo il primo, si corre il rischio che i creditori, a loro volta impossibilitati a far fronte agli impegni assunti, diventino insolventi. Se si potenzia eccessivamente l'interesse dei secondi, però, si possono “strozzare” imprese, sane ma colpite ora dalla crisi Covid-19, che potrebbero essere però redditizie a medio termine, ritornando ad adempiere regolarmente.

Ecco il problema in sintesi: né eliminare immediatamente il debitore che oggi, a causa del Coronavirus, è in crisi di liquidità e quindi non adempie, né convertire i creditori in debitori⁴⁸. Nel primo caso si distruggono posti di lavoro e nel secondo egualmente.

È questa la situazione che la stasi da Covid-19 genera: tutti sono, se pure in diversa misura, debitori. Ciò richiede che lo strumento sia equilibrato per non determinare il crollo dell'intero tessuto imprenditoriale. Il principio della distribuzione delle perdite tra i creditori dell'impresa in crisi deve essere regolato con estrema cautela.

C) Il problema temporale – vale a dire della durata di questi strumenti per l'emergenza. È impossibile stabilirlo con un qualche grado di certezza quando ancora non si conosce la durata delle misure sanitarie. Le ipotesi più ottimistiche parlano di un inizio del recupero a partire dall'ultimo trimestre del 2021, quelle più realistiche posticipano questo inizio fino a tutto il 2022.

aziende colpite dalla pandemia di Covid-19, INSOL – World Bank Group, *Global Guide: Measures adopted to support distressed businesses through the COVID-19 crisis*, leggibile in <http://insol-techlibrary.s3.amazonaws.com/5685f850-7835-478a-ac58688cc832e4ba.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJA2C2IGD2CIW7KIA&Expires=1588787809&Signature=wIH9DlpXiyMQHwZnP2TgyucFSmk%3D>.

⁴⁷ A. Rojo, *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*, in <https://www.blog.fder.uam.es/2020/05/11/reflexiones-sobre-el-derecho-concursal-de-emergencia/>.

⁴⁸ A. Rojo, *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*, cit.

Termini temporali ristretti condurrebbero a un alto tasso di mortalità economica, anche se nel contempo eviterebbero ritardi da parte di imprenditori troppo fiduciosi in una ripresa e eventuali abusi da quelli in mala fede. Di contro con un arco temporale applicativo più ampio (due anni, come qualche Paese sta facendo⁴⁹) si offre una più realistica possibilità di ripristinare la continuità delle imprese sane colpite dal *lock-down*.

D) Quale obiettivo assumere: selezionare o supportare?

Lo sfondo al quale pare naturale fare immediato riferimento per iniziative volte a riparare le lacerazioni prodotte sulle imprese dal *lockdown* è quello dell'Ordinamento della crisi, deputato a intervenire come insieme di regole per risolvere il conflitto tra debitore incapace a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni e creditori che pretendono il soddisfacimento. È questo un sistema articolato tra più strumenti compositivi per il superamento della crisi e il mantenimento dell'impresa e uno liquidativo che, ancorché recentemente arricchito di potenzialità conservative di valori⁵⁰, è funzionale a depurare il mercato da iniziative economiche non più remunerative.

La presenza di un'impresa sana in stato crisi o, addirittura, in stato d'insolvenza (superabile) costituisce il discrimine tra i primi e il secondo che, invece, suppone un'incapacità irreversibile – sussistente anche quando l'attivo patrimoniale, pur superando il passivo, non sia liquidabile in tempi brevi (come oggi accadrebbe) – a far fronte regolarmente alle obbligazioni in quanto per lo più generata da una disfunzionalità di natura economica.

Sulla scorta di queste prime notazioni appare già messa in discussione un'utile funzione dell'attuale assetto concorsuale per ripristinare la continuità nelle imprese che siano state colpite dal *lock-down*. Nell'odierna situazione di crisi generale potrebbe apparire, tuttavia, estremamente difficile, se non impossibile, distinguere tra le imprese che possono proseguire la propria attività e quelle che invece non possono. Il rischio sarebbe che, applicando i principi previsti dall'ordinamento e sopra ricordati, la maggior parte delle imprese fosse considerata in crisi o, ancor peggio, insolvente e quindi dovesse essere liquidata⁵¹.

L'attuale condizione di molte imprese, sane fino a febbraio, ma adesso incapaci di onorare le obbligazioni assunte condurrebbe – assumendo l'ordinamento fallimentare come unico strumento regolatore – a una selezione darwiniana del tessuto produttivo⁵² per il fal-

⁴⁹ Mi riferisco in particolare a due decreti emessi dal Governo Colombiano, il Decreto 15 aprile 2020, n. 560 e il Decreto 3 giugno 2020, n. 772, che saranno illustrati nel prosieguo del lavoro.

⁵⁰ Quest'ultima procedura, che, in altri periodi, ben può costituire strumento per conservare i valori, vede tarpata la sua possibile funzione dal Covid-19. Intanto appare assolutamente impraticabile l'ipotesi sia di un esercizio dell'impresa da parte del curatore con l'obiettivo di conservare in attività l'azienda in attesa di un compratore, sia quella di un affitto d'azienda realizzato in procedura al fine di traghettare l'impresa in altre mani. La possibile funzione conservativa del fallimento viene di fatto tarpata dal Covid-19.

⁵¹ Su questo fronte è intervenuto l'art. 10 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, (conv. nella l. n. 40/2020) disponendo l'improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento e per l'accertamento dello stato di insolvenza in caso di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020. Nella previsione rientra anche la richiesta formulata dal P.M., a meno che quest'ultimo non abbia fatto domanda di emissione di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa, ai sensi dell'art. 15, comma 8, l. fall.

⁵² Nel senso che “se la crisi o l'insolvenza sono frutto di cause esterne alla normale dinamica dell'impresa, e imprevedibili, non per questo si potrà evitare l'applicazione degli istituti destinati oggettivamente a regolare il concorso dei diversi interessi che la crisi o l'insolvenza pongono in causa”, R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in Id., *Magistratura e giustizia sociale*, Bari, 2020, 282.

limento di numerose attività, atteso che gli strumenti alternativi in certi casi non potrebbero essere utilizzati per il loro alto costo e in altri, per i tempi serrati imposti, non darebbero risultati positivi. Anzi aggiungerebbero danno a danno.

Ciò che occorre allora è un programma straordinario per la protezione e il recupero delle attività produttive meritevoli di essere conservate. Dovrebbe trattarsi di un programma straordinario, tenendo tuttavia presente che le crisi straordinarie tendono ad essere cicliche, dando origine a problemi straordinari, per cui sarebbe forse necessario creare regimi riservati per essere prontamente applicati in queste situazioni che cogliendo impreparato il Legislatore, vengono affrontate con eccessivo ritardo.

È illuminante, al riguardo, la disposizione dell'art. 69 (2) (a) dell'*Insolvenzordnung* austriaco⁵³. Questa norma stabilisce espressamente di prorogare il termine per depositare la domanda di accertamento dell'insolvenza quando quest'ultima è attribuibile a un disastro naturale (nel cui ambito rientra la pandemia).

Inoltre, il programma, al quale sopra facevo riferimento, dovrebbe essere indipendente dalle procedure concorsuali, ancorché di ristrutturazione, le quali dovrebbero continuare ad essere disciplinate così come disegnate dal Legislatore della "normalità". Il programma straordinario per il recupero delle attività produttive colpite dal Coronavirus dovrebbe comunque contenere quelle previsioni, ormai appannaggio delle tradizionali procedure concorsuali conservative, tese a garantire il mantenimento dei contratti in corso e a rinegoziare le obbligazioni. D'altra parte, per rinforzare la funzione di supporto all'impresa (che implica il ripristino della liquidità), sarebbero importanti misure complementari, come la protezione da azioni esecutive, gli incentivi a nuovi finanziamenti, in particolare al finanziamento dei soci.

È vero che gli strumenti concorsuali esistenti contengono quasi tutte le misure fin qui riferite. Nell'attuale situazione di crisi straordinaria, le imprese però necessitano di misure automatiche e indipendentemente dal ricorso ad altri istituti, cioè, senza necessità di iniziare una procedura⁵⁴. Probabilmente per gestire questa crisi siamo costretti a cambiare modello e progettare un trattamento sistemico con un approccio standardizzato.

8. Ripensare la negozialità

All'imprenditore in crisi da Covid-19 deve essere riconosciuta la possibilità di scegliere il proprio futuro tra gettare la spugna immediatamente o tentare di uscire dalle "secche"⁵⁵.

⁵³ L'art. 69, (2) e (2a) così dispone: "(2) Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 66 und 67) vor, so ist diese ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen. Schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist. (2a) Bei einer durch eine Naturkatastrophe (Hochwasser, Lawine, Schneedruck, Erdbeben, Bergsturz, Orkan, Erdbeben Epidemie, Pandemie oder ähnliche Katastrophe vergleichbarer Tragweite) eingetretenen Zahlungsunfähigkeit verlängert sich die Frist des Abs. 2 auf 120 Tage".

⁵⁴ C. Serra, *A função (alternativa) do RERE como programa extraordinário para o apoio e a reanimação de empresas*, in www.revistadedireitocomercial.com, 2020-04-28, 961, osserva che l'*automatic stay* regolato dall'art. 6 della direttiva n. 1023/2019, ha questa caratteristica di indipendenza. Anzi, in nessun punto della Direttiva si legge che lo *stay* dipende dall'apertura di un procedimento di ristrutturazione preventiva, configurandosi, allora, come un istituto a sé.

⁵⁵ Dissente sulla negazione da parte del Decreto Liquidità del diritto dell'imprenditore di scegliere il falli-

L'imprenditore ha diritto, infatti, – in quanto meglio di altri conosce qual era l'andamento dell'attività prima del blocco emergenziale – di compiere una scelta tra abbandonare o rilanciare.

Con tutte le incertezze della situazione che rende difficile la redazione di un piano, può, comunque, esplorare la soluzione compositiva, peraltro facilitata nella tempistica, prima di giungere al fallimento che, comunque, se utilmente condotto, può sempre consentire di intraprendere un concordato.

Se deve essere concessa l'opzione di valutare la possibilità di recuperare la concorrenzialità, consequenzialmente quella deve essere supportata, sul piano esecutivo, con la inertizzazione durante la fase emergenziale – e per una durata congrua – delle procedure esecutive e, sul piano degli incentivi con misure: 1) lavoristiche, 2) finanziarie, 3) fiscali, 4) concorsuali. Questi sono punti assolutamente essenziali nell'ordine in cui sono enumerati che debbono essere considerati (soprattutto) rispetto sia alla piccola che alla media impresa.

Se i finanziamenti consentiranno alla maggior parte dei consumatori e delle imprese di evitare il default, il sistema concorsuale fungerà da sostegno più efficace. L'obiettivo dovrebbe essere quello di compensare gli effetti del lock-down con un supporto globale alla liquidità, non di salvare le imprese che hanno avuto problemi prima della crisi e che necessitano o, se possibile, di una ristrutturazione più approfondita⁵⁶ o, altrimenti, di essere liquidate.

Tuttavia, questa misura, che è stata predisposta dal d.l. n. 23/2020 (conv. in l. n. 40/2020) per fornire prestiti a coloro che ne hanno bisogno, in condizioni che vorrebbero essere vantaggiose e per un periodo limitato (tempo che peraltro tutte le imprese sarà necessario per adattarsi alla nuova situazione) e garantiti dallo Stato, non sembra sufficiente perché:

i) si tratta di contratti bancari che devono essere stipulati in presenza di condizioni molto limitative (ergo "l'aiuto" per risolvere il problema è solo un ritardo);

ii) non vengono concessi facilmente o rapidamente, richiedono anche informazioni e documentazione complesse e la non pregressa esposizione deve essere evidente; e

iii) non sono facilmente accessibili da parte di microimprese e PMI che generalmente non dispongono di un modello commerciale in grado di gestire con successo le richieste di finanziamento perché non sono né preparati per il requisito dell'accesso credito né hanno la disponibilità di una consulenza professionale.

iv) quel finanziamento con la garanzia dello Stato finirà per incidere sul contribuente.

Se il finanziamento non raggiunge la finalità desiderata, cos'altro si dovrebbe fare? Se i primi tre interventi sono propedeutici e funzionali alla ripartenza, non meno però è il quarto, non potendosi immaginare una ripresa senza un meccanismo flessibile, economico, snello, autogestito, che permetta la ristrutturazione dei debiti mentre i contratti proseguono

mento quale immediata soluzione alla crisi anche se questa sia causata da Covid-19, anche M. Fabiani, nell'Introduzione all'e-book, *Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti-Covid al servizio della continuità d'impresa*, 10. Ritengo che negare all'imprenditore in crisi da Covid-19 la possibilità di porre fine alla propria attività sia soluzione in contrasto con i principi che presiedono al diritto dell'impresa. In tal senso anche M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, cit., 13, che parlano di scelta "irrazionale" e "troppo tranchant"; D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *ilfallimentarista*, 14 aprile 2020.

⁵⁶ Per una discussione sul fatto che i salvataggi ad hoc dovrebbero quasi sempre essere evitati, K. Ayotte, D.A. Skeel Jr., *Bankruptcy or Bailouts*, in *Journal of Corporation Law*, 2010, 469.

ed è sospesa sia la disciplina, che scatta in caso di consistenti perdite di capitale e che impone di ricapitalizzare o di liquidare.

In ogni caso deve trattarsi di uno strumento chiaro e accessibile senza dover provare stringenti requisiti e passare da complesse procedure⁵⁷.

Su alcune di queste misure sono state predisposte, sull'ultimo punto – la predisposizione di un procedimento agile e flessibile – è stato compiuto quel tentativo, contenuto nel comma 5-*bis* della l. n. 40/2020 e sopra illustrato, che ha dato luogo alla creazione di uno strumento di incerta natura.

Le misure per far ripartire l'impresa non possono consistere in malcerti rimaneggiamenti dell'esistente disciplina, né essere limitate a qualche mese ma devono accompagnare l'impresa per un ragionevole periodo di tempo.

Anche in tempi di crisi estreme come l'attuale devono, infatti, aprirsi spazi per soluzioni meno burocratiche che consentano una rinegoziazione delle obbligazioni retta dai canoni di collaborazione e lealtà connessi al solidarismo contrattuale. Ciò tanto più quando si avvertono non solo disequilibri tra le parti in termini di conoscenza tecnica e informazione (come sempre avviene) ma soprattutto i segnali di una crisi generalizzata per cui ciascuna delle parti è allo stesso tempo debitore e creditore.

È sicuramente essenziale una moratoria delle procedure di esecuzione sospendendo inoltre norme di diritto societario e concorsuale. Ciò produce l'effetto di bloccare l'iniziativa dei creditori, garantendo una tregua ai debitori. Tuttavia, proprio in virtù di questa tregua, viene rimosso l'incentivo a negoziare la ristrutturazione del debito perché i creditori temono che l'emergenza possa durare indefinitamente e che le loro richieste diventino irrecuperabili. Le negoziazioni, quindi, saltano⁵⁸.

Per altro verso, si deve tenere in conto che un ricorso massiccio alle procedure formali di ristrutturazione potrebbe causare gravi danni. Innanzi tutto, vi è un problema di costi che rendono quelle procedure scarsamente fruibili in questa fase. Inoltre, in una crisi sistemica, se la maggioranza delle imprese presentasse procedure formali di insolvenza, la struttura giudiziaria non sarebbe in grado di rispondere efficacemente a causa dell'eccessiva accumulazione di casi.

C'è di più: l'uso di lunghi procedimenti legali introdurrebbe un altro importante fattore di distruzione del valore, aggiungendo un nuovo elemento negativo alla grave crisi in corso.

Nell'attuale "insolpandemia"⁵⁹, la legge fallimentare che mira a studiare la crisi e i suoi meccanismi di *coping*, deve offrire alternative diverse atteso che quelle tradizionali (che richiedono tempi lunghi e alti costi), già critiche per i tempi "normali", sono indiscutibilmente insufficienti. La sensazione è diffusa e molte in questi mesi sono state le proposte "alternative"⁶⁰.

⁵⁷ C. Bastasin, L. Bini Smaghi, M. Messori, S. Micossi, P.C. Padoan, F. Passacantando, G. Toniolo, *La risposta italiana alla crisi sanitaria. Pensare oggi il futuro del Paese*, LUISS, 27 marzo 2020, 1.

⁵⁸ A.A.N. Rouillon, *El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial*, in *La Ley*, 9 de junio 2020, 12.

⁵⁹ S. Pacchi, *Quale sistema e quale strumento per la "insolpandemia"?*, in *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini, S. Pacchi, Bologna, 2020.

⁶⁰ Per una disanima delle varie proposte M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emer-*

Cosa occorre? Le parti devono in primo luogo poter negoziare al riparo dalle azioni esecutive; avere a disposizione, per un periodo di due anni, uno strumento negoziale “ibrido”, – ritengo, infatti, imprescindibile un controllo giudiziale sui requisiti e sulla gestione dell’impresa – aperto ad un ampio spettro di azioni e tecniche per ristrutturare i debiti e riorganizzare l’attività; caratterizzato da una gestione snella e da costi ridotti e, quindi, potenzialmente più efficace degli strumenti disciplinati nella nostra legge vigente e anche dello strumento – icasticamente definito “ircocervo” per la sua non ben definita natura⁶¹ – introdotto nel comma 5-*bis* dell’art. 9, l. n. 40/2020 che oltretutto sconterebbe una forte criticità sul piano dell’accesso al credito, dovendo la posizione dell’impresa ammessa a preconcordato essere classificata “a incaglio”⁶².

È, quindi, necessario che non vi siano ostacoli ad operazioni di conversione dei debiti in capitale. Le operazioni previste nel piano devono avvenire facilmente, rapidamente e a basso costo, senza dover incorrere in formalità complesse e costose, e senza necessità di autorizzazioni da parte dell’autorità giudiziaria. Il controllo sulla gestione operato da un commissario eviterebbe la prosecuzione in presenza di atti pregiudizievoli per i creditori o del venir meno della convenienza a proseguire.

È conveniente considerare misure lineari, chiare e fondamentalmente semplici, che risultino più convenienti rispetto agli esistenti strumenti di negoziazione preventiva senza tradurli in una procedura formale, articolata in controlli, attestazioni e autorizzazioni (come il concordato preventivo e, in parte, come gli accordi di ristrutturazione).

Tali misure potrebbero prevedere un codice di condotta per le negoziazioni (come, ad esempio, i Principi redatti da Insol); l’adozione di mezzi alternativi per risolvere rapidamente ed efficacemente i conflitti; la utilizzazione di un foro neutrale (come quello delle Camere di Commercio) che possa mettere a disposizione mediatori e arbitri di provata esperienza.

Tutto questo potrebbe essere di grande utilità per le piccole e medie imprese.

Ciò non significa che in questa fase la legge fallimentare debba essere completamente messa da parte dovendo costituire lo strumentario applicabile sia quando l’impresa non è in crisi da Covid-19, sia quando l’esperimento di ristabilire la continuità perduta a causa del Covid-19 è fallito.

Infine, – è bene ricordarlo – la legge fallimentare deve costituire l’alternativa efficiente nel caso in cui le negoziazioni non procedano a un ritmo ragionevole e costituire anche una barriera contro le tattiche dilatorie dei creditori.

genza Covid-19, in *Fallimento*, 2020, 589 ss. Diverse le voci levatesi a favore di un restyling dell’amministrazione controllata: D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il Fallimentarista.it*, 14 aprile 2020, 5; F.P. Censoni, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da COVID-19 ecc.*, cit.

⁶¹ S. Ambrosini, *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del “decreto liquidità”: nascita di un “ircocervo”?*, in *www.ilcaso.it*, 10 giugno 2020.

⁶² N. Abriani, P. Rinaldi, *Emergenza sanitaria e tutela proporzionata delle imprese: oltre la domanda “tricolore”*, in *www.ilcaso.it*, 4 giugno 2020, 5 ss.; S. Ambrosini, *La rinuncia al concordato preventivo ecc.*, cit., 11.

9. Conclusioni

La collaborazione, perno del modello negoziale, deve cementarsi. Questo modello, completamente stragiudiziale o con intervento limitato del giudice, può risultare molto più efficace del complesso e costoso modello concorsuale giudiziale.

Il modello negoziale non è, infatti, imperniato sulla contrapposizione tra debitore e creditori, ma piuttosto sulla ricerca congiunta di una risposta adeguata al problema che li affligge tutti, cercando di puntare alla conservazione della relazione economica. L'accordo si proietta oltre la soluzione del debito⁶³.

Compito di chi assiste le imprese dovrebbe essere quello di incoraggiare formule che consentano la ristrutturazione dell'impresa e/o la rinegoziazione delle obbligazioni, modellandole sulle effettive capacità di pagamento del debitore, e in ultima istanza, quando la liquidazione sia inevitabile, perseguire l'ottimizzazione del soddisfacimento dei creditori.

I tribunali, da parte loro, devono sollecitare le parti a mettere in atto strategie di cooperazione, sanzionando i comportamenti scorretti dei debitori o dei creditori che cerchino soltanto di lucrare egoisticamente dalla procedura concorsuale. In questo senso, il fallimento deve replicare il modello di negoziazione in buona fede nei casi in cui la dimensione delle attività o delle passività giustifichi una struttura più complessa per determinare le alternative disponibili.

Senza dubbio resta da vedere se le conseguenze della crisi richiederanno ulteriori adattamenti delle legislazioni concorsuali una volta che, terminata l'emergenza, le imprese pur riprendendo l'attività necessiteranno di un periodo più o meno lungo – direttamente proporzionale alla capacità di resilienza – per ritornare alla dimensione concorrenziale *quo ante*.

È certo che non dovremo assistere a un ritorno a leggi fotografia come quelle che apparvero a fine degli anni settanta tendenti a salvare determinate imprese, bensì a interventi dettati da una situazione determinata da una pandemia e, quindi, diretti a tutte le imprese, in particolare quelle dei settori non ritenuti essenziali che sono coinvolte e che meritano – ad esclusione di quelle che già presentassero dai loro bilanci un forte squilibrio economico-finanziario – un ausilio, salvo diversa scelta dell'imprenditore, per poter riprendere l'attività dopo questa battuta d'arresto. Senza dubbio c'è un'esigenza di controllo sulla loro gestione nel periodo in cui usufruiranno delle risorse pubbliche e delle moratorie.

Come controllare? Una procedura come il preconcordato o preaccordo? Madaus e Wessels propongono "A compromise solution could provide for a deferral under available restructuring or even insolvency laws by allowing entrepreneurs (and creditors) to file for the protection of such regimes while at the same time staying any proceedings for the duration of emergency measures. Such an approach would require the entrepreneur to externalise the need for a deferral while it would not immediately bind scarce resources of the courts. With the termination of emergency measures, the motion could be withdrawn if the business is solid again"⁶⁴.

Certamente, la legge fallimentare non è destinata a morire, ma piuttosto a essere reindirizzata, a funzionare come un punto d'incontro in cui, come in altre orbite giurisdizionali, i meccanismi alternativi di risoluzione dei conflitti assumono maggiore importanza.

⁶³ Sul punto anche J.L. Goldenberg, *Repensar el derecho de la crisis desde la crisis*, leggibile in www.dictumabogados.com.

⁶⁴ S. Madaus, B. Wessels, *Rescue of Business in Insolvency Law*, European Law Institute, Vienna, 2017, 6.

“WHAT EVER IT TAKES”. LA PROTEZIONE NORMATIVA DELL’IMPRESA AL TEMPO DEL CORONAVIRUS ¹

Franca Vianello

SOMMARIO: 1. Fonti. – 2. Premessa. – 3. Le misure normative predisposte in Italia. – 3.1. Differimento dell’entrata in vigore del nuovo CCII al 21 settembre 2021 (art. 5 d.l. liquidità). – 3.2. Improcedibilità delle procedure per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza (art. 10 d.l. liquidità). – 3.3. Sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale sotto il minimo e di valutazione del *going concern* (artt. 6 e 7 d.l. liquidità). – 3.4. Disapplicazione delle norme in tema di postergazione dei finanziamenti (art. 8 d.l. liquidità). – 3.5. Disposizioni in materia di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione (art. 9 d.l. liquidità) e di sovraindebitamento. – 3.6. Disciplina dei contratti pendenti e delle azioni ordinarie ed esecutive (artt. 56, 83 e 91 d.l. cura Italia e artt. 11 e 36 d.l. liquidità).

1. Fonti

Le fonti italiane che riguardano la tematica in esame sono principalmente due:

- a. d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (noto come Decreto cura Italia) convertito con modifiche con l. 24 aprile 2020 n. 27;
- b. d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (noto come Decreto liquidità) convertito con modifiche con l. 5 giugno 2020, n. 40.

2. Premessa

Come era purtroppo prevedibile, il contagio epidemico sia è rapidamente espanso dal piano sanitario a quello finanziario ed economico, contagiando anche imprese che prima del *lockdown* si trovavano in situazione di equilibrio e con riguardo alle quali non erano in allora ragionevolmente prospettabili elementi pregiudizievoli alla continuità aziendale.

Come sottolineato da uno Studio Cerved², “*I mancati pagamenti potrebbero amplifica-*

¹ Il presente articolo, già pubblicato su LinkedIn all’indomani della pubblicazione del d.l. liquidità, risulta aggiornato ed integrato con le novità di cui alla l. 5 giugno 2020, n. 40 di conversione di tale decreto.

² Cfr. Studio Cerved realizzato in collaborazione con il prof. Fabiano Schivardi (Luiss e EIEF) in <https://know.cerved.com/news/covid-19-e-sostenibilita-delle-imprese/>.

re il contagio finanziario ad altre imprese, con un effetto a catena sull'intera economia, coinvolgendo anche i pochi settori non colpiti da questa crisi. In poco tempo riprenderebbero a crescere gli NPL e il contagio si estenderebbe anche al settore finanziario. In questa fase, obiettivo fondamentale della politica economica è quindi quello di evitare i fallimenti”.

Si rammenta che secondo uno studio effettuato in fase di *lockdown* da Prometeia, società di consulenza e ricerca economica (che aveva dato per presupposta la ripresa graduale e scaglionata delle attività economiche a far tempo da maggio con contestuale attenuazione quindi del *lockdown*), *“la contrazione del Pil italiano nel 2020 sarà almeno del 6,5%: in un solo anno, una recessione di portata equivalente alla caduta del biennio 2008-2009”*³, ma, soprattutto, nel già drammatico scenario rappresentato da Prometeia *“l'Italia si ritroverebbe nel 2022 con un livello del Pil ancora al di sotto del livello 2019 di oltre 2 punti percentuali, con un debito sovrano inchiodato al 150%”*⁴.

Da segnalare, quanto al costo dei ritardi nella ripresa dell'attività economica, che, secondo il centro studi di Confindustria, ogni settimana in più di blocco normativo delle attività produttive, si stima possa essere costato una percentuale ulteriore di prodotto interno lordo dell'ordine di almeno lo 0,75%.

Quanto ai dati più recenti, post *lockdown*, Bankitalia stima che il Pil italiano quest'anno dovrebbe contrarsi del 9,5%⁵, e ciò peraltro *“in uno scenario di base, in cui si presuppone che la diffusione della pandemia rimanga sotto controllo a livello globale e in Italia”*, mentre invece *“sviluppi più negativi rispetto a quelli delineati nello scenario di base potrebbero manifestarsi se emergessero nuovi rilevanti focolai epidemici”*, ipotesi in cui il calo sarebbe ben più consistente e nell'ordine del 13%⁶.

³ Cfr. Rapporto di Previsione marzo 2020 – Highlights Covid-19, in <https://www.prometeia.it/news/rapporto-previsione-marzo-2020-highlights>. In particolare, poi, Prometeia stima che nei primi due trimestri dell'anno in corso la riduzione del Pil sarà di oltre il 10% rispetto alla situazione pre-crisi, con sensibili differenze fra i vari comparti: manifattura – 10%; servizi legati al turismo –27%, servizi di trasporto e delle attività legate all'intrattenimento fino al –16%.

⁴ Cfr. Rapporto di Previsione marzo 2020 – Highlights Covid-19, cit., *ibidem*. Sul punto il centro studi di Confindustria stima una “caduta cumulata dei primi due trimestri del –10% circa”, poi una “risalita lenta”: ipotizzando un “superamento della fase acuta dell'emergenza a fine maggio”, viene confermata la stima di un –6% per il 2020, ma “solo i prossimi mesi diranno” se in tali stime ci sia “realismo o eccessivo ottimismo”. Secondo Confindustria: nel 2020 il debito salirà al 147% “per l'effetto congiunto dell'ampliamento del deficit legato all'emergenza COVID-19 e della caduta del Pil nominale (–5,2%)”: e, si badi, tali previsioni incorporano già gli effetti del decreto Cura Italia; Relativamente al mercato del lavoro stima che “nel 2020 cadrà dell'1,5% in termini di teste”: quindi una sostanziale tenuta degli occupati (con ammortizzatori e strumenti di flessibilità) a fronte però di una maggiore contrazione del 2,5% delle unità di lavoro equivalenti a tempo pieno e del 3,1% di ore lavorate”. Il tasso di disoccupazione è visto all'11,2%; nel 2021 il deficit rimarrà comunque sopra il limite del 3% ed il debito si assesterà al 144,3%.

⁵ Fonte AGI, in <https://www.agi.it/economia/news/2020-07-10/bankitalia-previsioni-pil-dopo-pandemia-9120322/>.

⁶ In particolare si legge nel Bollettino economico del 10 luglio u.s. di Banca d'Italia: “sviluppi più negativi rispetto a quelli delineati nello scenario di base potrebbero manifestarsi se emergessero nuovi rilevanti focolai epidemici a livello nazionale o globale, i cui effetti potrebbero ripercuotersi sulla fiducia e sulle decisioni di spesa di famiglie e imprese e tradursi in un calo più consistente del commercio mondiale, in interruzioni nelle catene globali di produzione o in un deterioramento delle condizioni finanziarie. In uno scenario più severo si valuta che il prodotto potrebbe scendere di oltre il 13% quest'anno e recuperare nel prossimo biennio in misura più moderata rispetto allo scenario di base”.

Sul recupero Banca d'Italia prevede una ripresa del +4,8% nel 2021 e del +2,4% nel 2022, anche se, secondo la già citata società di consulenza Prometeia, si stima che “*solo nel 2025 il Pil potrà ritornare ai livelli pre-Covid*”⁷(!).

Come aveva immediatamente avvertito Mario Draghi, “*Speed is absolutely essential for effectiveness*”⁸, stante il rischio concreto che in un tale scenario, non a caso descritto come “*di guerra*”⁹, un mancato ed opportuno intervento possa bloccare l'intero sistema economico produttivo ed in particolare del ciclo attivo di impresa, con l'arresto improvviso dei flussi di cassa.

Tale scenario, nel quale l'imprenditore, da un lato, trova difficile esigere i propri crediti nei tempi previsti, dall'altro e conseguentemente, ha a sua volta difficoltà a adempiere regolarmente i propri debiti, non è purtroppo ad oggi affatto scongiurato: persiste infatti quella assoluta incertezza che rende impossibile fare applicazione del *forward looking*, essendo in larga parte sconosciute le variabili su cui tale giudizio si fonda ed essendo pertanto impossibile effettuare una previsione dell'evoluzione dei mercati e dei possibili flussi generati in un dato arco di tempo.

Incertezza assoluta che ad oggi tuttora sussiste, rendendo impossibile fare previsioni accurate, ma anche solo ragionevoli¹⁰, potendosi al più scegliere fra gli scenari possibili il meno improbabile.

In altre parole, economia e diritto o si salvano assieme o non se ne salva nessuna delle due¹¹.

Quanto agli esiti del crollo del sistema produttivo ed ai “costi” di tale scenario, Draghi, ancora in pieno *lockdown*, era sin da subito stato chiarissimo, nel suo intervento all'indomani della discussione in ottica unionale circa i possibili rimedi per l'attuale emergenza: la distruzione del nostro sistema produttivo – discorso che nell'attuale fase, se possibile, è di attualità ancora più dirompente – va evitata quale ne sia il costo, perché tale costo sarà comunque inferiore al danno che patirebbe la nostra economia da tale eventuale perdita¹².

⁷ Cfr. C. De Cesare, *Pil, l'Italia tornerà ai livelli pre-Covid soltanto nel 2025*, in https://www.corriere.it/economia/consumi/20_luglio_08/pil-l-italia-tornera-livelli-pre-covid-soltanto-2025-895a8198-c0f0-11ea-b6e3-e528ab57c55a.shtml.

Prometeia in particolare stima che, con una recessione nel secondo trimestre di portata storica (–12,9%), per l'intero 2020 ci sarà una caduta del prodotto del 10,1%, valutazione che ha fatto seguito a quella della Commissione europea che, come noto, ha rivisto al ribasso la crescita nell'Ue rispetto alle stime di primavera con l'Italia che registra la frenata del Pil più grave rispetto all'Eurozona.

⁸ Cfr. M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly* – Financial Times, March 25, 2020, <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>, ove, fra altro, si legge: “Faced with unforeseen circumstances, a change of mindset is as necessary in this crisis as it would be in times of war”. Anche secondo il già citato studio Cerved, il fattore tempo è fondamentale, perché si prevede che un numero consistente di imprese potrebbe uscire dal mercato già dai primi mesi della crisi.

⁹ Cfr. M. Draghi, *ibidem*.

Vedi anche G. Corno, L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, http://www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_cont=1173.php, 26 marzo 2020.

¹⁰ Così sul punto Ignazio Visco, governatore di Banca d'Italia “Lo stato d'incertezza nel quale ci troviamo non ci consente di fare previsioni non dico accurate ma ragionevoli, procediamo per scenari possibili”.

¹¹ Concetto che è stato efficacemente sottolineato da A. Zuliani Giudice delegato del Tribunale di Udine, nel corso del webinar *Come salvare l'economia e il diritto nella “FASE 2” dell'emergenza epidemiologica*, il quale ha pertanto evidenziato come sia assolutamente necessario un dialogo aperto fra diritto ed economia rispettoso delle reciproche esigenze.

¹² Cfr. M. Draghi, *ibidem*: “Public debt levels will have increased. But the alternative – a permanent destruc-

Molto si è discusso e si continua tuttora a discutere circa le misure di natura economico-finanziaria (oltre che fiscali e contabile) necessarie a tale salvataggio (anche all'indomani degli interventi attuati allo scopo, seppure in maniera a tutt'oggi insufficiente, principalmente con i decreti cura Italia e liquidità e poi con quello rilancio), meno di quelle più strettamente normative che sempre più, soprattutto con il disvelarsi dei concreti postumi del *lockdown*, risultano imprescindibili e non meno urgenti al fine di evitare la disgregazione del nostro tessuto imprenditoriale con conseguenti ripercussioni su quello sociale.

Misure normative che a tutt'oggi rimangono limitate ed insoddisfacenti, come ne sono prova la miriade di proposte legislative provenienti sia da parte degli operatori del diritto (magistrati e avvocati), sia dal mondo accademico che evidentemente avvertono la inadeguatezza dell'attuale normativa a fronteggiare la situazione emergenziale: com'è stato brillantemente sintetizzato, *"ci vogliono norme nuove per disciplinare situazioni che sono completamente nuove"*¹³.

Invero, il solo rinvio dell'entrata in vigore delle restanti norme del CCII (disposto con il d.l. liquidità), ulteriori rispetto a quelle già entrate in vigore nel marzo dello scorso anno, che trascura quindi di valutare l'effetto dell'applicazione della vigente normativa concorsuale (ed anche societaria) al mutato, e stravolto, contesto economico-finanziario delle maggior parte delle imprese non può certo essere sufficiente, soprattutto considerando il carattere dichiaratamente "temporaneo" delle disposizioni introdotte dal decreto liquidità agli artt. 6, 7, 8 e 10 (e di cui si dirà).

Come noto, presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento è l'*"incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni"*, incapacità che sussiste quindi anche in caso in cui l'attivo patrimoniale, pur superando il passivo, non risulti comunque facilmente liquidabile: ciò che evidenzia come in difetto di ulteriori incisivi interventi normativi a salvaguardia delle imprese, gran parte di esse, soprattutto le medie imprese, anche in un contenuto arco temporale, già oggi venuta meno l'applicabilità della norma che aveva disposto la improcedibilità fino al 30 giugno 2020 dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento, rischi il default secondo l'attuale normativa concorsuale.

Trattandosi di pericolo riguardante, seppure con diverse gradazioni, tutta l'Europa, già in pieno *lockdown* l'esecutivo CERIL (Conference on European Restructuring and Insolvency Law) con lo *Statement* 20 marzo 2020¹⁴, aveva espresso le proprie preoccupazioni circa la incapacità della legislazione concorsuale esistente in Europa di offrire risposte adeguate all'emergenza COVID-19, sollecitando i legislatori, sia dell'Unione che nazionali,

a. da un lato, ad immediatamente:

- sospendere l'obbligo di avviare procedure di insolvenza basate sul sovraindebitamento;
- far fronte alla crisi di liquidità delle imprese;

tion of productive capacity and therefore of the fiscal base – would be much more damaging to the economy and eventually to government credit". Per di più, sottolinea Draghi, "We must also remember that given the present and probable future levels of interest rates, such an increase in government debt will not add to its servicing costs".

¹³ Così il già citato A. Zuliani, nel corso del webinar *Come salvare l'economia e il diritto nella "FASE 2" dell'emergenza epidemiologica*.

¹⁴ Cfr. Ceril Executive Statement, in <https://www.ceril.eu/news/ceril-statement-2020-1>.

b. dall’altro, a prendere in considerazione misure dirette di finanziamento dell’impresa e di sostegno di imprenditori e lavoratori, anche con interventi di moratoria generalizzata delle azioni esecutive nei confronti delle imprese inadempienti.

Anche in considerazione di tali indicazioni CERIL, gli Stati dell’Unione hanno agito ¹⁵:

- con la concessione di prestiti d’emergenza garantiti dallo Stato;
- sospendendo gli obblighi degli amministratori delle Società in crisi di interrompere la gestione;
- congelando i procedimenti diretti alla dichiarazione di insolvenza delle imprese in crisi per effetto dell’emergenza.

3. Le misure normative sinora predisposte in Italia

In Italia, come noto, fino allo scorso 9 aprile (data di entrata in vigore del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. d.l. liquidità) dal punto di visto normativo non si era fatto praticamente nulla, se non, come detto, rinviare a febbraio 2021 l’entrata in vigore delle procedure di allerta, rinviare le udienze, sospendere il decorso dei termini processuali e poco altro.

Per quanto interessa la presente analisi (cioè gli interventi normativi volti a sostenere le nostre imprese), con tale ultimo provvedimento (nonché con il d.l. cura Italia, come si dirà), poi convertito con modifiche con la l. 5 giugno 2020, n. 4, raccogliendo i pressanti inviti di studiosi e operatori del diritto, sono state, fra altre, prese le seguenti misure.

3.1. Differimento dell’entrata in vigore del nuovo CCII al 1° settembre 2021 (art. 5 d.l. liquidità)

Le principali ragioni da più parti addotte a tale richiesta e sostanzialmente accolte dal d.l. liquidità (cfr. Relazione Illustrativa) sono le seguenti:

a. in primo luogo il CCII non è stato, evidentemente, pensato per operare in situazioni in cui la discontinuità aziendale sembra aver investito tutto il mondo imprenditoriale ed essere quindi comune denominatore dello stesso: come è stato chiaramente evidenziato ¹⁶, la prospettiva adottata dal CCII “*prescinde da una eventuale, possibile condizione di crisi generalizzata che possa riguardare, anche di riflesso, il sistema produttivo nel suo complesso e risulti, come tale, suscettibile di coinvolgere e tutti i settori e tutti gli operatori ...*”.

In tale contesto di crisi generalizzata non solo alcune norme, ma l’intero impianto normativo del CCII, pensato rapportando la crisi dell’operatore economico all’andamento del-

¹⁵ In particolare la Spagna e analogamente la Svizzera (che però, come noto, fa solo parte dei paesi dello spazio Schenghen) hanno svincolato l’applicazione degli interventi attuati dalla prova da parte dell’impresa di un collegamento causale fra l’insolvenza e l’emergenza Covid-19, presupposto invece richiesto dall’ordinamento tedesco.

¹⁶ N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)**, in AA.VV., *Codice della crisi e dell’insolvenza*, Approfondimenti di economia e diritto d’impresa, <https://www.osservatorio-oci.org/>.

lo specifico settore di appartenenza, perde significato in uno “scenario nel quale si rovescia il mondo e, ove ci fossero, le imprese in ordinario funzionamento diventano le eccezioni”¹⁷;

b. inoltre l'entrata in vigore del CCII, del tutto verosimilmente, avrebbe allertato l'intero sistema degli indicatori e degli indici, con effetti dannosi per il sistema.

Invero, diversamente dalla legge fallimentare che non prevede una positiva definizione di crisi (e a sensi della quale, comunque, lo stato di crisi costituisce condizione di accesso a procedure cui il debitore sceglie liberamente di accedere), tale definizione è invece contenuta nel CCII (art. 2, comma 1, lett. a) che ne fa la condizione di accesso alla procedura di allerta (che non è volontaria).

Di fatto quindi, avuto riguardo agli indici elaborati dal CNDCEC, all'entrata in vigore del CCII, sarebbero seguite comunque, nonostante cioè il differimento a febbraio prossimo dell'obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo all'OCCRI, una valanga di segnalazioni da parte degli organi di controllo agli amministratori con il conseguente, probabile avvio dei procedimenti di composizione assistita ex art. 19 CCII avanti l'OCCRI.

Invero il mero differimento degli artt. 14, comma 2 e 15 CCII, seppure necessario, non era sufficiente a mettere in sicurezza le imprese, posto che il sensibile incremento di quelle obbligate a dotarsi dell'organo di controllo a seguito della già avvenuta entrata in vigore delle modifiche all'art. 2477 c.c. (art. 389 CCII), lasciavano presumere che, pur non essendo gli organi di controllo obbligati alla segnalazione all'OCCRI (obbligo, si è detto, differito a febbraio prossimo), gli stessi avrebbero comunque fatto pressione sugli amministratori perché presentassero l'istanza di composizione assistita ex art. 19 CCII e ciò per sottrarsi a possibili responsabilità (vieppiù in una situazione di incertezza quale resta anche quella attuale e stante l'avvenuto differimento anche dell'esenzione di cui all'art. 14 CCII);

c. ed ancora, come segnalato da più parti¹⁸, appariva poco opportuno in una situazione emergenziale pretendere dagli operatori di rispondere alla stessa utilizzando strumenti mai utilizzati in precedenza e mai rodati, in assenza quindi, fra altro, di una giurisprudenza che, per quanto in alcuni casi frammentaria, ha in ordine ad alcune relevantissime problematiche concorsuali ormai trovato degli approdi saldi: circostanza questa che, favorendo una maggiore uniformità di giudizio, contribuisce anche ad un clima di maggior fiducia nella giustizia (mai come in questo momento fortemente intaccata);

d. infine tale differimento permetterà al Legislatore di apportare al CCII le modifiche necessarie per armonizzarne il testo con l'emananda disciplina di attuazione della direttiva 2019/1023/UE (“Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza”) in materia di ristrutturazione preventiva delle imprese (il cui termine di recepimento nei paesi membri scade il 17 luglio 2021).

¹⁷ Cfr. N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)**, cit., *ibidem*.

¹⁸ Cfr. M. Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Il quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020; G. Corno, L. Panzani, *I prevedibili effetti del Coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit., *ibidem*; N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, cit., *ibidem*; I. Pollastro, *Emergenza sanitaria e crisi d'impresa: come contenere il contagio?*, in *www.ilcaso.it*, 2 aprile 2020.

Sul punto va evidenziato che da più parti è stata fortemente criticata la decisione di operare un rinvio “generalizzato” di tutta la normativa, evidenziando come divenga ogni giorno più evidente che la situazione di grave difficoltà purtroppo non riguarderà solo le imprese soggette a fallimento, ma anche le altre, nonché un numero elevatissimo di famiglie.

Talché l’entrata in vigore delle norme del CCII sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (artt. 65-83 CCI) e sulla liquidazione controllata (artt. 268-283 CCI), avrebbero potuto essere utili per affrontare nell’immediato la crisi economica, dando modo di gestire in maniera più efficiente le ragioni dei creditori e quelle dei debitori sovraindebitati anche grazie alla liberazione da debiti non sostenibili, e quindi consentendo ai soggetti più fragili una ripartenza, al contempo evitando di intasare i tribunali di azioni di fatto infruttuose.

3.2. Improcedibilità delle procedure per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza (art. 10 d.l. liquidità)

L’art. 10 (*Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza*) del decreto liquidità ha, con alcune eccezioni, disposto l’improcedibilità di tutti i ricorsi per dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 e lo scorso 30 giugno 2020.

Invero, com’era stato giustamente evidenziato¹⁹, in un contesto di crisi generale perde di significato il controllo giudiziario della gestione della crisi, essendo il sistema giudiziario (comunque di fatto non in grado di assorbire il possibile carico derivante dall’attuale emergenza), deputato a gestire situazioni patologiche, ma in condizioni di normalità del sistema economico.

Era stato quindi accolto l’invito ad attuare tale sospensione per un periodo di tempo sostanzialmente parametrato alla durata dell’emergenza (dichiarato con Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 per sei mesi, quindi sino al 31 luglio 2020 e che, ipotesi di questi giorni, potrebbe essere prorogato (inizialmente si diceva sino a fine anno ora si parla del 30 ottobre).

Il nostro Governo, in linea con le indicazioni CERIL, ma diversamente da quanto, ad esempio, ha fatto la Germania (e da quanto, da più parti, veniva autorevolmente suggerito), ha ritenuto di optare per una previsione di improcedibilità di durata contenuta (e al termine della quale le istanze per la dichiarazione dello stato di insolvenza potessero, come infatti oggi è, essere nuovamente presentate), ma di applicazione generalizzata.

Invero tale improcedibilità è stata estesa a tutte le imprese anche di grandi dimensioni (comprese quelle assoggettate alla disciplina dell’amministrazione straordinaria) e, originariamente, a tutte le tipologie di istanze, anche a quelle presentate dall’imprenditore in proprio²⁰ e senza prevedere la necessità che lo stato di insolvenza fosse riconducibile

¹⁹ Cfr. sul punto, C. Bianco, *Una proposta per la quantificazione dei prestiti agevolati COVID-19*, www.ilcaso.it, 4 aprile 2020.

²⁰ Nella Relazione Illustrativa al d.l. liquidità si leggeva che tale scelta, che da subito era apparsa opinabile, sarebbe stata motivata anche per “dare anche a questi ultimi un lasso temporale in cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere

all'emergenza epidemiologica: unica eccezione era il caso in cui il ricorso fosse presentato dal P.M. e accompagnato dalla richiesta di provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio dell'impresa (e ciò per scongiurare condotte dissipatorie, di rilevanza anche penale, a danno dei creditori).

La legge di conversione ha poi accolto le principali obiezioni a tale applicazione generalizzata della norma, ampliando l'eccezione già prevista in caso di iniziativa del P.M. anche all'ipotesi di cui all'art. 7, n. 1, l. fall.²¹, e introducendo due ulteriori eccezioni: l'ipotesi di ricorso presentato dall'imprenditore in proprio, quando l'insolvenza non sia conseguenza dell'epidemia di Covid-19 (imprese la cui permanenza sul mercato non era evidentemente auspicabile) ed quella dell'istanza di fallimento da chiunque formulata derivante dagli artt. 162, comma 2 (inammissibilità del concordato preventivo), 173, comma 2 e 3 (revoca dell'ammissione al concordato preventivo), e 180, comma 7 (mancata omologazione del concordato preventivo) l. fall. (modifica che ha restituito il diritto di agire, ingiustificatamente confiscato dal d.l., dei creditori nei confronti di quelle imprese il cui stato di insolvenza non dipendeva affatto dal *lockdown*²²).

Tali modifiche introdotte dalla legge di conversione sono state condivisibili, visto che, com'era stato sottolineato²³, da un lato, la scelta originaria di *tout court* ibernare queste situazioni e di non consentire la dichiarazione di fallimento, appariva erronea, dall'altro, l'impossibilità dell'imprenditore di far volontariamente ricorso alla procedura di fallimento (come alle altre procedure concorsuali), lasciava perplessi, non essendo coercibile un obbligo di prosecuzione nell'attività di impresa.

Le ragioni sottese alla norma in commento consistevano nell'evitare il rischio di una dispersione del patrimonio produttivo senza un correlativo beneficio a vantaggio dei creditori (visto che la liquidazione sarebbe avvenuta in una situazione di mercato profondamente alterata), nonché nella volontà di non gravare i Tribunali, già in situazione di emergenza, di un ulteriore carico di lavoro.

Tale soluzione, per quello che può valere ora, cessato il periodo di efficacia della norma in commento, non era comunque sembrata del tutto convincente.

Innanzitutto perché non sembrava opportuno “*ibernare*’ le aziende lasciandole del tutto ferme, senza dichiarazione di fallimento, in attesa che il mercato riparta. Chi non paga, seppur tutelato, farebbe mancare la necessaria liquidità alle altre aziende con il rischio elevato di un default generalizzato”²⁴, per di più considerando la forte improbabilità, che

esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni”.

²¹ Si tratta dell'ipotesi di richiesta presentata dal P.M. quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore.

²² Inoltre avrebbero potuto ingiustamente profittare della situazione anche le (poche) che non hanno mai dovuto fermare la propria attività produttiva e che magari sarebbero state perfettamente in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, ma che semplicemente preferivano non farlo, procrastinando comunque i pagamenti.

²³ Cfr. sul punto, G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, cit., *ibidem*.

²⁴ Cfr. sul punto, G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, www.ilcaso.it, 2 aprile 2020.

L'Autore propone anche “una rivisitazione della norma in questione [art. 5 L.F.], escludendo la dichiarazione di fallimento ove l'inadempimento alle proprie obbligazioni sia stato determinato da causa di forza maggiore

infatti è ora divenuta certezza, che in quattro mesi la situazione di mercato potesse tornare alla normalità.

Sotto il secondo profilo, se è sicuramente condivisibile la volontà di non gravare i Tribunali di ulteriore carico di lavoro che nella situazione attuale (ma, soprattutto, nel prossimo futuro) sarà certamente gravosissima, va evidenziato che la scelta di non lasciare semplicemente sospesi fino al 30 giugno 2020 i ricorsi per la dichiarazione di fallimento depositati, ma di dichiarare la improcedibilità (non potendo fino a tale medesima data essere gli stessi riproposti ovvero presentati nuovi ricorsi), ha comunque comportato il necessario coinvolgimento dei Tribunali.

Tali criticità avrebbero potuto essere in parte arginate con soluzioni più “chirurgiche”, quali, ad esempio:

a. richiedere, ai fini dell’applicazione della sospensione, com’era stato suggerito²⁵, una attestazione predisposta dall’impresa e pubblicata nel Registro Imprese da affidare ad un professionista indipendente munito dei requisiti di cui all’art. 67, comma III, lett. d), l. fall., con un coinvolgimento solo eventuale, quindi, dell’Autorità Giudiziaria.

Solo stante tale attestazione l’eventuale giudizio per dichiarazione di fallimento, sarebbe stato improcedibile, salvo riconoscersi al creditore il potere di provocare l’intervento del Tribunale per il controllo giudiziale circa la “tenuta” di tale causa di improcedibilità, per evitare abusi (e ferma comunque la possibilità del debitore che non si fosse tempestivamente munito di tale attestazione e/o non l’avesse – ancora – pubblicata, di paralizzare in sede prefallimentare l’iniziativa del creditore, ricorrendone i presupposti);

ovvero

b. consentire alle imprese in crisi nel periodo Covid-19 con intenzione di proseguire nell’attività di impresa di dichiarare esse stesse tale loro stato di crisi in via amministrativa, con un’autodichiarazione da pubblicarsi sempre presso il Registro Imprese (senza necessità quindi di ricorrere all’autorità giudiziaria e di munirsi di attestazione da parte di professionista indipendente), magari consentendo loro di destinare la liquidità al finanziamento della continuità aziendale, preferendola, per ragioni legate alla tenuta del sistema produttivo, rispetto all’adempimento degli obblighi dell’impresa verso i creditori aventi titolo e causa precedente al periodo Covid-19²⁶;

ovvero ancora

c. semplicemente prevedere la fissazione della prima udienza dei procedimenti prefallimentari oltre il 30 giugno²⁷, evitando un inutile aggravio di spesa per i creditori (obbliga-

ovvero comunque da elementi che, in quanto straordinari e imprevedibili, determinano una oggettiva incapacità di provvedere”: “occorrerebbe che i tribunali avessero questo coraggio e utilizzassero il concetto di forza maggiore, che una giurisprudenza assai risalente (Cass. 21 novembre 1986 n. 6856) considera come esimente dell’insolvenza, qualora sia dimostrato il nesso causale tra il *factum principis* e lo stato di insolvenza, che nel caso dei giorni del coronavirus sarebbe *in re ipsa*”.

Tale soluzione, indubbiamente interessante, comporterebbe peraltro pur sempre il coinvolgimento dei Tribunali, con un conseguente aggravio di carico di lavoro per gli stessi, che appare, nella presente situazione, insostenibile.

²⁵ Cfr. sul punto, R. Della Santina, *Le discipline dell’insolvenza e della crisi d’impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessione*, www.ilcaso.it, 1° aprile 2020.

²⁶ Così C. Bianco, *Una proposta per la quantificazione dei prestiti agevolati covid-19*, cit., *ibidem*.

²⁷ Così G. Limitone, *Breve commento all’art. 11 Decreto Liquidità [al momento ancora in bozza]*, www.ilcaso.it, 8 aprile 2020.

ti a ripresentare l'istanza) e di lavoro per i tribunali (obbligati comunque ad intervenire con l'emissione del decreto che dichiara l'improcedibilità).

Il d.l. liquidità, sempre che alla dichiarazione di improcedibilità faccia poi seguito, entro il 30 settembre 2020, la dichiarazione di fallimento, ha previsto la sterilizzazione di tale periodo di blocco esclusivamente ai fini:

- del calcolo del termine di decadenza di cui all'art. 69-*bis* l. fall. per la proposizione delle azioni revocatorie (art. 10, comma 2);
- del conteggio del termine annuale *ex* art. 10 l. fall. entro il quale l'impresa cancellata dal Registro delle Imprese può essere ancora dichiarata fallita se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla cancellazione o entro l'anno successivo (art. 10, comma 3).

La legge di conversione, raccogliendo alcune delle critiche sul punto²⁸, ha modificato, integrandola, tale previsione, stabilendo la sterilizzazione del periodo di blocco, oltre che ai fini suddetti, anche a quelli di cui agli artt. 64 (inefficacia degli atti a titolo gratuito), 65 (inefficacia dei pagamenti di crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente), 67, comma 1 e 2 (revocatoria degli atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie) e 147 (fallimento dei soci di una s.r.l.) l. fall.

Peccato però che tale *consecutio* operi solo a condizione che, come anticipato, alla dichiarazione di improcedibilità consegua la sentenza di fallimento, costringendo i creditori che non vogliano pregiudicare le azioni previste dalle norme indicate ad agire in giudizio perché tale improcedibilità venga dichiarata e poi presentare nuovamente istanza per la dichiarazione di fallimento entro il 30 settembre p.v.²⁹: così di fatto intasando i tribunali fallimentari.

Non è invece stata prevista la sterilizzazione del periodo di sospensione ai fini del consolidamento dell'ipoteca, con conseguente possibile inattaccabilità della stessa: ciò che, evidentemente, mal si concilia con il dichiarato fine di evitare che tale blocco venga a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum, certamente incise da tale omissione.

3.3. Sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale sotto il minimo e di valutazione del *going concern* (artt. 6 e 7 d.l. liquidità)

La contemporanea assunzione di tali provvedimenti, unitamente a quello di "sospensione" delle procedure fallimentari, era stata sin da subito unanimemente ritenuta imprescindibile per non vanificare gli effetti di tale provvedimento, atteso che, come rilevato

²⁸ Come, ad esempio, chiarito nello scritto G. Limitone, *Breve commento all'art. 11 Decreto Liquidità [al momento ancora in bozza]*, cit.: "se un imprenditore ha fatto pagamenti milionari, o ha posto in essere atti strutturali importanti tra dicembre e gennaio, il fallimento dichiarato a maggio consentirebbe di andare a revocare sia gli atti che i pagamenti, un fallimento dichiarato a settembre, invece, no".

²⁹ Ciò che ha spinto alcuni commentatori (cfr. M. Irrera, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci, www.ilcaso.it, 3 giugno 2020)* ad immediatamente sottolineare che "Una norma, quella del terzo comma dell'art. 10, che così come modificata sarà – in concreto – inapplicabile, con buona pace di tutti".

anche nella Relazione Illustrativa al d.l., in difetto, sarebbero state le stesse Società a dover comunque procedere alla liquidazione.

Il d.l. liquidità ha accolto tale invito con le disposizioni di cui agli artt. 6 e 7³⁰.

▪ Art. 6 (*Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale*)

È stata prevista, a decorrere dal 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore del decreto) e fino al 31 dicembre 2020:

– la sospensione degli obblighi per le società di ricostituire il capitale sociale ovvero di liquidare la propria attività, con la disapplicazione delle norme di cui agli artt. 2446, comma II e III, 2447, 2482-*bis*, comma IV, V e VI, e 2482-*ter* c.c.;

– la inoperatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* c.c.

L’assoluta imprescindibilità di tale intervento in un’ottica di salvaguardia del sistema imprenditoriale era peraltro testimoniata dai risultati di uno studio pubblicato sul Sole24ore che aveva evidenziato come oltre il 22% delle nostre società di capitali subirà perdite tali da azzerare il capitale sociale³¹.

Sul punto si segnala che la norma in esame (che non ha subito modifiche in sede di conversione) non sembra del tutto in linea con l’art. 19 della direttiva 2012/30/CEE, secondo cui nel caso di perdita grave del capitale sottoscritto, “*l’assemblea deve essere convocata nel termine previsto dalla legislazione degli Stati membri, per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti*”.

Per tale ragione, a mio avviso correttamente, sarebbe stato preferibile³² rinviare “*l’obbligo di adottare gli opportuni provvedimenti al termine all’esercizio successivo a quello in cui si è riscontrata l’erosione del capitale per perdite (dunque, al 31.12.2021, ove si verificassero nel corso del 2020)*”, soluzione (già sperimentata in tema di start-up innovative), che comunque avrebbe garantito “*una tempestiva informazione ai soci in ordine alle perdite*”: suggerimento, come detto, purtroppo non raccolto in sede di conversione.

▪ Art. 7 (*Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio*)

È previsto che, nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci possa essere effettuata nella prospettiva della continuazione dell’attività di cui all’art. 2423-*bis*, comma I, n. 1, c.c. qualora la stessa fosse sussistente nell’ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020 (fatta salva la proroga di sessanta giorni per l’adozione dei rendiconti o dei bilanci d’esercizio relativi all’esercizio 2019 di cui all’art. 106 del d.l. cura Italia).

In ogni caso il criterio di valutazione utilizzato dall’impresa dovrà essere specificamente illustrato nella nota informativa, anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente.

³⁰ Cfr. sul punto, molto chiaramente, I. Pollastro, *Emergenza sanitaria e crisi d’impresa: come contenere il contagio?*, cit., *ibidem*.

³¹ Lo studio è di Scouting Capital Advisor.

³² Così N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)**, cit., *ibidem*.

Viene in buona sostanza sospeso il principio di “*valutazione delle voci*” di bilancio nella “*prospettiva della continuazione dell’attività*”, il c.d. *going concern* (principio richiamato non solo dall’art. 2423-bis, comma I, di cui alla norma in commento, ma anche dall’art. 2428 c.c. in sede di stesura della relazione sulla gestione), fermi restando gli obblighi informativi degli amministratori verso l’assemblea (peraltro imposti per le S.p.A. dall’art. 58 della direttiva n. 1132/2017), non essendo stati richiamati (e sospeso quindi il relativo dovere degli amministratori), l’art. 2446, comma I, c.c. e l’art. 2482-bis, comma I, II e III, c.c.: talché gli amministratori, al verificarsi delle perdite, saranno tenuti a convocare senza indugio l’assemblea dei soci.

Come correttamente sintetizzato “*Nello scenario odierno alla perdita temporanea di reddito si associa l’impossibilità di effettuare previsioni di cassa. La continuità viene resa, pertanto, singolarmente retrospettiva, atteggiandosi a profilo da rintracciare all’interno di bilanci già chiusi e redatti in data antecedente al 23 febbraio 2020, ossia di documenti anteriori all’irruzione del Coronavirus*”³³.

La sospensione del principio del *going concern* è certamente condivisibile, essendo evidente che, trattandosi di valutazione prospettica in ordine alla capacità dell’impresa di continuare la propria esistenza operativa per un periodo di almeno dodici mesi, la stessa, si ripete, risultava, come risulta, preclusa in un quadro di assoluta incertezza ed eccezionale emergenza quale quello attuale³⁴.

Anche in questo caso, come confermato dalla Relazione Illustrativa al d.l. liquidità, lo scopo era quello, condivisibile ed essenziale, di evitare che gli amministratori di moltissime imprese “*anche performanti*”, ma in contingente difficoltà in conseguenza dell’emergenza, si trovassero nell’alternativa tra l’immediata messa in liquidazione ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa (art. 2486 c.c.).

Correttamente tale disposizione, oltre che di durata limitata (ma auspicatamente sufficiente a traghettare l’impresa oltre il momento emergenziale) è stata anche opportunamente circoscritta alle sole imprese che al momento del *lockdown* erano in salute, e quindi avevano un capitale sociale non inferiore al minimo previsto, non essendosi verificata alcuna causa di scioglimento, e relativamente alle quali sussisteva quindi il presupposto della continuità aziendale.

Infatti, come si legge nella Relazione Illustrativa al d.l. liquidità, lo scopo della norma era per l’appunto quello di “*neutralizzare gli effetti devianti dell’attuale crisi economica conservando ai bilanci una concreta e corretta valenza informativa anche nei confronti dei terzi, consentendo alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020, ed escludendo, quindi, le imprese che, indipendentemente dalla crisi COVID-19, si trovavano autonomamente in stato di perdita di continuità*”.

Con le norme in commento (artt. 6 e 7), quindi, si è deciso di non disporre (come hanno invece fatto altri Stati europei) la sospensione degli obblighi degli amministratori della

³³ Cfr. Relazione tecnica della Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020, n. 56, avente ad oggetto “Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”, p. 13, in <https://news.ilcaso.it/libreriaFile/0b318-relazione-8-luglio-2020-n.-56-cassazione.pdf>.

³⁴ Peraltro, dato l’eccezionale momento storico, sarebbe comunque raccomandabile che agli operatori venissero date delle indicazioni circa i criteri per la redazione dei bilanci e per l’appostazione delle singole voci.

società in crisi di interrompere la gestione, prevedendo solo, come detto, la temporanea sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e la disapplicazione delle cause di scioglimento per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo, sollevando pertanto gli amministratori dagli obblighi correlati su di essi altrimenti incombenti, e quindi dalla responsabilità per gestione non conservativa *ex art.* 2486 c.c.

Tale regolamentazione, che ha lasciato completamente deregolamentata l'attuale fase *post-lockdown* (non essendo in alcun modo disciplinato il comportamento richiesto agli amministratori delle società colpite dalla crisi causata dal blocco), appare comunque insufficiente in uno scenario in cui:

- permane, *ex art.* 2086, comma II, c.c. (nuova formulazione in vigore dal 16 marzo 2019), in capo agli amministratori l'obbligo di predisporre gli assetti adeguati e di attivazione per la tempestiva adozione degli strumenti per far fronte ai segnali di crisi³⁵, obblighi di cui nel presente scenario emergenziale sarebbe forse stata preferibile quantomeno una attenuazione.

Peraltro, una volta venuta meno l'efficacia della disposizione temporanea in oggetto, le imprese si troveranno nella difficilissima situazione di dover *“valutare in termini ordinari la loro consistenza patrimoniale e le loro attuali (a quel tempo) prospettive economiche. Sarà indispensabile che l'impresa abbia mantenuto oppure riacquisito un equilibrio economico-finanziario e una consistenza patrimoniale tali da consentirle effettivamente la prosecuzione della propria attività”*³⁶: ciò che appare difficilmente prospettabile per consistente numero di imprese;

- per le imprese si pone, oltre che un grave problema di capitalizzazione a medio termine, anche e sin da subito un problema di liquidità a brevissimo termine: talché, nonostante le misure anche da ultimo assunte, la richiesta di accesso al credito bancario, che sarà vitale per gran parte delle PMI, inevitabilmente esporrà gli amministratori nel presente scenario normativo a elevati rischi gestori. Ciò che potrebbe suggerir loro una gestione “difensiva” dell'impresa, attuando, pur fra le scelte possibili e comunque adeguate, quella più cautelativa per essi amministratori, piuttosto che quella più opportuna per il salvataggio dell'impresa in una situazione di assoluta eccezionalità storica.

Il tutto in un contesto in cui non è stata nemmeno prevista, per quanto concerne il danno addebitabile all'amministratore, la sterilizzazione della perdita accumulata nel periodo emergenziale, che, pertanto, in caso di contenzioso, potrebbe essergli addossata, con l'aggravante che, in caso di accertata responsabilità, il danno sarà quantificato a mezzo della presunzione (semplice) di cui all'art. 2486, comma III, c.c. (nuova formulazione), e quindi del c.d. criterio dei netti patrimoniali (e, in caso di mancanza/irregolarità scritture contabili, a mezzo della presunzione assoluta della differenza fra attivo e passivo).

³⁵ Invero tali obblighi in tutte le società, di persone o di capitali, sono di esclusiva competenza degli amministratori: in questo senso è il decreto correttivo, approvato dal Consiglio dei ministri in data 13 febbraio 2020, che ha invero così precisato il testo degli artt. 2257, 2380-*bis* e 2475 c.c., per l'appunto prevedendo che “l'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori”.

³⁶ Cfr. già citata Relazione tecnica della Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020, n. 56, avente ad oggetto “Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”, p. 13, *ibidem*.

3.4. Disapplicazione delle norme in tema di postergazione dei finanziamenti (art. 8 d.l. liquidità)

È stata disposta la temporanea disapplicazione (sino al 31 dicembre 2020) delle norme in tema di postergazione dei finanziamenti effettuati in favore della Società, dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento (artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.).

Tale disposizione è condivisibile, stante l'evidente scopo di incentivare i canali alternativi per la possibile sostenibilità finanziaria dell'impresa, in un momento storico (che si spera possa essere concluso o comunque di grandemente ridotta difficoltà al 31 dicembre 2020, ciò che peraltro appare sempre meno verosimile) in cui la *ratio* di tali norme, come noto intese a sanzionare indirettamente i fenomeni di c.d. sottocapitalizzazione nominale³⁷, disincentiverebbe i soci (o chi esercita attività di direzione e coordinamento) a finanziare l'impresa in un frangente in cui invece più che mai necessitano (anche) tali flussi finanziari.

3.5. Disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione (art. 9 d.l. liquidità) e di sovraindebitamento

Ratio originaria dell'art. 9 del d.l. liquidità era evitare che l'eventuale aggravamento della situazione di crisi dovuta all'emergenza sanitaria dell'impresa già soggetta a procedura di concordato preventivo o ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l. fall., potesse pregiudicare il buon esito del risanamento, portando al fallimento dell'impresa stessa.

La legge di conversione, pur conservando tale *ratio*, ha peraltro significativamente inciso la norma in commento, in primo luogo (per ovviare alle critiche levate avverso l'esclusione dal perimetro della norma della disciplina del sovraindebitamento), prevedendo che la proroga di sei mesi dei termini di adempimento si applichi non solo ai concordati preventivi ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche agli accordi di composizione della crisi e ai piani del consumatore omologati e aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020.

Per la verità la giurisprudenza³⁸ era comunque giunta di fatto ad ovviare a tale omis-

³⁷ Il riferimento è a quelle situazione in cui Società che hanno i mezzi per l'esercizio dell'impresa li imputano solo in minima parte a capitale, risultando gli stessi per lo più concessi sotto forma di finanziamento.

³⁸ Cfr. Tribunale di Napoli, decreto di omologazione 3 aprile 2020, dott. Nicola Graziano, secondo cui: "Sussistono i presupposti di legge della sospensione della decorrenza del piano del consumatore, con istanza formulata nelle more della omologazione, dovendosi ritenere accoglibile l'istanza motivata sull'impossibilità sopravvenuta dell'esatto adempimento nei termini proposti (situazione collegata a messa in cassa integrazione del consumatore proponente il piano per effetto della normativa contenuta nel c.d. decreto "Cura Italia")", in <http://sovraindebitamento.ilcaso.it/sentenze/ultime/23464/sovraindebitamento>.

Secondo tale condivisibile orientamento, superato dalla attuale formulazione della norma, la disposizione di cui all'art. 91 del d.l. cura Italia dovrebbe quindi essere ritenuta di carattere generale e applicabile a tutte le prestazioni divenute totalmente o parzialmente impossibili, potendo essere riferibile a qualsiasi rapporto (e quindi anche alla procedura di sovraindebitamento), per sollevare da colpa chi per un evento impreveduto ed imprevedibile ha subito una modifica sostanziale nella sfera privata o nell'esercizio dell'impresa che non gli consente più l'esecuzione o la prosecuzione dei rapporti giuridici di cui è parte.

Per quanto concerne in particolare il sovraindebitamento, secondo la giurisprudenza citata, dal momento che al giudice è riservata la verifica sulla meritevolezza del piano del consumatore sia nella fase genetica sia nella fase funzionale, nonché il controllo della fattibilità, così come attestata dall'OCC, ad esso giudice potrà

sione facendo applicazione del combinato disposto dell'art. 91 d.l. cura Italia e degli artt. 1218 e 1223 c.c. e ritenendo quindi l'art. 91 applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale o procedimentale instaurato prima delle disposizioni di contenimento o durante la loro vigenza e quindi anche alla procedura di sovraindebitamento.

La disposizione in esame, sin dalla sua formulazione nel d.l. liquidità, ha poi previsto per i concordati preventivi e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti:

- non ancora omologati alla data del 23 febbraio, la possibilità per il debitore di richiedere un termine di 90 giorni per la presentazione di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato o di un nuovo accordo di ristrutturazione, che tenga conto dei fattori economici sopravvenuti per effetto della crisi sanitaria. Al fine di evitare l'applicazione di tale disposizione a procedure il cui insuccesso non dipende dalla crisi Covid-19, tale termine non è prorogabile e non può essere concesso nel concordato preventivo quando all'esito della votazione non siano state raggiunte le maggioranze per l'approvazione;

- in cui il debitore intenda modificare soltanto i termini di adempimento originariamente previsti, la possibilità presentare al Tribunale, sino all'udienza fissata per l'omologazione, una memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini (la cui proroga non può essere superiore a sei mesi) e la documentazione comprovante la necessità della proroga. Acquisito il parere del commissario giudiziale, il tribunale, se sussistono i requisiti richiesti, omologa il piano dando espressamente atto delle nuove scadenze;

- in fase, rispettivamente, di concordato in bianco (comma 4) o di preaccordo di ristrutturazione dei debiti (comma 5), quando i termini per il deposito della proposta e del piano siano già stati prorogati, la possibilità per il debitore di presentare istanza per un'ulteriore proroga di 90 giorni.

Tale istanza:

- dev'essere presentata prima della scadenza della proroga dei termini ordinari;
- è ammessa anche se risulta già pendente un ricorso per la dichiarazione di fallimento;
- deve indicare gli elementi che ne rendono necessaria la concessione con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

Il Tribunale:

- nel concordato in bianco, acquisito il parere del commissario giudiziale se nominato, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basi su concreti e giustificati motivi;

- nei procedimenti di preaccordo, provvede in camera di consiglio e concede la proroga quando, oltre ai concreti e giustificati motivi per la proroga, ritiene sussistenti i presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti.

Le norme citate (commi 4 e 5 dell'art. 9), consentono quindi, a certe condizioni, una proroga di ulteriori 90 giorni: norme che vanno lette in combinato con l'art. 36, che ha previsto una sospensione generalizzata sino allo scorso 11 maggio 2020 dei termini processuali, tra cui pacificamente rientra, come risulta da tutte le decisioni assunte sul punto

anche essere riservata la valutazione degli eventi sopravvenuti che impongano una modifica degli accordi o della proposta unilaterale del sovraindebitato.

dai diversi Uffici giudiziari, anche quello relativo al deposito del piano di concordato o all'accordo di ristrutturazione³⁹.

Va da sé quindi che, sulla base del combinato disposto delle predette disposizioni del d.l. liquidità (artt. 9 e 36) sembrerebbe che il debitore potesse disporre di circa ulteriori 150 giorni per il deposito⁴⁰.

Ad ogni modo, è evidente che la possibilità, in caso di proposizione di domanda di concordato con riserva o di omologazione degli accordi di ristrutturazione con riserva, di posticipare la presentazione del piano rappresenta al più uno strumento tampone, ma di certo non è la soluzione, *“perché allo scadere della proroga il piano dovrà essere presentato ed è improbabile che nel breve lasso di tempo di tre mesi le difficoltà che la redazione del piano oggi presenta possano essere superate”*⁴¹.

Difficoltà che, stante l'impossibilità di prevedere gli scenari futuri, fanno sì che all'imprenditore sia precluso non soltanto fare previsioni accurate, ma anche solo ragionevoli e di redigere dunque un piano strategico, non sapendo affatto cosa capiterà nel futuro a lui e (tantomeno) ai suoi partner commerciali.

³⁹ Così Tribunale di Forlì, decreto 10 marzo 2020, in <http://www.fallimentiesocieta.it/node/2018>; Tribunale di Novara, decreto 10 marzo 2020; Tribunale di Bergamo, ordine di servizio dell'11 marzo 2020, in https://www.tribunale.bergamo.it/doc/ordinediservizio11marzo2020_2.pdf; Tribunale di Padova, decreto 12/13 marzo 2020, in <https://news.ilcaso.it/libreriaFile/94852-sospensione-concordato-con-riserva.pdf>; Tribunale di Milano, 19 marzo 2020, in <http://crisieinsolvenza.ilcaso.it/sentenze/ultime/23443/crisieinsolvenza>.

⁴⁰ In assenza di normativa specifica in materia concorsuale e nella vigenza del solo d.l. 8 marzo 2020, n. 11, i tribunali avevano affrontato tali problematiche sostanzialmente prevenendo (in difetto di specifiche ragioni d'urgenza) la sospensione dei termini relativamente:

- al deposito del piano, della proposta e dell'ulteriore documentazione obbligatoria richiesta dalla legge nei procedimenti di concordato preventivo in cui pendeva il termine ex art. 161, comma VI, l. fall. (così Tribunale di Forlì, decreto 10 marzo 2020, *ibidem*; Trib. Novara, decreto 10 marzo 2020; Trib. Bergamo, ordine di servizio dell'11 marzo 2020, *ibidem*; Trib. Padova, decreto 12/13 marzo 2020, *ibidem*; Trib. Milano, 19 marzo 2020, cit., *ibidem*), per le modifiche delle domande di concordato, per il deposito delle relazioni ex art. 172 l. fall. e per le adesioni alle proposte di concordato (così Trib. Bergamo, ordine di servizio dell'11 marzo 2020, cit., che fa peraltro salvo e fermo l'adempimento degli obblighi informativi. In senso contrario, cfr. Trib. Milano, 19 marzo 2020, cit.);

- al deposito della proposta di concordato concorrente (Trib. Roma, 2 aprile 2020, in <http://crisieinsolvenza.ilcaso.it/sentenze/ultime/23485/crisieinsolvenza>;

- al deposito delle domande di insinuazione al passivo, per le impugnazioni ex art. 99 l. fall., nonché per il deposito degli accordi di ristrutturazione dei debiti (così Trib. Novara, decreto 10 marzo 2020, cit.);

Alcuni Tribunali (Così Trib. Milano, circolare interna 10 marzo 2020), senza prendere posizione in ordine alla sospensione dei termini in materia concorsuale, avevano genericamente segnalato che avrebbero potuto rientrare nell'eccezione disposta dall'art. 2, comma II, lett. g) del d.l. n. 11/2020 le istruttorie prefallimentari e le conseguenti dichiarazioni di fallimento, qualora il ritardo nella trattazione avesse comportato un grave pregiudizio alle parti, nonché la trattazione dei concordati preventivi con riserva e le udienze relative all'inammissibilità del concordato preventivo, la revoca dell'ammissione, l'udienza per la mancata approvazione, nonché quelle relative al giudizio di omologazione.

Altri Tribunali (così Trib. Busto Arsizio, decreto 11 marzo 2020) si erano invece positivamente espressi circa l'inapplicabilità della sospensione dei termini in caso di deposito di domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva con contestuale pendenza di una procedura prefallimentare, ciò che invero avrebbe automaticamente, quindi indipendentemente dalle circostanze del caso specifico, concretato l'eccezione di cui all'art. 2, comma II, lett. g), potendo “la ritardata trattazione ... produrre grave pregiudizio alle parti”.

⁴¹ Così L. Panzani, *Il mondo alla rovescia ovvero il passaggio dal concordato o accordo di ristrutturazione con riserva al piano attestato: l'originale “invenzione” del legislatore*, in www.dirittobancario.it, 12 giugno 2020.

Di qui la genesi della seconda “novità” apportata alla norma in commento dalla legge di conversione, con i commi 5-*bis* e 5-*ter*, verosimilmente introdotti proprio nel tentativo di dare risposta all’esigenza avvertita dall’imprenditore di disporre di uno strumento che gli consentisse di conservare la gestione d’impresa, al contempo ponendolo al riparo da eventuali azioni esecutive e cautelari, senza peraltro obbligarlo alla (impossibile) redazione (ed ancora più impossibile attestazione) di un piano: purtroppo, com’è stato efficacemente osservato, “*i rimedi sono peggiori del male o inefficaci*”⁴².

Il comma 5-*bis*, ha invero previsto che l’imprenditore sino al 31 dicembre 2021 possa rinunciare alla procedura di concordato con riserva o di accordo di ristrutturazione con riserva dichiarando di aver nel frattempo predisposto un piano attestato e di averlo iscritto al registro delle imprese, mentre il comma 5-*ter* ha disposto l’inapplicabilità sino al 31 dicembre 2020 della previsione di cui all’art. 160, comma 10, l. fall. (secondo cui qualora penda il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine per il deposito del concordato non può essere superiore a sessanta giorni, prorogabili di altri sessanta), potendo quindi il debitore – nonostante la pendenza di un’istanza di fallimento – giovarsi per il deposito del concordato di un termine fino a centoventi giorni, prorogabile di ulteriori sessanta.

Risulta evidente che la contropartita della misure protettive – possibile stante l’avvio del procedimento con lo strumento del concordato con riserva o dell’accordo di ristrutturazione con riserva – è rappresentata dalle pesanti restrizioni nello svolgimento dell’attività d’impresa e dal divieto di pagare debiti anteriori di cui all’art. 161, comma 7, l. fall., che tali strumenti comportano: ciò che induce a dubitare fortemente della concreta utilità di tale novità legislativa, che per di più potrebbe essere utilizzata con finalità abusive⁴³.

Inoltre, dato che con la chiusura della procedura di concordato o di omologa dell’accordo di ristrutturazione i creditori riacquistano la possibilità di agire esecutivamente ed in via cautelare ed anche di proporre istanza di fallimento⁴⁴, va da sé che lo strumento pensato dal legislatore dell’emergenza potrà essere utile solo a condizione che l’imprenditore sia effettivamente in grado di individuare una soluzione alla crisi e di trasfondere tale soluzione in un piano concretamente attuabile.

Ciò che, si è detto, è impossibile in una situazione quale quella attuale di assoluta incertezza e che pertanto rende evidente l’inutilità pratica della soluzione offerta dal legislatore dell’emergenza e dello strumento correlativamente messo a disposizione dell’imprenditore, atteso che – qualora la soluzione stragiudiziale proposta non sia tranquillante per il ceto creditorio ed il piano predisposto non sia quindi “*ragionevole e credibile*” ed in grado

⁴² Così M. Irrera, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)*, in www.ilcaso.it, 3 giugno 2020.

⁴³ La severità con cui la giurisprudenza è ormai unanimemente solita reprimere gli abusi dello strumento concordatario (cfr. la recentissima Cass. 12 marzo 2020, n. 7117, www.ilcaso.it, 2 giugno 2020) dovrà pertanto ora confrontarsi con un istituto le cui finalità sono evidentemente state snaturate: si pensi al contenuto delle relazioni periodiche, in cui il debitore potrà omettere di esplicitare l’attività svolta ai fini della predisposizione della domanda, potendo sostenere eventualmente sostenere (peraltro documentandola), la pendenza di trattative con i creditori per la predisposizione di un accordo di risanamento.

⁴⁴ Sempre che la stessa non sia già pendente: nel quale caso, ovviamente, il debitore non rischierà certo il passaggio al piano di risanamento e lo strumento di cui al comma 5-*bis*, rimarrà pertanto inapplicato.

di effettivamente porre rimedio alla situazione di crisi – nulla potrà impedire ai creditori di proporre istanza per la dichiarazione di fallimento⁴⁵.

Per di più con tali norme in materia di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione (art. 9 d.l. liquidità), pur con i correttivi introdotti dalla legge di conversione, il legislatore dell'emergenza non sembra aver colto l'ampiezza e la profondità della crisi attuale, che invero, verosimilmente già dal prossimo autunno, riguarderà un numero relevantissimo di imprese, con la conseguente implosione degli uffici giudiziari privi delle necessarie risorse e non in grado di sostenere il relativo carico di lavoro. Purtroppo, non si tratterà di particolari e circoscritte situazioni di crisi, ma di una situazione di crisi generalizzata, alla cui risoluzione quindi la giurisdizione non è certo preposta (o comunque non dovrebbe esserlo, per supplire ad altre deficienze istituzionali).

Si ripete, *“ci vogliono norme nuove per disciplinare situazioni che sono completamente nuove”*⁴⁶: si pensi solo alla consustanziale inidoneità dello strumento del concordato preventivo – il cui stesso DNA presuppone la disponibilità in capo all'imprenditore di una serie di elementi informativi oggi invece del tutto ignoti – ad essere utilizzato per affrontare le attuali problematiche.

Il legislatore, per il momento, ha preferito occuparsi dei sintomi piuttosto che della malattia, così permettendo (o quantomeno non impedendo) che il contagio possa diffondersi anche alle poche imprese ancora immuni dalla crisi: forse, anche in questo caso, proposte delle quali si è già dato conto⁴⁷, si sarebbe potuto immaginare di *“seguire un percorso amministrativo e non giudiziario con il riconoscimento legale dello stato di difficoltà finanziaria”*⁴⁸, peraltro assicurando, qualunque fosse la soluzione adottata, che la stessa, da un lato, prevedesse un ombrello protettivo per l'impresa dalle azioni esecutive e cautelari, dall'altro limitasse i controlli sull'attività d'impresa, anche per evitare una insostenibile lievitazione dei costi di procedura⁴⁹.

3.6. Disciplina dei contratti pendenti e delle azioni ordinarie ed esecutive (artt. 56, 83 e 91 d.l. cura Italia e artt. 11 e 36 d.l. liquidità)

Il d.l. cura Italia, convertito con modifiche con l. n. 27/2020, si è limitato, a grandi linee, a prevedere:

– all'art. 56, l'irrevocabilità anche parziale fino al 30 settembre 2020 delle linee di credito a breve, la proroga del termine di rimborso dei finanziamenti non rateali aventi sca-

⁴⁵ “Anche se la procedura davanti al tribunale si chiude, il piano dovrà essere redatto, iscritto a registro imprese e soprattutto attuato” (così già citato L. Panzani, *Il mondo alla rovescia ovvero il passaggio dal concordato o accordo di ristrutturazione con riserva al piano attestato: l'originale “invenzione” del legislatore*, ibidem).

⁴⁶ Così il già citato A. Zulian, nel corso del webinar *Come salvare l'economia e il diritto nella “FASE 2” dell'emergenza epidemiologica*.

⁴⁷ Cfr. cit. C. Bianco, *Una proposta per la quantificazione dei prestiti agevolati covid-19*, ibidem.

⁴⁸ Così I. Pollastro, *In attesa dell'attuazione del decreto legge 8 aprile 2020 n. 23, altre riflessioni sulla qualificazione e quantificazione della misura dei prestiti Covid 19*, in www.ilcaso.it, 10 aprile 2020.

⁴⁹ Sul punto, molto chiaramente, cfr. già citato L. Panzani, *Il mondo alla rovescia ovvero il passaggio dal concordato o accordo di ristrutturazione con riserva al piano attestato: l'originale “invenzione” del legislatore*, ibidem.

denza anteriore a tale data e la sospensione per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale del pagamento delle rate/canoni in scadenza sino al 30 settembre 2020⁵⁰;

– all’art. 83, il rinvio d’ufficio dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 delle udienze dei procedimenti civili e penali a data successiva al 15 aprile 2020 e per la stessa durata, la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali e quindi anche dei termini per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali;

– all’art. 91, in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento, che il rispetto delle misure di contenimento “*è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

Il successivo d.l. liquidità, convertito con modifiche con l. n. 40/2020, in buona sostanza:

– non ha inciso sull’art. 56;

– all’art. 36, ha prorogato sino all’11 maggio 2020 il termine di cui all’art. 83 d.l. cura Italia relativo al rinvio d’ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali ed alla sospensione del decorso dei termini;

– non ha inciso sull’art. 91, nulla aggiungendo sul punto;

– ha introdotto l’art. 11 (*Sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito*),

• sospendendo su tutto il territorio nazionale i termini di scadenza, ricadenti o che iniziavano a decorrere nel periodo compreso tra il 9 marzo 2020 e il 31 agosto 2020, relativi a vaglia cambiari, a cambiali e ad ogni altro titolo di credito o atto avente forza esecutiva;

• chiarendo il campo di applicazione della sospensione, con specifico riferimento agli assegni bancari e postali⁵¹;

• sospendendo la trasmissione alle CCIAA da parte dei pubblici ufficiali dei protesti levati dal 9 marzo 2020 fino al 31 agosto 2020;

– ha introdotto l’art. 37-bis (*Sospensione temporanea delle segnalazioni a sofferenza alla Centrale dei rischi e ai sistemi di informazioni creditizie*),

⁵⁰ Nel dettaglio l’art. 56 del d.l. Cura Italia ha disposto:

a) la impossibilità di revocare, anche parzialmente, fino al 30 settembre 2020 gli importi accordati (sia se utilizzati sia no) per le aperture di credito a revoca e per i prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti esistenti alla data del 29 febbraio 2020;

b) la proroga fino al 30 settembre 2020 alle medesime condizioni dei contratti per i prestiti non rateali in scadenza contrattuale prima del 30 settembre 2020;

c) la sospensione sino al 30 settembre 2020 del pagamento delle rate o dei canoni di leasing in scadenza prima del 30 settembre 2020 per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale.

⁵¹ Come evidenziato, pur essendo stato sospeso, a favore del beneficiario, il termine di presentazione al pagamento dell’assegno bancario e postale, il beneficiario che desidera e sia in grado di farlo potrà comunque presentare il titolo al pagamento anche in pendenza della sospensione, continuando tale titolo ad essere pagabile dal trattario nel giorno di presentazione qualora vi siano i fondi disponibili sul conto del traente; tuttavia, nell’ipotesi di difetto di provvista, varrà anche per il traente la sospensione della presentazione con conseguente temporanea inapplicabilità del protesto e della disciplina sanzionatoria dell’assegno.

- sospendendo, a decorrere dalla data dalla quale tali misure sono state concesse fino al 30 settembre 2020, le segnalazioni a sofferenza effettuate dagli intermediari alla Centrale rischi di Banca d'Italia, ovvero ai sistemi di informazione creditizia.

A usufruire della sospensione della segnalazione alla Centrale dei rischi sono le piccole e piccolissime imprese in difficoltà che hanno i requisiti per accedere al congelamento temporaneo dei pagamenti di prestiti introdotto dal Governo con il decreto Cura Italia (n. 18/2020) per sostenere l'emergenza sanitaria e la crisi economica legata al lungo *lock-down*. Banca d'Italia con le risposte alle Faq ha chiarito che dovrà trattarsi di soggetti "*in bonis*", ovvero che non avevano segnalazioni alla centrale rischi antecedenti alla data della richiesta di aiuto.

Di fatto sia l'art. 83 Decreto cura Italia, sia l'art. 36 Decreto liquidità hanno semplicemente previsto una moratoria (anche) per le azioni esecutive sino all'11 maggio 2020⁵², nulla invece dettando in ordine agli effetti derivanti dall'inadempimento degli obblighi di pagamento, che pertanto permangono, così come resta ferma la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto.

Tale moratoria, si è rammentato, era applicabile a tutti i termini processuali e quindi anche ai termini per il deposito del piano o dell'accordo di ristrutturazione, ferma peraltro l'applicazione dell'art. 9 d.l. liquidità sui termini di adempimento.

Era invece discusso se tale moratoria potesse applicarsi agli obblighi informativi periodici nel concordato preventivo, trattandosi di termine sostanziale⁵³.

In verità, nemmeno l'art. 91 del d.l. cura Italia (che non è stato in alcun modo integrato dal d.l. liquidità) ha previsto la sospensione o la proroga dei termini contrattualmente previsti, ma soltanto una limitazione o riduzione della responsabilità di contenuto indefinito, la cui applicazione necessiterà comunque (come ogni giorno diviene più evidente) dell'intervento del giudice, con tutte le problematiche del caso, aggravate dall'attuale situazione emergenziale.

In ordine alla possibile estensione applicativa di tale norma, oltre all'interpretazione data dalla già citata sentenza del Tribunale di Napoli in materia di sovraindebitamento, soccorre anche autorevole dottrina⁵⁴ secondo cui invero "*... la previsione appare applicabile tanto al caso di significativa difficoltà nell'esecuzione della prestazione, quanto a quello delle difficoltà inerenti all'apprestamento dei mezzi occorrenti per l'esecuzione. Del resto, la dissociazione programmata dal comma 6 bis [comma per l'appunto aggiunto*

⁵² Cfr. sul punto, cit. G. Corno, L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, *ibidem*.

⁵³ Cfr. Trib. Rimini 9 aprile 2020 – pres. Miconi est. Rossi, secondo cui "Nelle procedure di concordato preventivo, ritenuto che la formulazione dell'art. 36 del DL 23/2020 – con il quale viene disposta la proroga della sospensione dalla data del 15 aprile 2020 alla data dell'11 maggio 2020 – sia riferibile ai soli termini processuali e non anche ai termini sostanziali, va esclusa che detta sospensione operi con riferimento agli obblighi informativi periodici *ex art. 161 l. fall.*, che devono essere regolarmente adempiuti dai soggetti coinvolti nella procedura anche al solo fine di informare il tribunale che non sono state svolte attività a causa dell'emergenza sanitaria in corso, essendo tali termini diretti a tenere monitorata la gestione dell'impresa che ha richiesto di accedere alla procedura di concordato preventivo, consentendo così al tribunale e al commissario giudiziale di esercitare i rispettivi poteri di sorveglianza", https://news.ilcaso.it/libreriaFile/35152-trib_rn_9_4_2020.pdf. In senso contrario, cfr. peraltro il decreto 19 marzo 2020 del Tribunale di Milano, cit., *ibidem*.

⁵⁴ Così A.A. Dolmetta, «*Rispetto delle misure di contenimento*» della pandemia e disciplina dell'obbligazione, in https://blog.ilcaso.it/news_892.

dall'art. 91 D.L. cura Italia all'articolo 3 del D.L. 23.02.2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla L. 5.03.2020, n. 13] *tra la linea della (non) responsabilità e la linea della liberazione apre senz'altro la via alla ricomprensione, nel contesto della protezione in questione, anche delle obbligazioni di cose di genere. Senza contare che il testo normativo afferma esplicitamente che la valutazione relativa alla significativa difficoltà della prestazione va «sempre» effettuata*”.

In questo contesto l'unica cosa che risulta chiara è che l'art. 91 del d.l. cura Italia, come ha avuto da ultimo occasione di affermare anche l'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte di Cassazione⁵⁵ è di “ardua interpretazione”, sia perché sembrerebbe un inutile doppione dell'art. 1218 c.c. e sia perché non esclude *tout court* la responsabilità “da adeguamento” alle misure “anti-Covid”, limitandosi invece a prevedere che il rispetto di queste sia “sempre valutato” ai fini del giudizio di responsabilità⁵⁶.

Pertanto, anche se nel caso in esame, “*spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti*”⁵⁷, esso debitore, nella particolare fattispecie in esame, per liberarsi dalla responsabilità, dovrà offrire la prova del nesso eziologico fra inadempimento e rispetto delle prescrizioni “anti-Covid”.

Questa sospensione dei termini fino al 15 aprile, poi prorogata all'11 maggio, per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali, ha riguardato, si è detto, anche i termini per la proposizione dei procedimenti esecutivi (pur se restava possibile chiedere la dichiarazione di urgenza nei casi in cui la ritardata trattazione potesse produrre grave pregiudizio alle parti e quindi ai creditori): è immaginabile, stando così le cose, il caos che seguirà negli uffici giudiziari all'effettiva ripresa dell'attività giudiziaria che si spera possa finalmente avvenire in autunno⁵⁸.

Il problema è che tale normativa non ha adeguatamente soppesato le ragioni dello *Statement* CERIL che evidenziava come in un contesto quale quello attuale (purtroppo verosimilmente destinato a persistere per un apprezzabile lasso temporale) le azioni esecutive potrebbero provocare un danno maggiore del beneficio apportato al sistema (talché sarebbe forse stato ragionevole estendere la moratoria ad un periodo più ampio).

Ci si è soltanto preoccupati di evitare il sovraffollamento degli uffici giudiziari durante il periodo di *lockdown* (ma non anche nel periodo immediatamente successivo), e non invece di disciplinare in qualche modo la fase successiva, nella quale molte imprese si troveranno a doversi difendere da aggressive iniziative dei creditori e nella necessità di dover

⁵⁵ Cfr. già citata Relazione tecnica della Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020, n. 56, avente ad oggetto “Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”, pp. 8 e 9, *ibidem*.

⁵⁶ Talché il debitore sarà comunque responsabile, quando, ancorché ostacolato dalle misure “anti-Covid”, non si sia adoperato secondo ordinaria diligenza (con contromisure non esageratamente onerose) per esattamente adempiere, pur nel contestuale rispetto delle prescrizioni, ovvero sia rimasto inerte per il timore che l'esecuzione della prestazione potesse mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori.

⁵⁷ Cass. 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italiure*.

⁵⁸ Si rammenta che il d.l. Cura Italia ha previsto (norma su cui il d.l. liquidità è intervenuto solo modificandone il termine iniziale) che i capi degli uffici giudiziari dovranno dare disposizioni di carattere generale per lo svolgimento delle udienze (possibilmente con modalità da remoto e telematiche) dalla data della ripresa dell'attività sino al 30 giugno.

predisporre strumenti di recupero della continuità aziendale, nella vigenza peraltro dei nuovi obblighi di adozione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili finalizzati al monitoraggio dell'impresa e della sua possibile ripresa (art. 2086 c.c.).

Già all'indomani della pubblicazione del d.l. cura Italia da più parti si erano quindi invocate misure più incisive (ed efficaci) di quelle adottate (nonché di quelle che sono poi concretamente state adottate con il d.l. liquidità, anche così come successivamente modificato in sede di conversione), relative, per quanto concerne la presente indagine, a:

- una moratoria generalizzata per i pagamenti con scadenza successiva all'inizio della fase di emergenza e di durata temporale sufficiente a proteggere l'impresa (anche se, va ricordato, questa situazione di generale “*stand still*”, se da un lato, non obbliga l'imprenditore al pagamento dei debiti in scadenza, dall'altro rende inesigibili i crediti dallo stesso vantati nei confronti di altri imprenditori);
- la esclusione dalle possibili cause di risoluzione dei contratti pendenti di quegli inadempimenti successivi all'emergenza e dalla stessa causati;
- una moratoria generalizzata delle azioni esecutive, magari raggiunta attraverso un meccanismo di autodichiarazione da parte dell'imprenditore disposto a sborsare gli interessi di mora al fine di ottenere una sorta di temporaneo *automatic stay* concesso per legge, senza il quale peraltro potrebbe rilevarsi necessario l'accesso alla procedura concorsuale (che per l'appunto contempla l'*automatic stay*).

Nulla di tutto questo ha ritenuto di fare il d.l. liquidità (né la legge di conversione), non essendo quindi state assecondate le indicazioni di cui alla Statement CERIL di prendere in considerazione interventi di moratoria generalizzata, se non dei pagamenti con scadenza successiva all'emergenza, quantomeno delle azioni esecutive nei confronti delle imprese insolventi.

In effetti la questione non è di semplice soluzione, atteso che l'applicazione indiscriminata di tali misure di fatto impatterebbe anche sulle stesse imprese a protezioni delle quali dovrebbe essere assunta, venendo in concreto a dover essere dalle stesse sopportata: inoltre, se da un lato l'applicazione automatica di tale misura avrebbe il vantaggio di evitare controversie in ordine alla operatività della stessa, dall'altro potrebbe spingere anche quelle imprese che ancora riuscirebbero ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni a sospendere comunque i pagamenti, rallentando ulteriormente un'economia già azzoppata.

Forse anche in questo caso (come al fine dell'improcedibilità dell'eventuale azione di fallimento), si sarebbe potuto rimettere l'iniziativa all'impresa, consentendole, come è già stato da più parti suggerito⁵⁹, di attestare – tramite un professionista indipendente con i requisiti di cui all'art. 67, comma III, lett. d), l. fall., con dichiarazione da pubblicarsi presso il Registro delle Imprese – di essere affetta dalle conseguenze economiche del coronavirus, salva sempre la possibilità degli interessati di ottenerne la revoca giudiziale, difettandone i presupposti.

*

⁵⁹ Cfr. R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid.-19. Impressioni e spunti di riflessione*, cit., *ibidem*.

In conclusione è indubitabile il perdurante stato di caos – in matematica rappresentato dall’incertezza combinata con la velocità dei mutamenti – con cui oggi e, soprattutto, a quanto sembra, nel prossimo autunno, le imprese dovranno confrontarsi, caos che gli interventi normativi finora attuati (come anche quelli economici-fiscali) non hanno purtroppo contribuito a diminuire.

Allo stato, quindi, non rimane che confidare nel fatto che nessuno supera nella gestione del caos gli italiani, ed in particolare gli imprenditori italiani, *“abituati al fatto che non succedano le cose che invece dovrebbero succedere, capaci di concentrarsi sul perché piuttosto che sul che cosa di procedure e istruzioni ... ed in un mondo che ha tanti che cosa che cambiano velocemente che chi sta sul perché ... ha un grande vantaggio”*⁶⁰.

⁶⁰ Così Andrea Pontremoli, Amministratore delegato di Dallara Group nel corso di un interessante, intervento alla Fiera Mecspe dell’aprile scorso.

L'IMPATTO DEL "DECRETO LIQUIDITÀ" SULLA CONTINUITÀ AZIENDALE DELLE IMPRESE E SULLE PROCEDURE CONCORDATARIE PENDENTI *

Stefano Ambrosini – Gianvito Giannelli

SOMMARIO: 1. Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi. – 2. La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale. – 3. La rilevazione della continuità aziendale. – 4. Gli effetti sulle procedure concorsuali pendenti. – 5. *Segue*. La rinuncia al concordato e il deposito di un piano attestato di risanamento. – 6. La temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento. – 7. Un accenno al tema dell'insolvenza incolpevole.

1. Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi

Com'era stato da più parti auspicato, l'art. 5, d.l. n. 23/2020 rinvia l'entrata in vigore del Codice della crisi.

L'esigenza era sentita sia dagli studiosi che dai professionisti, con particolare riferimento all'operatività della disciplina sulle misure di allerta, stante la presa d'atto che il "sistema" non era (e non è tuttora) pronto ad affrontare e gestire un'innovazione di tale portata, foriera di effetti oggettivamente incerti, di là dalla bontà della scelta di fondo. E ciò quanto meno con riferimento alle imprese di minori dimensioni, come giustamente suggerito, fra gli altri, sia da Confindustria che dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e dei revisori contabili¹.

La scelta del legislatore è andata ben oltre rispetto a quanto auspicato, stabilendo che l'intera riforma non entrerà in vigore prima di settembre 2021.

Ad addivenire a questa determinazione, ampiamente condivisibile², hanno concor-

* Il presente contributo è destinato anche al volume *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini e S. Pacchi, di prossima edizione per i tipi della Zanichelli.

¹ Il riferimento, in particolare, è al documento, condiviso fra i due enti citati nel testo, inviato al Ministero della Giustizia nell'estate del 2019.

² Nello stesso senso L. Panzani, G. Corno, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 25 marzo 2020, 3; N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in *www.osservatorio-oci.org*, 25 marzo 2020, 13; S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema della insolvenza incolpevole*, in *www.ilcaso.it*, 2; M. Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020, 2; Id., *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, in *Fall.*, 2020, 591; *contra* R. Rordorf, *Il codice della crisi e del-*

so vari (e concorrenti) ordini di considerazioni.

Il primo attiene alla constatazione che è senz'altro preferibile affrontare un frangente emergenziale con uno strumentario normativo conosciuto e ampiamente collaudato qual è la legge fallimentare vigente³, rispetto all'applicazione di una nuova disciplina che, nella situazione corrente, avrebbe rischiato di rappresentare un vero e proprio salto nel buio. E di tutto fuorché di questo, francamente, si avverte il bisogno.

Il secondo ordine di considerazione si riferisce specificamente alle misure di allerta. Come si legge nella Relazione illustrativa, infatti, il sistema dell'allerta "è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal Codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli"⁴.

Tuttavia è difficile non cogliere nella scelta compiuta dal Governo, il dubbio, se non una incertezza di fondo, che le disposizioni contenute nel Codice non siano ritenute le più idonee a favorire il risanamento delle imprese in difficoltà e che esse, al contrario, possano finire per renderlo, all'atto pratico, meno agevole⁵. E ciò, in qualche modo, a prescindere dall'emergenza epidemiologica in atto.

Non è questa la sede per ripercorrere le critiche mosse sia da numerosi esponenti della dottrina fallimentaristica (e aziendalistica), sia da moltissimi "addetti ai lavori", alla legge delega del 2017 e ancor più, se possibile, al decreto delegato del 2019: basti pensare all'oggettiva "macchinosità" della procedura di allerta, ad alcune serie criticità del procedimento unitario, all'eccessivo ridimensionamento del concordato preventivo, a previsioni contrastanti con il pur declamato *favor* per la continuità aziendale come il criterio della prevalenza di cui all'art. 84 del Codice, nonché ad alcune delle nuove disposizioni del Codice civile in materia societaria.

L'impressione, in generale, è che sia risultata alquanto discutibile la scelta di discostarsi, talora marcatamente, dall'impianto congegnato dalla c.d. prima commissione

l'insolvenza in tempi di pandemia, in www.giustiziainsieme.it, 8 aprile 2020, 2-3; M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del D.L. 23/2020*, in *Quotidiano giuridico*, 14 aprile 2020, 1; *cauti*, F. Santangeli, A. Fabbi, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in www.ilcaso.it, 2; cui adde A. Farolfi, *Procedure concorsuali ed emergenza da Covid-19: prime riflessioni*, in AA.VV., *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, cit.

³ L. Panzani, G. Corno, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit., 4; *contra*, forse un po' ottimisticamente, R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., 3: "La difficoltà di applicare una nuova normativa non mi pare un ostacolo davvero rilevante, ove si consideri l'ampia *vacatio legis* che ha già consentito agli studiosi ed agli operatori di riflettere a lungo sulle disposizioni del codice e di assimilarne i principi ispiratori".

⁴ S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi*, cit., 3; v. anche F. Fimmanò, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, autofallimento e concordato "programmati"*, in www.ilcaso.it, 3.

⁵ Pur muovendo da un angolo visuale parzialmente diverso, e giungendo a conclusioni opposte, R. Rordorf, *op. loc. ult. cit.*, 2-3.

Rordorf (incaricata di redigere il testo dei principi di delega) per abbracciare un approccio schiettamente dirigista sul piano dell'eterotutela del debitore, con conseguente, significativa, riduzione dei suoi margini di manovra: il tutto sull'altare della necessità di reprimerne gli abusi, la cui non infrequente verifica nel recente passato, pur innegabile e giustamente repressa dalla giurisprudenza, sembra aver condizionato oltre misura il legislatore della novella. Per di più senza essere questi riuscito a realizzare una riforma davvero organica del diritto della crisi, come denota, a tacer d'altro, la persistente "specialità" di trattamento (anche sotto il profilo della *sedes materiae*) dell'amministrazione straordinaria.

Oggi, ad ogni buon conto, l'auspicio di molti è che il rinvio dell'entrata in vigore del Codice costituisca l'occasione per un ripensamento di almeno alcune delle previsioni testé menzionate, nell'ottica di offrire alle imprese, più che mai in affanno (anche nel prossimo futuro), un contesto normativo più favorevole al prioritario perseguimento del recupero di una condizione di equilibrio, oltre che di tenere maggiormente in conto le previsioni contenute nella Direttiva UE, sopravvenuta rispetto al varo del nostro Codice.

D'altronde, la reazione che ha avuto il mondo produttivo di fronte alla riforma – aperto scetticismo di molte associazioni di imprenditori e di larga parte del ceto professionale, sostanziale indifferenza del settore bancario – dovrebbe anch'essa indurre un supplemento di riflessione, per quanto possibile scevro da apriorismi e "attaccamenti" rispetto al – pur per molti aspetti pregevole – lavoro svolto in tempi brevissimi dalla seconda commissione di riforma, peraltro astretta dai vincoli di una legge delega per vari aspetti discutibile.

A ben vedere, l'interrogativo di fondo, in estrema sintesi, è il seguente: lo strumento migliore per affrontare il drammatico frangente attuale e i tempi a venire (e in generale le situazioni di crisi del sistema economico) è rappresentato da una riforma – qual è il Codice della crisi – *creditor oriented*, che completi il processo avviato con quella che in tanti hanno chiamato la "controriforma" del 2015, o al contrario deve reputarsi preferibile, tenuto anche conto delle linee di tendenza di altri ordinamenti (oltre che della Direttiva UE in materia), una legge ispirata al preminente obiettivo di salvare le imprese in difficoltà tutelando realmente (e non solo "programmaticamente") la continuità aziendale?

La risposta è nel senso di una riforma *debtor oriented*, seppur meno "sbilanciata" e frammentaria di quanto sono risultate essere, a livello applicativo, le novelle del 2005 e del 2012, giacché questo è l'approccio che richiedono non solo l'emergenza corrente, ma anche i prevedibili effetti a medio termine della correlata recessione economica, che appare purtroppo difficilmente scongiurabile.

2. La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale

La scelta di posticipare l'entrata in vigore del Codice della crisi, come abbiamo anticipato, risponde anche all'esigenza di sterilizzare l'emersione di criticità (per usare un eufemismo) che possano essere causate dalla attuale emergenza sanitaria e dalle misure varate dal Governo per contrastarla.

Nella stessa ottica sono da leggere quelle disposizioni volte a preservare (artificialmen-

te) la continuità aziendale⁶, sterilizzando gli effetti che su di essa possa avere l'attuale situazione di emergenza.

In quest'ottica, l'art. 6, d.l. n. 23/2020 sospende fino alla data del 31 dicembre 2020 gli obblighi di riduzione del capitale previsti per le s.p.a. e le s.r.l.; la sospensione, quindi, auspicata in una serie di interventi della dottrina⁷ riguarda la regola "ricapitalizza o liquida", nel senso cioè definito dalla Direttiva UE e riguarda le fattispecie verificatesi entro gli esercizi chiusi in un periodo tra l'entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2020.

La norma non brilla per chiarezza, perché il riferimento agli esercizi, per di più declinati al plurale, sembra includere non gli esercizi il cui bilancio è stato approvato entro il 31 dicembre 2020, quindi, l'esercizio 2019; il che però sarebbe illogico perché l'esercizio 2019 non ha evidentemente sofferto della crisi da Covid-19; inoltre, se ci si riferisse alla data di approvazione del bilancio, proprio il 2020 ne resterebbe fuori; cosicché sembra senz'altro preferibile intendere l'espressione alla lettera e cioè nel senso che la chiusura contabile dell'esercizio, indipendentemente dalla sua approvazione da parte del consiglio di amministrazione o dell'assemblea debba chiudersi in un periodo compreso tra la pubblicazione del decreto sulla Gazzetta Ufficiale e il 31 dicembre 2020 allo scopo di sterilizzare gli effetti della pandemia; viceversa non si applicherebbe il beneficio della sospensione agli esercizi il cui termine di chiusura contabile andasse a cadere dopo la fine dell'anno solare in corso.

A ben riflettere, la sospensione non riguarda però l'obbligo di convocare l'assemblea nel caso di perdite che pur senza intaccare il minimo legale abbiano comportato la riduzione del patrimonio netto a meno di due terzi del capitale, previsti dagli artt. 2446, comma 1, c.c. e 2482-bis, commi 1, 2 e 3, c.c.; cosicché sembra che gli amministratori debbano comunque procedere a convocare l'assemblea senza indugio per gli opportuni provvedimenti.

Inoltre, è altresì sospesa la causa di scioglimento prevista dagli artt. 2484, comma 1, n. 4 e 2545 c.c. e cioè lo scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale. L'ineroperatività della causa di scioglimento non riguarda l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, ipotesi alla quale in passato era stata ricondotta anche la perdita della continuità aziendale; si deve però ritenere che questa interpretazione non possa giustificare un riemergere della causa di scioglimento per perdite in quanto abbiano compromesso la possibilità di perseguire l'oggetto sociale, a pena di avallare una interpretazione di fatto abrogata il beneficio concesso dall'art. 6 secondo periodo d.l. n. 23. Piuttosto, ci si può chiedere se la sospensione dell'obbligo di procedere alla riduzione e alla ricapitalizzazione (o allo

⁶ Destinati a incidere significativamente sulla crisi delle imprese sono anche, naturalmente, le disposizioni dettate in materia societaria dagli artt. 6, 7 e 8 con riferimento alla perdita del patrimonio netto e al criterio bilanciistico del *going concern*. In argomento v., tra gli altri, S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema della insolvenza incolpevole*, cit.; D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in www.ilfallimentarista.it; M. Spiotta, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19*, in www.ilcaso.it; M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, ivi; DIMUNDO, *La "messa in quarantena" delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del "Decreto Liquidità"*, ivi; N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, cit.

⁷ N. Abriani, G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta*, cit., 14.

scioglimento) si giustifichi anche qualora la situazione della società sia tale da non lasciare presagire un incremento del patrimonio netto alla fine del periodo di moratoria cioè dopo il 31 dicembre 2020.

Il dubbio, che in questa sede può esser solo posto ma non approfondito, andrebbe risolto in termini di responsabilità degli amministratori: la sospensione della riduzione del capitale per perdite sembra giustificarsi nella misura in cui, in una visione prospettica e prudentziale, sia effettivamente ipotizzabile un recupero della continuità aziendale una volta terminati gli effetti dell'emergenza.

3. La rilevazione della continuità aziendale

L'art. 7, d.l. n. 3 prevede che nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci vada fatta nella prospettiva della continuità aziendale *ex art. 2423-bis*, comma 1, n. 1, c.c. se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020; fatta salva la possibilità di posticipare l'approvazione del bilancio al (art. 106, d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Il criterio di valutazione deve essere specificamente illustrato nella nota informativa, anche mediante il richiamo alle risultanze del bilancio precedente.

La disposizione appare opportuna e sospende anche l'applicabilità dell'OIC 11, secondo il quale la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale relativo ad un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio⁸.

Ciò vuole dire che agli amministratori si concede di sospendere ogni valutazione, anzi di sterilizzare il periodo della crisi pandemica, operando una valutazione prospettica della continuità aziendale sulla base del dato storico riveniente dal bilancio dell'esercizio precedente; in altre parole si consente alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale aspettativa sterilizzando il periodo di emergenza degli effetti delle misure di contrasto della pandemia, nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020 ed escludendo dal beneficio le imprese che si trovavano comunque in situazione di perdita di continuità a prescindere dalla crisi Covid-19.

La continuità aziendale deve quindi sussistere nell'ultimo bilancio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020 (cioè alla data di entrata in vigore delle prime misure collegate all'emergenza (approvate con d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 approvato con l. 5 marzo 2020, n. 13) e ciò porta a chiedersi se il riferimento sia al bilancio approvato prima di tale data (almeno in bozza dal consiglio di amministrazione se non dall'assemblea); il comma 2 dell'art. 7 estende la previsione ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio e non ancora approvati, cosicché si può sostenere che: i) l'art. 7 si riferisce ai bilanci il cui esercizio contabilmente è in corso al 31 dicembre 2020 e assume che la continuità aziendale, come criterio di riferimento, debba sussistere nel bilancio il cui esercizio si è chiuso entro il 23 febbraio (normalmente al 31 dicembre 2019) e quindi in un periodo in cui ancora non erano in corso le

⁸ M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit., 17-18.

misure di emergenza e non vi era il blocco della attività economiche; quindi un periodo in cui i risultati dell'esercizio (assunto dall'art. 7, comma 1, come parametro di riferimento) non hanno potuto risentire economicamente degli effetti della pandemia; *ii*) il comma 1 si riferisce, sempre come parametro di riferimento per avere un dato storico della continuità aziendale non inficiato dalle misure restrittive delle attività, ai bilanci comunque chiusi entro il 23 febbraio 2020 e approvati almeno in consiglio di amministrazione entro tale data; direi che il bilancio deve essere almeno stato approvato prima di tale data dal cda, ma non necessariamente; invece, il riferimento alla possibilità prevista dall'art. 106, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 di proroga dei termini di approvazione riguarda il bilancio dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020 quello cioè la cui continuità aziendale è stata condizionata/inficiata dalle misure restrittive di contenimento della pandemia; *iii*) inoltre il comma 2 dell'art. 7 estende la misura ai bilanci chiusi contabilmente entro il 23 febbraio 2020 ma non ancora approvati; si tratta cioè dell'esercizio chiusosi entro il 23 febbraio 2020 ma non ancora approvati nemmeno dal consiglio di amministrazione, per la prospettiva della continuità, si potrà fare ricorso al bilancio approvato al 31 dicembre 2018⁹; con una ulteriore retrodatazione, quindi per recuperare *ex post* una continuità aziendale non viziata dalle misure restrittive¹⁰. Nel caso in cui le società intendano avvalersi della possibilità di sterilizzare gli effetti delle misure di contenimento sulla continuità aziendale dovranno darne menzione nella nota integrativa e, quindi, se il bilancio chiusosi al 23 febbraio 2020 è stato già approvato, tornare in consiglio di amministrazione per approvare l'integrazione alla nota integrativa.

4. Gli effetti sulle procedure minori pendenti

Le disposizioni in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti sono contenute all'art. 9¹¹, la cui "filosofia", senz'altro condivisibile, è quella di scongiurare che le procedure caratterizzate, prima dello scoppio della pandemia, da concrete prospettive di successo risultino condannate al fallimento a causa del quadro di riferimento drasticamente mutato.

Come si vedrà, la norma è caratterizzata da un climax discendente per quanto concerne l'automatismo delle misure e segue un ordine inverso rispetto a come si succedono in concreto le fasi delle procedure, giacché essa inizia con una previsione che riguarda il momento successivo all'omologa e termina con il "preconcordato" e il "preaccordo": a conferma che l'emergenza epidemiologica e le derivate esigenze degli imprenditori in crisi sono tali da far premio sul contenuto di domande già approvate dai creditori e finanche già omologate dal tribunale.

⁹ M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit., 19.

¹⁰ D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso*, cit.

¹¹ Per un esame, *more solito* assai puntuale, della disposizione di cui trattasi v. M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del D.L. 23/2020*, cit.; D. De Filippis, *L'esecuzione del concordato preventivo ai tempi del Coronavirus*, in www.ilcaso.it; F. Lamanna, *Le misure temporanee previste dal Decreto Liquidità per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it.

In sintesi, l'art. 9 differenzia le modalità di intervento secondo gli stati di avanzamento delle procedure concorsuali perché si riferisce: *i*) ai concordati omologati aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 (comma 1); *ii*) ai concordati e agli accordi di ristrutturazione pendenti e non ancora omologati (commi 2 e 3); *iii*) ai procedimenti di concordato con riserva per i quali il debitore abbia già ottenuto la proroga (comma 5); *iv*) ai procedimenti *ex art. 182-bis*, comma 7 per i quali il debitore abbia già ottenuto il termine per presentare l'accordo di ristrutturazione (comma 6).

La disposizione ha lo scopo di evitare la risoluzione dei concordati già omologati¹² o ancora l'arresto della procedura *ex art. 173*, ult. comma, l. fall. per i concordati pendenti ma non ancora omologati, o l'infruttuosa decorrenza del termine concesso *ex art. 161*, comma 6 o *182-sexies*, comma 7, l. fall., per presentare una proposta di concordato definitiva o un accordo di ristrutturazione¹³.

Per gli accordi e i concordati già omologati, l'art. 9 non prevede la possibilità di rinegoziare il contenuto della proposta o dell'accordo ma una proroga *ex lege* dei termini per l'esecuzione; la norma, parlando di "adempimento", è chiaramente diretta a disciplinare i casi in cui è già stato emanato il decreto di omologa e riguarda quindi la fase esecutiva del concordato o dell'accordo, rispetto alla quale essa ha sicuramente l'effetto di ridurre i rischi di risoluzione dell'uno e dell'altro; i termini originali prorogati devono avere originariamente scadenza nel periodo considerato (tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021) e se ne prevede la proroga di sei mesi¹⁴. La lettera della norma induce a ritenere che è sufficiente che uno dei termini di esecuzione, quindi anche il primo, abbia scadenza nel periodo in esame, il che comporterà uno slittamento di sei mesi di tutti i termini; argomentando diversamente, si dovrebbe ritenere che siano prorogati solo i termini di pagamento con scadenza ante 31 dicembre 2021 ma non quelli che scadono post 1° gennaio 2022; con il risultato che a beneficiare del rinvio sarebbero i pagamenti dei creditori privilegiati (se hanno scadenza ante 31 dicembre 2021) ma non i pagamenti dei debiti chirografari (il cui pagamento è previsto post 1° gennaio 2022) con il risultato di antergare il pagamento di questi ultimi rispetto ai privilegiati e di alterare l'ordine di graduazione dei privilegi¹⁵. Appare preferibile che purché un solo termine (evidentemente quello del primo pagamento) scada nel periodo citato nel comma 1, tutti i termini siano prorogati a scalare.

La disposizione non chiarisce cosa succede se tutti i termini di esecuzione originariamente abbiano scadenza con decorrenza successiva al 31 dicembre 2021; l'interpretazione letterale porterebbe ad escludere l'applicabilità della norma e, quindi il concordato avrebbe regolare esecuzione con decorrenza post 31 dicembre 2021; con il rischio però che il piano non performi nel periodo ante 31 dicembre 2021 a causa delle misure di contenimento e

¹²Nel senso però di predisporre uno strumento di prevenzione rispetto ad azioni di risoluzione; esprime perplessità sulla possibilità che la norma impedisca ai creditori di chiedere la risoluzione A. Pazzi, *La nuova dimensione del giudizio di risoluzione del concordato a seguito della legislazione di emergenza introdotta per la pandemia da coronavirus*, in www.ilcaso.it, 1.

¹³S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi*; D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso*, cit.; M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit.

¹⁴Su questa disposizione critici S. Morri, *Il Decreto liquidità e le modifiche alla disciplina fallimentare. Una prima analisi, alcuni spunti critici e delle proposte*, in www.ilfallimentarista.it e F. Lamanna, *Le misure temporanee*, cit.

¹⁵M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit.

che, ancorché non siano previsti pagamenti nel periodo, l'impresa si ritrovi comunque nella difficoltà di adempiere *post* 1° gennaio 2022 senza godere della protezione offerta dall'art. 9, comma 1. Anche in questo caso una lettura sistematicamente orientata indurrebbe a ritenere l'opportunità della proroga; soluzione però scartata dal comma 1, per cui sarebbe auspicabile un intervento del legislatore.

Invece, nei concordati preventivi e per gli accordi di ristrutturazione non ancora omologati, è possibile che il debitore presenti un'istanza al tribunale per la concessione di un termine non superiore a novanta giorni per la presentazione di un nuovo piano o di una nuova proposta di concordato o di un nuovo accordo di ristrutturazione.

Il presupposto della norma è che l'emergenza epidemiologica abbia reso non più attuali le previsioni contenute nei piani posti alla base delle domande di concordato e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, con conseguente, sopravvenuta, non fattibilità economica del tentativo di superamento della crisi alle condizioni prospettate in precedenza.

La disposizione in esame precisa poi che:

- i) il termine decorre dalla data del decreto con cui il tribunale assegna il termine;
- ii) il termine non è prorogabile (stante l'eccezionalità della previsione);
- iii) l'istanza è inammissibile ove sia presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze stabilite dall'art. 177, l. fall.

L'ipotesi è quindi quella in cui la proposta sia già stata presentata ed eventualmente (ma non necessariamente¹⁶) già messa in votazione dai creditori purché si siano raggiunte le maggioranze; in altre parole, nel caso in cui la proposta sia stata presentata e messa in votazione ma non approvata il debitore non potrà beneficiare della proroga. Ugualmente il termine potrà essere richiesto dal debitore che abbia presentato un accordo di ristrutturazione già sottoscritto ma non ancora omologato¹⁷.

Il legislatore si avvale dell'ipotesi di modifica della proposta concordataria prevista già dall'art. 172, l. fall. ma, come è noto, con il termine preclusivo di quindici giorni decorrente a ritroso dal giorno fissato per la adunanza dei creditori; termine che, nella disposizione in esame, è spostato in avanti fino alla omologazione; l'approvazione della proposta da parte dei creditori non è l'unica ipotesi in cui la proroga per rimodulare la proposta può essere concessa ma non è nemmeno impeditiva; evidentemente, il legislatore ha considerato la possibilità che la proposta ancorché approvata, non possa più essere economicamente e finanziariamente sostenibile per effetto delle misure di contenimento e debba essere necessariamente riformulata.

Come si è anticipato, è preclusiva all'accoglimento della istanza la mancata approvazione da parte dei creditori, ma ciò non impedisce al debitore di presentare un nuovo piano, alla luce del recente orientamento della Suprema Corte (Cass. 10 ottobre 2019, n. 25479), sempre che non sia intervenuto il fallimento; circostanza allo stato preclusa dall'art. 10, d.l. n. 23/2020¹⁸.

¹⁶ Di diverso avviso sembra F. Lamanna, *Le misure temporanee*, cit.

¹⁷ S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi*, cit., 10.

¹⁸ S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi*, cit., 5; M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit., 2 ss.

Il nuovo termine decorre dalla data del provvedimento con il quale il tribunale lo assegna, evidentemente, per sterilizzare a vantaggio del debitore il termine entro il quale il tribunale decide sulla proposta; periodo che potrebbe anche non essere rapidissimo in ragione delle difficoltà logistiche legate alle misure di contenimento, e, comunque, non è ulteriormente prorogabile.

Il meccanismo previsto nel predetto comma 2, a differenza della proroga di cui al primo, presuppone un atto di impulso del debitore, ma non contempla alcuna valutazione da parte del tribunale, che è quindi tenuto a concedere il termine richiesto, salvo il caso, di cui si diceva, di inammissibilità dell'istanza.

Le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 9, al contrario, postulano una verifica da parte del tribunale, dal cui esito dipende la concessione della misura.

Il comma 3, invece, prevede la modifica unilaterale dei termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione non ancora omologati previsto depositato sino all'udienza fissata per l'omologa, di una memoria contenente la indicazione dei nuovi termini e della documentazione che comprova la necessità della modifica dei termini originari. Il differimento dei termini non può essere superiore a sei mesi rispetto alle scadenze originali, il che significa che ciascuno dei termini previsti nel piano per il pagamento dei creditori dovrebbe essere scalato di sei mesi cosicché, in sintesi, l'ultimo termine di pagamento non scada oltre i sei mesi rispetto alla scadenza originaria. Nell'ipotesi in esame, a differenza di quella prevista nel comma precedente, non vi è un provvedimento di autorizzazione alla proroga dei termini e il Tribunale provvederà direttamente alla omologazione, dando atto delle nuove scadenze, previo parere del commissario giudiziale e riscontrata sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 180 o 182-*bis*, l. fall. L'ipotesi in esame si sovrappone a quella prevista nel comma precedente perché in entrambi i casi abbiamo la riformulazione di una proposta concordataria o di un accordo che non sono stati ancora omologati; senonché nella ipotesi contemplata dal comma 2, il Tribunale riassegna il termine non superiore a novanta giorni entro cui deve essere presentata la nuova proposta o il nuovo piano da sottoporre all'approvazione dei creditori secondo le regole di concorsualità (nel concordato preventivo) o alla sottoscrizione unanime dei creditori aderenti al piano nell'accordo di ristrutturazione dei debiti; invece, nell'ipotesi del comma 4, non si menziona un nuovo iter di approvazione da parte dei creditori, né è legittimo assumere una diversa soluzione, atteso che la norma parla espressamente di modifica unilaterale, cosicché sembra che la modifica unilaterale dei termini consegua alla omologazione da parte del tribunale ma prescinda sia dalla approvazione da parte della maggioranza dei creditori (nel concordato preventivo) sia dalla adesione dei creditori che subiscono il differimento (ulteriore) del pagamento da parte del debitore.

Ancorché il differimento di sei mesi possa non essere particolarmente significativo, non vi è dubbio che assistiamo ad una modifica unilaterale del contenuto negoziale del piano senza il consenso a maggioranza o all'unanimità dei creditori che la subiscono; considerazione quest'ultima che aggiunge se vogliamo e premessa la eccezionalità della situazione una ulteriore a favore della progressiva concorsualizzazione degli accordi di ristrutturazione del debito nel senso di una progressiva sottrazione alla volontà unanime dei creditori di componenti non trascurabili del contenuto negoziale dell'accordo. Probabilmente per questo motivo, la omologazione della proposta e del piano (o dell'accordo di ristrutturazione) con inserimento della modifica unilaterale dei termini è subordinata alla presenta-

zione da parte del debitore della documentazione che comprovi la necessità della modifica; il che significa che il debitore deve dimostrare l'impatto della crisi Covid-19 sul piano originario e la necessità di alleggerire finanziariamente gli impegni assunti con una redistribuzione dei tempi monetizzabili¹⁹; quindi, la modifica unilaterale non si sottrae ad un sindacato da parte del tribunale (previo parere del commissario) sull'impatto della crisi Covid-19 sul piano sottostante alla proposta concordataria o all'accordo di ristrutturazione²⁰; inoltre, la norma fa riferimento solo alla modifica dei termini di adempimento cioè al loro slittamento, non invece alla modifica degli importi da pagare ai creditori nemmeno nel "rimodulato" arco temporale, cosicché non sarebbe possibile, ad esempio, modificare quantitativamente gli importi delle singole rate di pagamento a scadere.

Si può allora sostenere che nell'art. 9, comma 3 il legislatore dell'emergenza abbia voluto approntare una procedura semplificata di modifica dei termini di adempimento, sottratta alla volontà dei creditori e che la differenza di fattispecie tra i comma 2 e 3 è che nel comma 2 la proposta può anche non essere stata ancora approvata e viene rimessa alla approvazione dei creditori da un lato, dall'altro le modifiche possono essere diverse dal differimento dei termini di adempimento e anche più incisive e possono riguardare l'intero assetto della proposta, invece, nella ipotesi contemplata dal comma 3.

Il comma 4 e 5 dell'art. 9, d.l. n. 23/2020 disciplinano la proroga del periodo di *automatic stay* che può essere concessa dal tribunale nel caso in cui il debitore abbia già fruito di una proroga, del termine originariamente concesso ex art. 161, comma 6, l. fall.

Trattandosi di semplice dilatazione dei termini originari – precisa la Relazione illustrativa – “troverà per il resto applicazione la disciplina prevista per l'*automatic stay*, a cominciare dal settimo e ottavo comma dell'art. 161, espressamente”.

L'istanza deve essere corredata della indicazione degli elementi che rendono necessaria la concessione della proroga con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza Covid-19; il tribunale acquisito il parere del commissario giudiziale (se nominato, cioè del “precommissario”) concede la proroga se ritiene che l'istanza si basi su concreti e giustificati motivi; in altre parole, occorrerà non solo allegare genericamente l'esistenza della pandemia ma dimostrare che le misure di contenimento della stessa impattino sul ciclo produttivo dell'impresa in (pre)concordato e che, quindi l'impostazione originaria del piano soffra le criticità connesse al periodo emergenziale. Diverse e più permissive soluzioni sembrano difficilmente ipotizzabili, anche perché siamo in regime di concessione di una ulteriore proroga rispetto alla prima già concessa ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. sulla base di giustificati motivi.

Ci si può invece chiedere se la proroga di novanta giorni possa essere concessa nel caso in cui il debitore che ha presentato la proposta di concordato con riserva non abbia ancora usufruito della proroga ex art. 161, comma 6, l. fall.²¹; le alternative in astratto possibili sono due, la prima, che il debitore possa usufruire direttamente della proroga di novanta giorni²² (soluzione che però sembra esclusa dal tenore letterale dell'art. 9, comma 4, d.l. n. 23/2020) la seconda che il debitore possa comunque usufruire della prima proroga (non su-

¹⁹ D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso*, cit.

²⁰ S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del Codice della crisi*, cit., 11.

²¹ Sul punto F. Lamanna, *Le misure temporanee*, cit.

²² M. Irrera, E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale*, cit., p. 8.

periore a sessanta giorni) prevista dall'art. 161, comma 6, l. fall. e successivamente della seconda proroga prevista dall'art. 9, comma 4, sempre che ne sussistano le condizioni.

La stessa disciplina si applica (art. 9, comma 5, d.l. n. 23/2020) in caso di concessione del termine di moratoria *ex art. 182-bis*, comma 7, l. fall.) quando, sempre sulla base dei giustificati motivi addotti, il tribunale valuti che continuano a sussistere i presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui all'art. 182-*bis*, l. fall.; sono omissi gli adempimenti documentali di cui alla prima parte dell'art. 182-*bis*, comma 7, l. fall., in quanto tali adempimenti sono già stati curati.

Il legislatore ha invece ritenuto di lasciare inalterata la disciplina sulla nuova finanza all'impresa in crisi, laddove si sarebbe forse potuto rendere ancor meno stringenti i presupposti applicativi della disposizione sulla finanza di urgenza (ad esempio espungendo il requisito della irreparabilità del danno, bastando la sua gravità) ed esportare temporaneamente il meccanismo "autocertificativo" e quello della consultazione dei principali creditori di cui allo stesso art. 182-*quinquies*, comma 3, alle situazioni regolate dai commi precedenti della norma, perseguendo anche per questa via l'intento di velocizzare le decisioni sulla nuova finanza (e quindi il relativo afflusso) e di non congestionare l'attività dei tribunali.

Così come sarebbe stato d'uopo anticipare l'operatività del principio, sancito espressamente dal Codice della crisi, della stabilizzazione della prededuzione del credito da finanziamento anche in caso di successivo fallimento, nel comune e convergente interesse delle imprese finanziate e degli istituti di credito.

Nel porre mano alla norma sulla postergazione dei finanziamenti dei soci, disapplicando, condivisibilmente, gli artt. 2467 e 2497-*quinquies*, c.c. (art. 8 del decreto Liquidità), si sarebbe potuto, anche qui temporaneamente, innalzare dall'80% al 100% la prededucibilità degli apporti effettuati dai soci ai sensi dell'art. 182-*quater*, come misura ulteriormente incentivante in un frangente così critico.

Fra le altre, risultano allo stato scartate, alla luce della conversione del decreto in esame (o eventualmente con altri provvedimenti d'urgenza), come pure l'eventualità di prevedere una procedura *ad hoc*, snella e veloce, sulla falsariga dell'accordo di ristrutturazione (verosimilmente preferibile a una riedizione "modernizzata" della vecchia amministrazione controllata, abrogata quindici anni fa)²³ e quella di reintrodurre, quanto meno in via provvisoria, il meccanismo del silenzio-assenso nel concordato preventivo, affinché i creditori si assumano apertamente (specie di questi tempi appare necessario) l'onere di bocciare una proposta di risanamento aziendale e, comunque, di ristrutturazione dei debiti²⁴.

²³ Ma si vedano anche le stimolanti considerazioni di F. Benassi, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da Coronavirus*, in www.ilcaso.it, e di G. Corno, L. Panzani, *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza, tramite l'istituzione della procedura di "amministrazione vigilata"*, ivi.

²⁴ S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del Codice della crisi*, cit.

5. Segue. La rinuncia al concordato preventivo e il deposito di un piano attestato di risanamento

Il comma 5-*bis* dell'art. 9, introdotto dalla l. n. 40/2020, stabilisce testualmente: “il debitore che, entro la data del 31 dicembre 2021, ha ottenuto la concessione dei termini di cui all'articolo 161, sesto comma, o all'articolo 182-*bis*, settimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può, entro i suddetti termini, depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, pubblicato nel registro delle imprese, e depositando la documentazione relativa alla pubblicazione medesima. Il tribunale, verificate la completezza e la regolarità della documentazione, dichiara l'improcedibilità del ricorso presentato ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, o dell'articolo 182-*bis*, settimo comma, del citato regio decreto n. 267 del 1942”.

Su questo tema si rimanda all'apposito contributo pubblicato nel presente volume.

6. La temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento

L'art. 10 del decreto Liquidità stabilisce, al comma 1, che tutti i ricorsi ai sensi degli artt. 15 e 195, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e 3, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili.

Le questioni sollevate dalla predetta disposizione sono oggetto di esame del contributo ad essa dedicato, pubblicato *infra* in questo volume.

7. Un accenno al tema dell'insolvenza incolpevole

Come in altra sede si è già avuto modo di osservare²⁵, costituisce *jus receptum* da lungo tempo il principio della c.d. rilevanza oggettiva dello stato di insolvenza. Ciò significa che ai fini del suo accertamento – e, a monte, del potere-dovere di farvi luogo – conta esclusivamente l'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, a prescindere da quali siano state le cause generatrici di tale situazione.

Manca in effetti nella definizione di cui all'art. 5, l. fall. qualsiasi riferimento alle cause dell'insolvenza: essa sussiste e rileva – com'è stato rilevato – “a prescindere dal fatto che derivi da errori nella programmazione economico-finanziaria dell'imprenditore, da *deficit* comportamentali, da shock esogeni ivi comprese calamità naturali, dalla commissione di reati, da scioperi, dal non riuscire a incassare crediti dai propri debitori, dalla semplice sfortuna. Quel che conta è solo il fenomeno effettuale in sé”.

Dal procedere alla dichiarazione di fallimento, del resto, esula ogni profilo di natura sanzionatoria, per cui è logico che non rilevi l'addebitabilità o meno della decozione a colpa dell'imprenditore e, per vero, neppure a fatti a lui riconducibili. Al punto che persino

²⁵ S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del Codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema della insolvenza incolpevole*, cit., 14.

l'insolvenza provocata da caso fortuito o forza maggiore (ipotesi tradizionalmente considerata "di scuola") non esime il tribunale dalla necessità di dichiarare il fallimento.

Il principio dell'irrelevanza delle cause dell'insolvenza non soffre deroghe normative di sorta, anche se non può venire generalizzato in modo assoluto e indiscriminato, incontrando anch'esso il limite segnato da quei principi che permeano di sé l'intero ordinamento, a cominciare dalla clausola generale di buona fede e correttezza intesa in senso oggettivo (il riferimento è a quelle situazioni-limite in cui sia lo stesso, unico, creditore a cagionare, abusando dei propri diritti, lo stato di decozione, o in cui egli non abbia alcun concreto interesse alla dichiarazione di fallimento).

Passando dal piano del diritto positivo a quello dello *jus condendum*, merita segnalare che è stata da ultimo avanzata, in dottrina, la proposta – dichiaratamente frutto dell'emergenza epidemiologica – di attribuire "diritto di cittadinanza" all'insolvenza incolpevole, integrando l'art. 5 con la precisazione in base alla quale non si fa luogo al fallimento quando l'insolvenza è dipesa da cause di forza maggiore²⁶.

Il concetto di forza maggiore, naturalmente, non è nuovo nel nostro ordinamento²⁷. Il codice civile lo utilizza espressamente tutte le (rare) volte in cui intende anettere valenza "scriminante" dell'inadempimento al verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili. Così è a dirsi degli artt. 1218 (Responsabilità del debitore) e 1785, n. 2) (Limiti della responsabilità dell'albergatore), ma anche della meno conosciuta disposizione di cui all'art. 132 c.c. (Mancanza dell'atto di celebrazione del matrimonio).

Il concetto è altresì "presente" nell'art. 1467 c.c., il quale riconosce al debitore la facoltà di richiedere la risoluzione del contratto nel momento in cui la prestazione da lui dovuta sia diventata eccessivamente onerosa per fatti straordinari ed imprevedibili, estranei alla sua sfera d'azione.

E con la medesima funzione descrittiva di fatti eccezionali e sottratti al controllo dell'uomo la fattispecie "forza maggiore" è adoperata da altre fonti giuridiche in ambiti assai diversi (codice penale, codice della navigazione, ecc.).

Ora, va riconosciuto che la suddetta proposta di escludere il fallimento ove causato da forza maggiore è, ad un tempo, originale dal punto di vista del contributo di idee e commendevole per la finalità che essa persegue, tanto che il legislatore avrebbe potuto valutarne l'introduzione, anche solo in via temporanea. E ciò a prescindere dalla preferibilità della sua collocazione all'interno dell'art. 5, o piuttosto come integrazione dell'art. 15, il cui ultimo comma già oggi prevede un'ipotesi (seppur molto diversa) in cui non si procede alla dichiarazione di fallimento.

Occorre tuttavia considerare che la rinuncia al principio della rilevanza oggettiva dell'insolvenza avrebbe comportato un elemento di innegabile incertezza nella valutazione del giudice in ordine alla sussistenza di tale presupposto, non essendo spesso agevole ravvisare un nesso causale esclusivo fra evento straordinario e dissesto dell'impresa²⁸.

²⁶ G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in www.ilcaso.it.

²⁷ È noto il brocardo che la definisce come "*vis fatale cui resisti non potest*".

²⁸ Nello stesso senso AMBROSINI, *op. loc. ult. cit.*, nonché M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, cit., 593, il quale osserva che "un approdo di questo tipo si può giustificare nell'emergenza ma poi si tratterebbe di vedere se non apra la stura ad una soggettivizzazione dell'insolvenza, un risultato probabilmente non auspicabile per il bisogno di certezze nei traffici commerciali".

Anzi, si deve tener presente che in tutta una serie di casi la pandemia ha avuto l'effetto di aggravare bruscamente una situazione di equilibrio già precario dell'impresa, quando non di squilibrio in atto: ragion per cui "l'esimente da forza maggiore" sarebbe stata destinata a trovare applicazione nei soli casi in cui un'impresa, di per sé totalmente sana, fosse venuta a trovarsi in difficoltà esclusivamente per l'emergenza epidemiologica.

La scelta del legislatore a favore della temporanea improcedibilità delle istanze di fallimento, seppur non esattamente di portata sistematica, è stata quindi probabilmente dettata, oltre che da una apprezzabile esigenza di certezza applicativa, anche dalla consapevolezza delle eterogeneità interpretative di cui sarebbe stata foriera l'altra opzione sul tappeto.

Va nondimeno soggiunto che il rimedio dell'improcedibilità *ex art. 10* è per sua natura "a tempo", mentre non possono escludersi (al contrario, vanno messi in conto) fenomeni di insolvenza "prevalentemente incolpevole" oltre l'orizzonte temporale del giugno 2020. Rispetto a tale scenario una norma nel senso della non fallibilità per forza maggiore avrebbe in effetti – occorre riconoscerlo – maggiore "respiro", oltre a risultare sintonica alla grave situazione corrente. E con riferimento ai casi in cui non emergesse con chiarezza l'ascrivibilità dell'insolvenza in via esclusiva alla pandemia, potrebbe attingersi forse, in via normativa e comunque interpretativa, al criterio della prevalenza dell'apporto alla causazione dell'evento (la stessa Relazione illustrativa, sub art. 10, parla di dissesto "in gran parte da ricondursi a fattori esogeni") e, nei casi ulteriormente dubbi, a un *favor debitoris* per una volta oggettivamente giustificato dal momento storico che stiamo attraversando.

Ma – ripetiamo – non è stata questa l'opzione adottata dal legislatore, neppure in sede di conversione in legge del decreto.

L'INCIDENZA DEL DIRITTO EMERGENZIALE SULLO STATO DI CRISI E DI INSOLVENZA: LA DIROMPENTE "INSOLVENZA REVERSIBILE"

Michele Monteleone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi e insolvenza nell'attuale sistema concorsuale. – 3. L'insolvenza "prospettica". – 4. Crisi e insolvenza nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. – 5. L'insolvenza, la pandemia e i rapporti obbligatori. – 6. La legislazione emergenziale e non fallibilità: la causa di forza maggiore. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La pandemia provocata dal diffondersi del COVID-19 e la gravità degli effetti che da essa sono scaturiti – percepiti, tra l'altro, con tragica intensità tanto sul piano sanitario quanto su quello economico-sociale – rappresentano un evento del tutto inimmaginabile e di indubbia portata storica.

In via strettamente conseguenziale, in virtù del forte legame che sempre nasce con il contesto di riferimento in cui si opera, le riflessioni recentemente svolte dalla comunità scientifico/economica si sono inevitabilmente incentrate sulla possibile associazione della pandemia da coronavirus al "*cigno nero*": è evidente, infatti, che si è assistito alla verifica di un evento raro, impreveduto e dirompente con ricadute di tipo sistemico anche a livello internazionale e che, in considerazione delle caratteristiche ora segnalate, si presenta come drammaticamente sconvolgente e destinato ad incidere grandemente sullo sviluppo futuro delle vicende umane¹.

L'eliminazione del contagio – da attuare sia sotto il profilo economico che in ambito sociale – e la ridefinizione di nuovi equilibri politico-finanziari richiedono sforzi che dovranno necessariamente essere profusi lungo un significativo arco temporale².

Se, all'inizio dell'anno 2020, l'attenzione era focalizzata sulla imminente entrata in vigore del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, il campo di osservazione risulta,

¹ R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it.

² La teoria del Cigno Nero – o teoria degli eventi del Cigno Nero – condensa e racchiude il concetto per cui un evento con un forte impatto rappresenta una sorpresa per l'osservatore. Una volta accaduto, l'evento viene poi razionalizzato *a posteriori*. La teoria è stata sviluppata per spiegare il ruolo sproporzionato di accadimenti dirompenti, rari e difficili da prevedere se rapportati alle aspettative che sorgono legittimamente in ambito storico, scientifico, finanziario e tecnologico – cfr. *IlSole24ORE argomenti del 15.12.2016*, in www.ilssole24ore.com.

all'attualità, completamente ribaltato in considerazione della descritta situazione emergenziale – mai verificatasi sotto il vigore della ancora vigente legge fallimentare – che ha comportato, tra l'altro, anche il differimento dell'entrata in vigore del CCII al 1° settembre 2021³.

Il “*fallimento sistemico*” – che si configura quando, a causa della pandemia, si perviene alla dichiarazione di fallimento di un numero di imprese talmente elevato da contagiare l'intero sistema economico – è il pericolo maggiore cui si dovrà ineluttabilmente far fronte.

Va considerato, invero, che, proprio a causa dell'incalzante epidemia da COVID-19, è stata ravvisata la necessità di imporre un blocco – sicuramente inopinato per gli operatori economici – di quasi tutte le attività. L'adozione di tale misura di contenimento ha generato una crisi generale che ha rapidamente investito l'intera economia mondiale, con conseguenze la cui portata risulta ancora oggi difficilmente stimabile in tutti i più disparati settori produttivi (industria, commercio, servizi bancari, finanziari, assicurativi, di trasporto, ecc.)⁴.

L'indisponibilità immediata di denaro contante e/o di diverse altre forme di pagamento equivalenti e comunque prontamente monetizzabili ed i correlati “*inadempimenti a catena*” costringeranno molte aziende ad una “*liquidazione forzata*”; le iniziative giudiziarie attivate dai creditori – di estenuante lunghezza e dai costi esorbitanti – non riusciranno, invece, a realizzare lo scopo loro proprio.

Lo scenario che si prospetta è quello di una reale pandemia economica con forti ripercussioni, anche a livello sociale, su imprenditori e non solo (familiari ed altri soggetti che gravitano intorno alla figura dello stesso imprenditore, quali, ad esempio, i dipendenti ed i loro congiunti, gruppi sociali di riferimento, etc.), in una facilmente pronosticabile “*insolvenza di massa*”.

Si tratta, come è ovvio, di un rischio che va assolutamente scongiurato e forte è il timore che sia impossibile per tutti venirne fuori indenni⁵.

Secondo una recente analisi di Cerved pubblicata lo scorso mese di marzo (cfr. Osservatorio 4° q. – n. 41), nell'esercizio 2019 sono uscite dal mercato (a seguito di una procedura concorsuale o di una liquidazione volontaria) 90.649 imprese; il suddetto dato si pone sostanzialmente in linea con quello del 2018 (+ 0,4%). Dallo stesso studio emerge, inoltre, che, nel terzo e quarto trimestre dell'esercizio precedente, il numero dei fallimenti dichiarati è aumentato, con incrementi evidenti nei settori economici dell'industria e dei servizi (dopo quindici trimestri consecutivi di calo ininterrotto).

Sulla situazione appena delineata, la diffusione del COVID-19 inciderà in modo certamente devastante: secondo i principali centri di ricerca economici e le più note società di consulenza (Euromonitor International, BCG, Svimez, Cerved, McKinsey, Duff & Phelps,

³ R. Brogi, *Il diritto emergenziale della crisi d'impresa all'epoca del COVID-19*, 13 aprile 2020, in www.osservatorio-oci.org.

⁴ Va rimarcato che, a mente dell'art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), dettato in materia di “*misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19*”, ai fini di quanto ivi stabilito, “*l'epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*”.

⁵ G. Limitone, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-COVID-19*, 18 aprile 2020, in www.ilcaso.it.

Financial Times, ecc.) siamo in presenza di un importante “*downside*” economico, globale e locale, che riguarderà l'intero esercizio corrente (2020) e parte non irrilevante di quello prossimo (2021)⁶.

Avveduta dottrina ha qualificato come “*interventi da terapia intensiva*” le operazioni di carattere emergenziale poste in essere sino a questo momento⁷. Occorrerà riattivare, sulla scorta dell'esempio offerto dalla medicina di territorio, importanti presidi che consentano, da un lato, di offrire ossigeno alle imprese e, dall'altro, di riconvertire le attività economiche con scarse possibilità di sopravvivenza al precipuo fine, quanto a quest'ultimo caso, di non immobilizzare inutilmente ricchezze.

Innanzitutto ad uno scenario così compromesso, terminata la primissima fase emergenziale, sarà necessario, pertanto, distinguere le imprese più meritevoli da quelle per le quali qualsivoglia eventuale forma di sostegno si rivelerebbe quasi un danno (per le responsabilità che potrebbero conseguire) o potrebbe comunque assurgere a pregiudizio per il resto del mondo produttivo⁸.

Le risorse non potranno essere destinate indiscriminatamente: bisognerà, invece, selezionare e premiare tutti coloro che si siano trovati in una situazione di “*difficoltà incolpevole*” (nozione quest'ultima che, sebbene ripetutamente evocata in diversi saggi già oggetto di pubblicazione, risulta totalmente nuova nel panorama delle procedure concorsuali). Gradatamente, l'attenzione dovrà poi spostarsi sulle imprese già in difficoltà che, pur tuttavia, appaiono risanabili, sulla scorta di criteri oggettivi, anche grazie agli aiuti sovvenzionati dallo Stato. Non meno importante per il tessuto economico sarà, da ultimo, anche la gestione oculata dei dissesti delle imprese non risanabili che dovrà essere opportunamente pianificata in modo tale da evitare che avvenga la dispersione di questa parte – comunque importante – di ricchezza⁹.

⁶ Cfr. A. Tron, E. Favale, F. Vermicelli, *Decreto liquidità e aziende con esposizioni utp: un'intesa mai nata*, in www.osservatorio-oci.org. In particolare, viene ivi evidenziato che “l'impatto dell'emergenza sanitaria avrà conseguenze importanti sulle economie mondiali e sull'import/export e l'effetto principale, inevitabile, sarà quello di colpire le imprese nazionali operanti nei settori fortemente esposti con l'estero, sia in termini di export, sia in termini di approvvigionamento (supply chain). Inoltre, bisogna tenere conto che, come indicato nelle ricerche del Cerved, per le aziende manifatturiere esiste la concreta possibilità di perdere, almeno nel breve termine, posizioni verso i propri concorrenti internazionali”.

⁷ M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, in Fallimento, 2020, 589 ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ F. Fimmanò, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, 26 marzo 2020, in www.giustiziadecivile.com, ha immaginato, invece, “una ‘strategia di resilienza’, specie per quelle imprese sane che, all'improvviso, hanno perduto le proprie certezze e la dinamica dei propri cicli produttivi e che non solo possono trovarsi sul baratro dell'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni, ma divenire facili prede, a prezzi da saldo, di altre imprese concorrenti, specie straniere (...) Il concordato fallimentare può essere oltre che una mera modalità subprocedimentale di chiusura del fallimento, una variante procedimentale del modello liquidatorio base ... L'idea di un concordato fallimentare ‘del giorno dopo’ era, d'altra parte, stata concepita dal legislatore che, nel delineare il contenuto del programma di liquidazione, aveva collocato ai primi posti, innanzitutto: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami d'azienda, ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi, ai sensi dell'articolo 104 bis; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto ... C'è di più, la proposta di concordato fallimentare ‘del giorno dopo’ può essere assistita da quel nuovo sistema di garanzie pubbliche introdotte dalla decretazione di urgenza in questi giorni ... Ecco che il programma ‘resiliente’ che consenta la gestione ponte mediante affitto può trovare il tassello finale

Le forti fibrillazioni in atto inducono, infine, a riflettere sul delicato ruolo che, nel prossimo futuro, sarà svolto dal giudice (nonché da tutti gli altri attori coprotagonisti) nella gestione emergenziale della crisi dell'impresa, su cui, in particolare, incidono oggi peculiari fattori esogeni all'impresa stessa e causativi di una *“insolvenza non imputabile”*.

2. Crisi e insolvenza nell'attuale sistema concorsuale

La vigente legge fallimentare non fornisce una vera e propria definizione del concetto di *“insolvenza”* – notoriamente identificata come l'impossibilità strutturale (non meramente transitoria), da parte dell'imprenditore commerciale, di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni¹⁰ – ma si limita solo a precisare che la stessa si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori i quali dimostrino l'incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni¹¹.

Almeno fino all'anno 2005, del tutto estraneo alla legislazione volta a regolamentare le procedure concorsuali, era, invece, il termine *“crisi”*.

Dopo diversi tentativi di *reductio ad unitatem* di concetti di matrice diversa (giuridico il primo ed aziendalistico il secondo), con un successivo intervento normativo, resosi necessario onde sciogliere i noti dubbi interpretativi sorti in sede applicativa, si è concluso che i concetti di *“crisi”* e di *“insolvenza”* si pongono fra loro in un rapporto di genere a specie, nel senso che l'insolvenza rappresenta una delle forme (sicuramente la più grave) con cui può manifestarsi la crisi dell'impresa commerciale¹².

Anche avuto riguardo alla *“crisi”* (voce lessicale non inedita nel nostro ordinamento, posto che, già nel 1979, la legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria faceva riferimento, appunto, alle *“grandi imprese in crisi”*), l'attuale legge fallimentare non offre alcun accenno vagamente descrittivo, neppure in forma embrionale.

La crisi, notoriamente, rappresenta uno stato intrinseco all'impresa che non si manifesta all'esterno finché non si traduce in inadempimenti sempre più gravi da trasmigrare, poi, nell'insolvenza; lo stato di insolvenza comprende in sé la crisi, ma non è vero il contrario¹³.

Dal punto di vista aziendalistico, i fenomeni di crisi e di insolvenza possono declinarsi

nel concordato a garanzia pubblica 'del giorno dopo', propedeutico ad un 'fresh start' o ancora meglio ad un 'restart without limits'”.

¹⁰ F. Di Marzio, *L'insolvenza nel “Codice della Crisi e dell'insolvenza”*, approfondimento del 25 maggio 2020, in www.giustiziacivile.com, p. 10, *“questa dimensione, che potremmo definire ‘patrimoniale’, dell'insolvenza è accolta nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. I poteri di autotutela del credito riconosciuti in diverse disposizioni del codice civile possono essere attivati sul presupposto del mancato rilascio o della diminuzione delle garanzie promesse, o sul peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore (cfr., per es., artt. 1186 e 1461 c.c.). Dunque, sul rischio di inadempimento connesso a una insufficienza patrimoniale, piuttosto che a una incapacità finanziaria”*.

¹¹ M. Terenghi, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e Nuovo CCII*, Focus del 20 febbraio 2020, in *Il Fallimentarista*.

¹² S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, 14 gennaio 2019, in www.ilcaso.it.

¹³ Così, G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall. Soc. comm.*, 2005, 1133, che riporta il pensiero di G. Bozza.

in numerose varianti e le correlazioni tra crisi ed insolvenza sono anch'esse variegate e circostanziate.

La crisi ha solitamente origini interne e sovente prolungate e latenti; si registrano, tuttavia, anche crisi manifeste all'esterno ben prima dell'insolvenza: ad esempio, i soggetti vigilati (banche) comunicano periodicamente all'autorità la loro situazione economica e patrimoniale; inoltre, quanto alle imprese commerciali, anche le informazioni relative alle difficoltà di quella tra esse in crisi (quali, in via esemplificativa, quelle inerenti al calo degli ordini, ai bilanci in peggioramento, alla insoddisfazione della clientela) risultano rapidamente conoscibili all'interno di un distretto o tra i diretti *competitors*, di là dal fatto che le banche ritraggono dai bilanci giudizi in sede di monitoraggio degli affidamenti in esse-
re¹⁴.

Quanto alla sequenza crisi → insolvenza, essa rappresenta quella a cui si fa generalmente riferimento, in astratto, in quanto tipica e prevalente, ma è erroneo ritenere che sia l'unica possibile¹⁵. Non mancano, infatti, evidenze empiriche di aziende sane diventate insolventi per responsabilità di un creditore: il tema riguarda, ad esempio, non di rado i fornitori dello Stato (v. *infra*). È opportuno sottolineare, sul punto, che il prolungato *lock-down* ha creato condizioni di insolvenza effettive e potenziali per diverse aziende, specie nei settori più colpiti (turismo, trasporti, alberghiero, termale, *wellness*, cultura)¹⁶.

Ciò posto, avuto specifico riguardo alla “*crisi*”, con tale concetto si usa intendere una situazione correlata ad una difficoltà dell'impresa non ancora caratterizzata da una portata e da una prospettiva di irrecuperabilità tali da configurare l'insolvenza e, quindi, da assurgere a presupposto del fallimento.

Giova precisare, in realtà, che anche le crisi (il riferimento va qui inteso a quelle economico gestionali) possono essere irreversibili, a prescindere dallo stato di insolvenza. Il catalogo delle ipotesi in cui ciò può accadere annovera, ad esempio, tra le diverse plausibili fattispecie, la perdita di una licenza, il decadimento irrecuperabile del *business* (nel caso di azienda c.d. monoprodotto), i provvedimenti giudiziari di sequestro (o, ancora, l'adozione di misure interdittive), la cessazione di un brevetto, la perdita del monocliente o l'interruzione del rapporto principale (si pensi, in via esemplificativa, alla subfornitura, agli affiliati nel *franchising*, ai subcontrattisti), la fine del ciclo di vita di un prodotto (in mancanza di innovazione)¹⁷.

Di là dalle precisazioni or ora effettuate, secondo la definizione data dalla Commissio-

¹⁴ P. Bastia, intervento nell'ambito del Convegno “*Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell'impresa al tempo del Coronavirus*”, 12° evento sulla trasparenza organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili della Circoscrizione del Tribunale di Rimini, dall'Associazione Italiana Dottori Commercialisti-Sezione di Rimini e da Orientamenti-Rivista di Studi economici, giuridici e sociali, *Analisi della situazione economica e finanziaria attuale e proposte per orchestrare la ripresa delle aziende e del mercato dopo il coronavirus*, Rimini, 29 maggio 2020.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*. L'Autore annovera, inoltre, nel catalogo esemplificativo di cui si sta qui dando conto, l'ulteriore caso di un'azienda economicamente sana in cui l'insolvenza è sorta per ragioni speculative, allorché l'imprenditore di successo nel settore meccanico (macchine utensile per il mobile) ha investito un enorme liquidità (venti milioni di euro) in derivati finanziari, con esito infausto, le cui perdite (finanziarie) hanno travolto l'intera azienda. Altre ipotesi concernono, poi, insolvenze derivanti non dal cattivo andamento del *business*, ma da “*turbolenze valutarie*”, per differenze cambi negative.

¹⁷ *Ibidem*.

ne Trevisanato, la crisi configurava “una situazione patrimoniale economica e finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”¹⁸. Sul punto, vi è chi ha osservato come quella riportata rappresenti, in realtà, una nozione troppo deterministica e contabile: la crisi, infatti, può essere anche strategica e gestionale potendo essere ricollegata, ad esempio, a difetti di qualità, reclami della clientela, errori di diversificazione, perdita di reputazione, difficoltà nei passaggi generazionali, conflitti tra i soci con rovinosi recessi¹⁹. Chi aderisce a tale orientamento di pensiero ha evidenziato, in via ulteriore, avuto specifico riguardo alla formulazione dell’art. 13 CCII, che anche la Banca d’Italia, in un recente documento (Memoria del 18 novembre 2018), ha ritenuto riduttivo il richiamo più evidente, come indici di crisi, ai soli squilibri di tipo reddituale, patrimoniale e finanziario²⁰.

Ad ogni buon conto, in base all’odierna disciplina, lo stato di crisi, sostanzialmente definito in negativo, è dunque comprensivo tanto dell’insolvenza vera e propria quanto di tutte quelle situazioni ad essa prodromiche o finitime che, purtuttavia, non integrano ancora l’insolvenza da cui, verosimilmente, dovrebbero distinguersi, in particolare, in virtù di un loro possibile superamento, sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione e di ristrutturazione del debito.

Scegliendo di definire in negativo lo “*stato di crisi*”, per distinguerlo dall’insolvenza irreversibile (potendosi così argomentare ex art. 160, comma 3, l. fall.²¹), il legislatore ha inteso fornirne una nozione giuridica che comprende, sul piano economico, un’ampia gamma di situazioni di squilibrio economico-finanziario (essendo ciò desumibile dal combinato disposto degli artt. 182-bis e 182-septies, l. fall.) che giungono fino all’insolvenza, con l’intento di lasciare ampio margine di manovra all’imprenditore e consentirgli di optare, nell’ambito delle varie forme e tecniche di gestione della crisi, per quella più conforme alla specifica condizione in cui versa la propria impresa²².

Ciò significa, dunque, che l’insolvenza costituisce una sorta di sottocategoria della crisi, potendo la prima essere identificata con la versione più estrema di quest’ultima.

Da un angolo visuale spiccatamente aziendalistico, l’insolvenza è un fenomeno prettamente finanziario riconducibile: a) a cause di crisi anche non finanziarie (economico-

¹⁸ G. Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell’impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2005, 1157.

¹⁹ P. Bastia, intervento nell’ambito del Convegno “*Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell’impresa al tempo del Coronavirus*”, cit.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ La disposizione normativa richiamata stabilisce, testualmente, che “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”.

²² Cfr. M. Libertini, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, Milano, 2010, 372. Per un tale approccio nella giurisprudenza post-riforma cfr., ad es., App. Torino, 3 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giur., 6785; App. Firenze, 7 aprile 2016, *ivi*, 5672, secondo cui “*la profonda asimmetria che viene in tal modo a manifestarsi sui fronti contrapposti degli interessi in gioco non può che indurre a guardare con estremo favore l’omologazione degli accordi di ristrutturazione, non tanto per acritico ossequio al dogma della volontà negoziale, quanto perché lo strumento, evitando in radice l’impiego di costosi rimedi concorsuali, porta in dote un risultato di grande importanza collettiva: il superamento della crisi d’impresa, se non addirittura la rimozione dello stato d’insolvenza*”. È quanto rileva L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, 1013, il quale richiama, per analogia, l’istituto americano della *reorganisation*.

gestionali): errori strategici, carenze organizzative, conflitti nella *governance*, perdita di quote di mercato; b) a cause miste economico-finanziarie non adeguatamente gestite: ad esempio, le cosiddette “*crisi da sviluppo accelerato*” di *start up* o di aziende economicamente promettenti che hanno accelerato troppo le crescite di fatturato, con dilatazione smodata del circolante (magazzino e crediti) ed una conseguente espansione del debito corrente ovvero di aziende mature che hanno operato importanti investimenti finanziati col ricorso all’indebitamento (banche o bond); c) eventualmente anche a cause (eminentemente) finanziarie di crisi non adeguatamente fronteggiate o risolte: atavica sottocapitalizzazione, investimenti finanziari incoerenti (titoli, partecipazioni, gestioni patrimoniali); d) imprudenti iniziative finanziarie a favore di *partners*²³; e) mancanza di programmazione finanziaria e riflessi esiziali sul ciclo monetario (durata crediti + durata magazzino – durata fornitori), caso, questo da ultimo menzionato, frequente nelle società di costruzione monocommessa, con cicli lunghi di lavorazione e di SAL; f) la mancanza di forme di mitigazione del rischio finanziario: nanismo aziendale, proprietà familiare (priva di capitali aggiuntivi), isolamento dell’impresa (non facendo parte di un gruppo o di una rete di alleanze in grado di fornire soccorso finanziario), *monobusiness*: con una totale dipendenza delle sorti dell’impresa dal flusso di cassa corrente e quindi con la costante esposizione al rischio di insolvenza²⁴.

Con uno sguardo alla realtà contemporanea, può dirsi che l’attuale crisi di liquidità – dovuta alla crisi di domanda sia all’interno delle filiere produttive (vale, a tal riguardo, il concetto “*se non si produce non si acquista*”) sia da parte dei consumatori finali – è causa di insolvenza pura, anche prescindendo da ragioni economiche, ed evidenzia comunque la fragilità del sistema, già troppo esposto all’indebitamento²⁵.

In definitiva, anche aziendalmente, l’insolvenza è considerata come tipica manifestazione finale della crisi²⁶.

Quanto alle pronunce giurisprudenziali, esse sul tema si presentano alquanto copiose ed hanno portato, negli anni, al consolidamento di una definizione – ormai sedimentata – di insolvenza²⁷ che, tradizionalmente, viene intesa come una “*condizione di impotenza*”

²³ P. Bastia, intervento nell’ambito del Convegno “*Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell’impresa al tempo del Coronavirus*”, cit. L’illustre Studioso il cui pensiero è qui richiamato menziona, a tal riguardo, il caso del Gruppo La Perla, la cui insolvenza è in gran parte da ricondurre all’avvenuto finanziamento di negozi in crisi di liquidità con dilazioni lunghe ed incontrollate, quando invece i fornitori dovevano e volevano essere pagati puntualmente.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ V., tra gli esempi più recenti, Trib. Piacenza, 8 maggio 2020, (ud. 8 maggio 2020, dep. 8 maggio 2020), in *DeJure*, che così statuisce: “*quanto al requisito dell’insolvenza, va rammentato in diritto che lo stato d’insolvenza dell’imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, ‘si realizza in presenza di una situazione d’impotenza, strutturale e non solo transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, a seguito del venire meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività mentre è irrilevante ogni indagine sull’imputabilità o non all’imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all’impresa, come sull’effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti*” (Cass. civ., Sez. I, 4 marzo 2005, n. 4789) ben potendosi desumere lo stato di insolvenza sulla base di parametri quali: perdite di esercizio relative all’anno precedente al fallimento; la pesante situazione debitoria; inesistenza di liquidità; mancati adempimento di debiti anche di modesto importo”.

economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente, con normali mezzi solutori, le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito necessari per lo svolgimento della sua attività"²⁸.

Nella sua sinteticità, la nozione di stampo giurisprudenziale coniuga il *deficit* dell'elemento più propriamente economico-patrimoniale (la natura strutturale) con la componente finanziaria (l'inadeguatezza della liquidità), collocando entrambi su un piano temporale e, se da un lato richiede la loro persistenza in termini non labili e comunque temporanei, dall'altro impone all'osservatore di individuare, in prospettiva futura, la definitività di una situazione così gravemente deteriorata²⁹.

Esula, invece, dalla valutazione dell'insolvenza l'esame delle sue cause.

Il carattere oggettivo dell'insolvenza è un principio secolare, indiscusso, "*jus receptum*"³⁰ che trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di garantire la certezza dei traffici giuridici e l'eliminazione di imprese non più produttive (vi è chi, in argomento, richiama l'utilità sociale che, nell'art. 41 Cost., viene posta in riferimento all'iniziativa economica privata)³¹.

Come già poc'anzi anticipato, la dottrina prevalente ha evidenziato che manca, nella definizione di cui all'art. 5 l. fall., qualsiasi riferimento alle cause dell'insolvenza: essa sussiste e rileva – come è stato osservato – "*a prescindere dal fatto che derivi da errori nella programmazione economico-finanziaria dell'imprenditore, da deficit comportamentali, da shock esogeni ivi comprese calamità naturali, dalla commissione di reati, da scioperi, dal non riuscire a incassare crediti dai propri debitori, dalla semplice sfortuna. Quel che conta è solo il fenomeno effettuale in sé*"³².

Il principio dell'irrelevanza delle cause dell'insolvenza non è soggetto ad alcuna deroga normativa; non può tuttavia essere considerato di generalizzata, assoluta ed indiscriminata applicazione, poiché l'intero ordinamento è permeato dai preminenti principi enucleati

²⁸ Per tale definizione, oramai costante in giurisprudenza, v. per tutte Cass. 27 aprile 1999, n. 4277, in *Fall.*, 1999, p. 297; da ultimo, Cass. 27 maggio 2015, n. 10952, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giur., 2015, per la quale "*in tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte, può essere desunto, ai sensi dell'art. 15 ult. co. della L.F., dal complesso dei debiti, purché almeno pari all'ammontare stabilito, secondo il periodico aggiornamento previsto dal terzo co. dell'art. 1 L.F., dallo stesso art. 15 ult. co. L.F., accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare*". Quanto agli approfondimenti dottrinali, si rinvia a G. Terranova, *Stato di crisi e stato di insolvenza*; v. anche E. Frascaroli Santi, *Insolvenza e crisi d'impresa*, 21 ss.

²⁹ I concetti espressi risultano maggiormente intellegibili se rapportati a casi pratici. Vale qui segnalare che la pronuncia sopra riportata, *sub* nota n. 27, si esprime ancora nei seguenti termini "*è da escludere il ricorrere di un fenomeno di occasionale inadempienza, dovendosi per contro desumere dagli elementi sinora evidenziati il sussistere uno stato di definitiva incapacità dell'impresa di fare fronte regolarmente alle proprie obbligazioni*" (Trib. Piacenza, 8 maggio 2020, cit.).

³⁰ Cfr., in tal senso, S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, 21 aprile 2020, in *www.ilcaso.it*, 14.

³¹ Cfr. Webinar OCI, *La concorsualità distanziata – le nuove regole societarie e del diritto della crisi (prove tecniche di trasmissione dopo il decreto legge 8 aprile 2020, n.23)*, 24 aprile 2020, *Incontri sul diritto concorsuale transitorio*, in *www.osservatorio-oci.org*.

³² S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, cit., 14.

nelle clausole generali di correttezza e buona fede intesa in senso oggettivo³³, nel requisito dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) e nel carattere della reversibilità dell'insolvenza³⁴.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, le disquisizioni intorno al concetto di insolvenza attengono, da vari anni a questa parte, con sempre maggiore frequenza, alla prospettiva temporale in relazione alla quale va calibrato il suo accertamento. Sotto questo profilo, si discute da tempo se l'apertura di una procedura concorsuale sia subordinata all'esistenza di una manifestazione attuale dell'incapacità patrimoniale dell'imprenditore o se, al contrario, vi siano i margini per dichiarare il fallimento anche sulla scorta di un giudizio prognostico circa l'imminente evoluzione economica e finanziaria dell'impresa³⁵.

Si è registrata una progressiva adesione alla impostazione di pensiero da ultimo menzionata e anche la giurisprudenza ha recentemente affermato, contrariamente a quanto sostenuto in precedenza, che se può giungersi a *“dichiarare il fallimento di un imprenditore la cui insolvenza non è ancora attuale, ma verrà a manifestarsi con certezza in un arco temporale comunque ristretto (c.d. insolvenza prospettica), a maggior ragione la stessa valutazione può compiersi a contrario, per escludere l'insolvenza dell'imprenditore che si trovi in uno stato di difficoltà solo temporanea, quando emerga che detto stato è superabile attraverso la ordinaria prosecuzione dell'attività di impresa”*³⁶. Tali affermazioni evocano il concetto di “irreversibilità”, spesso ritenuta coesistente alla insolvenza (nella sua tralasciata descrizione di matrice giurisprudenziale, incentrata sul carattere *“strutturale”* dell'impotenza del debitore³⁷), pur dovendo rappresentare, invece, il naturale contraltare della crisi, fenomeno per definizione reversibile³⁸ all'esito di procedure giudiziali o negoziali di regolazione o anche solo di percorsi di risanamento interni puramente tecnico-aziendalistici.

Questo tipo di ragionamento si sviluppa in maniera coerente rispetto alle considerazioni che, sull'argomento, vengono effettuate dagli aziendalisti che, dunque, dal loro angolo visuale, non possono che convenire sulla correttezza di quanto or ora esposto. Lo squilibrio finanziario (come l'equilibrio) è, invero, sempre e solo una condizione prospettica in quanto l'esame del passato svolge una funzione servente – secondo razionalità economica – rispetto alla espressione di valutazioni e giudizi sulle responsabilità, ma non è di ausilio alla decisione (la sentenza di fallimento è una decisione): come ben illustrato da autorevo-

³³ P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, 29 giugno 2020, in www.ilcaso.it, 31, *“in tale prospettiva, la buona fede avrebbe la funzione precipua di ‘suggerire’ ai contraenti l'adozione di determinati comportamenti non contemplati dal negozio ed idonei a preservare gli interessi reciproci: in tal senso, il principio de quo si atteggia quale regola di condotta costituente una fonte primaria di integrazione del rapporto addirittura prevalente rispetto alle determinazioni contrattuali”*.

³⁴ S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, 15-16.

³⁵ S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit.

³⁶ Cfr. Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, in www.ilcaso.it.

³⁷ V. *sub nota* n. 27.

³⁸ Si dice, in particolare, che non essendosi ancora determinata l'incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, è ancora possibile una azione di recupero della solvenza: cfr., in tal senso, F. Di Marzio, *L'insolvenza nel “Codice della Crisi e dell'insolvenza”*, cit.

le dottrina, le decisioni si basano sempre – secondo la teoria delle decisioni – su dati, calcoli, stime e prospettazioni future³⁹.

Benché, come è stato osservato, lo stesso ordinamento concorsuale contempli, almeno in astratto, la possibilità di risanamento (e quindi di reversione) anche in relazione ad imprese dichiarate insolventi (è il caso dell'amministrazione straordinaria delle grandi e grandissime imprese in crisi ex d.lgs. n. 270/1999 e d.l. n. 347/2003, per le quali si prevede la possibile adozione di un piano di risanamento finalizzato al ritorno *in bonis*, come desumibile dall'art. 27, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 270/1999), è innegabile che la non-reversibilità, quantomeno in tempi ragionevolmente ristretti, dell'incapacità disegnata dall'art. 5 l. fall. costituisca uno dei più significativi punti di emersione dell'insolvenza.

Per converso, l'apertura della procedura concorsuale si giustifica, pur in assenza di inadempimenti già insorti (intesi come fenomeni rivelatori dell'impotenza strutturale richiesta dall'art. 5 l. fall.), ma in presenza di una valutazione prognostica negativa in ordine all'imminente evoluzione delle condizioni economico-finanziarie dell'imprenditore, come può accadere in caso di ingenti perdite d'esercizio pregresse, di stime negative sull'andamento aziendale in un orizzonte temporale di pochi mesi, di peso dell'indebitamento, di infauste previsioni congiunturali o del settore merceologico di riferimento⁴⁰.

In sintesi, sebbene la valutazione circa la capacità dell'imprenditore di fare regolarmente fronte alle proprie obbligazioni si attui, necessariamente, nel momento in cui va accertata la sussistenza del presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento, i parametri cui far riferimento non sono esclusivamente quelli passati e presenti, ma anche quelli futuri, tra i quali, in particolare, l'idoneità dell'impresa, quantomeno nel breve periodo, a continuare ad operare proficuamente sul mercato in modo da acquisire risorse da destinare all'adempimento delle proprie obbligazioni in una cornice di "normalità"⁴¹.

3. L'insolvenza "prospettica"

Il tema, divenuto via via sempre più centrale nel dibattito sorto tra gli interpreti, è quello della "*prospettiva temporale*" in cui va collocata la ricognizione dell'insolvenza e, in particolare, l'assoggettabilità al fallimento di un imprenditore che, pur non presen-

³⁹ P. Bastia, intervento nell'ambito del Convegno "Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell'impresa al tempo del Coronavirus", cit.

⁴⁰ Trib. Roma, 5 settembre 2008, in relazione al caso Alitalia; Trib. Torino, 14 novembre 2008, in *Giur. it.*, 2009; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2013, 57.

⁴¹ Cfr., in tal senso, anche F. Di Marzio, *L'insolvenza nel "Codice della Crisi e dell'insolvenza"*, cit., 5-6, che, sul punto, così si esprime: "il riferimento alla cessazione dei pagamenti può essere da questo punto di vista un poco ingannevole, perché induce a concentrare l'attenzione su fatti già accaduti e magari a trascurare di riflettere sulle conseguenze attuali e future dello stato soggettivo che determinò quei fatti passati che, per essere accaduti, lo rivelano all'esterno. Invece, è essenziale tenere bene a mente che il nucleo concettuale dello stato di insolvenza è proiettivo: vale soprattutto per raggiungere una prognosi sui comportamenti futuri del debitore. Poiché l'imprenditore è caduto nell'insolvenza e permane in quella condizione disastrosa senza ragionevoli prospettive di superarla, è espulso dal mercato per mezzo della dichiarazione di liquidazione giudiziale: affinché non assuma ulteriori obbligazioni destinate a rimanere deluse".

tando ancora gli indici esteriori tipici del dissesto (in particolare, gli inadempimenti), denoti una situazione economico-finanziaria già rivelatrice, di lì a breve termine, dell'insorgere di un'incapacità strutturale ad onorare regolarmente le proprie obbligazioni.

Le ripetute aperture giurisprudenziali manifestatesi nel senso dell'accoglimento di quest'ultimo orientamento hanno definitivamente modificato i termini del confronto, attribuendo rilevanza privilegiata sia alla visione "*in prospettiva*" della capacità dell'imprenditore di fare ordinatamente fronte ai propri impegni sia all'analisi dell'adeguatezza della complessiva organizzazione aziendale, pur nel suo intrinseco dinamismo, a perseguire l'obiettivo di rimanere sul mercato attraverso l'esercizio di un'attività proficua o quantomeno remunerativa.

Ciò ha recentemente consentito alla Suprema Corte di Cassazione di legittimare la predicibilità dell'insolvenza quando, dai dati contabili dell'impresa, sia possibile desumere che il debitore non disponga di risorse idonee a fronteggiare, in modo regolare, le proprie obbligazioni, tenuto conto dei termini di scadenza di queste ultime, nonché della natura e composizione dei beni patrimoniali da cui sia ipotizzabile ricavare quanto necessario per farvi fronte.

Pertanto, è ormai pacifico che l'indagine sullo stato di insolvenza non si identifichi, in modo necessario ed automatico, con il mero dato contabile (Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 2018, n. 29913), essendo generalmente riconosciuto che essa debba, invece, compiersi in una "*prospettiva dinamica*", volta a valutare le condizioni economiche dell'impresa in un lasso di tempo futuro, ancorché contenuto.

Se, attenendosi a tali direttive, si può pervenire alla pronuncia di una sentenza dichiarativa di fallimento di un imprenditore la cui insolvenza non è ancora attuale, ma verrà a manifestarsi con certezza in un arco temporale comunque ristretto (c.d. insolvenza prospettica), nulla impedisce che la stessa valutazione possa essere compiuta *a contrario* – per escludere l'insolvenza dell'imprenditore che si trovi in uno stato di difficoltà solo temporanea – allorquando emerga che detto stato sia superabile attraverso la ordinaria prosecuzione dell'attività di impresa.

Tali conclusioni poggiano sui tradizionali argomenti di cui consta la scienza giuridica e, in particolare, l'attività interpretativa.

Quanto al formante giurisprudenziale, si osserva, innanzitutto, che le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno fatto propria la nota definizione di stato di insolvenza (di cui si è dato conto in precedenza) in base alla quale tale specifico termine deve essere adoperato per indicare quella peculiare situazione di incapacità "*strutturale e non transitoria*".

Sul piano letterale, la necessità di una valutazione prospettica è, inoltre, insita nella stessa definizione del presupposto oggettivo che si ricava dall'art. 5, l. fall., non potendosi altrimenti distinguere la mera difficoltà transitoria dalla incapacità strutturale e permanente.

L'assunto è confermato, poi, dalla disciplina civilistica dell'inadempimento: se l'art. 1218 c.c. esclude la "*sanzione*" del risarcimento del danno per il debitore che sia inadempiente per causa a lui non imputabile (giova rammentare, infatti, che la regola enunciata dall'art. 1218 c.c. è che il debitore deve sempre rispondere delle conseguenze dannose dell'inadempimento, salvo che l'inadempienza sia stata determinata da impossibilità della

prestazione derivante da causa non imputabile al debitore stesso)⁴², a maggior ragione quello stesso inadempimento non potrà essere annoverato nella categoria degli indizi rivelatori dello stato di insolvenza, dovendosi perciò escludere – a meno che non ricorrano ulteriori elementi sintomatici – la sussistenza del presupposto ex art. 5 l. fall..

Soccorre, poi, in relazione al profilo da ultimo evidenziato, il distinguo tra stato di insolvenza e mero inadempimento dell'obbligazione: sussiste inadempimento, ma non stato di insolvenza, nel caso dell'imprenditore che volontariamente rifiuti di adempiere un'obbligazione, contestandone l'*an* o il *quantum*, ovvero che si trovi nella sola "*temporanea impossibilità*" di soddisfare i creditori, quando possa prospetticamente valutarsi che tale situazione è superabile, ad esempio, con la riscossione di crediti di certo realizzo che lo stesso vanta nei confronti di terzi.

La fondatezza della predetta considerazione è corroborata, anche in questo caso, dall'argomento letterale: l'art. 5, comma 2, l. fall., stabilisce, invero, che "*lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

L'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "*od*" consente di inferire che l'inadempimento è solo uno dei vari "*fatti esteriori*" idonei a dimostrare lo stato di insolvenza e che, pertanto, non è elemento né necessario né sufficiente.

Ipotesi tipica è quella dell'imprenditore, apparentemente insolvente, che vanti nel suo portafoglio crediti (certi, liquidi ed esigibili) di ingente realizzo: è questo l'esempio, frequentemente ricorrente, della P.A.-debitrice che, diversamente da qualunque altro soggetto tenuto ad eseguire quella stessa prestazione, non paga tempestivamente i propri debiti⁴³.

⁴² Cfr., sull'argomento, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXIII edizione a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2017, 458. Viene ivi espressamente chiarito che "*problema fondamentale è quello di stabilire quando l'obbligato debba rispondere delle conseguenze dannose che controparte abbia sofferto in conseguenza del mancato soddisfacimento del proprio interesse creditorio; e quando, invece, le conseguenze negative del mancato soddisfacimento di detto interesse debbano essere sopportate dal creditore, senza possibilità, per quest'ultimo, di trasferirne l'onere economico sul debitore, attraverso la richiesta di risarcimento dei danni*".

⁴³ Emblematiche appaiono, avuto riguardo al profilo da ultimo evidenziato, le seguenti considerazioni espresse da F. Di Marzio, *L'insolvenza nel "Codice della Crisi e dell'insolvenza"*, cit., 7-8: "*se poniamo mente all'essenza dell'attività commerciale quale funzione di intermediazione tra venditori originari e acquirenti finali e consideriamo, piuttosto che la figura emblematica della compravendita, l'attività di comprare per rivendere, possiamo collocare il problema dell'insolvenza nella dimensione propria dell'attività. Nella schematizzazione esemplificativa dell'attività commerciale, il commerciante acquista le merci dai venditori originari assumendo debiti nei loro confronti; dopo di che vende quelle merci agli acquirenti finali acquisendo crediti nei confronti di questi ultimi. L'attività del commerciante si regge non solo se il guadagno conseguito nella rivendita è sufficiente al pagamento dei debiti acquisiti per l'acquisto; ma prima ancora se sono rispettati i tempi di pagamento: così che ricevendo quanto gli spetta alla scadenza, egli potrà onorare sempre alla scadenza i propri debiti. Per adempiere regolarmente i propri debiti alla scadenza è necessario ricevere puntualmente i pagamenti a cui si ha diritto. Il disallineamento dei tempi determina l'incapacità finanziaria del debitore, sfornito del denaro necessario per pagare i propri debiti man mano che scadono. In questo semplice meccanismo riposa la dimensione finanziaria dell'insolvenza commerciale. Se il discorso si generalizza fino ad abbracciare qualsiasi attività di impresa mantiene intatta la sua validità: è solvente l'imprenditore che conserva nel tempo la capacità di adempiere le proprie obbligazioni alla scadenza. La dimensione finanziaria dell'insolvenza si comprende solo in ragione di questa dinamica: specificamente commerciale ma più in generale imprenditoriale. Nel suo progredire l'attività di impresa determina la costante assunzione di obbligazioni verso lavoratori e for-*

Proprio sulle valutazioni che inevitabilmente scaturiscano dall'analisi di una simile casistica, si innesta la critica, ricca di sdegno, mossa dal mondo delle imprese allo Stato, il quale da un lato non onora i propri debiti e, dall'altro, impone che si apra il fallimento di tante attività economiche che è conseguenza – anche e talora soprattutto – del suo stesso inadempimento⁴⁴. Una simile evenienza non può che essere governata facendo uso dei principi generali. Ecco, dunque, che, in conformità ai criteri di riparto dell'onere probatorio previsti dalle norme vigenti in materia civilistica⁴⁵, in sede prefallimentare, la dimostrazione della non imputabilità dell'inadempimento, finalizzata ad escludere la sussistenza dell'insolvenza, è rimessa al debitore. Ciò posto, tale onere dovrà considerarsi assolto quando l'imprenditore resistente provi la titolarità di crediti certi, liquidi ed esigibili nei confronti della P.A., essendo inequivocabilmente certo, al verificarsi di tale evenienza, che la nota ed invalsa prassi dei ritardi nei pagamenti che caratterizza il modo di operare di quest'ultima rappresenta una causa estranea alla sfera di controllo del debitore e tale da rendere l'inadempimento non imputabile⁴⁶.

In sintesi, traendo spunto dalla peculiare vicenda appena descritta e dalla risoluzione della problematica ad essa sottesa, preme evidenziare, in questa sede, che è possibile oggi dare atto dell'esistenza di un certo orientamento di pensiero che sostiene che l'inadempimento dei crediti azionati in giudizio possa essere frutto di una mera impossibilità transitoria, peraltro incolpevole, che, prospetticamente, neutralizza l'eventualità che si possa in qualche modo ritenere configurabile lo stato di insolvenza del debitore che versi in questa determinata condizione⁴⁷.

nitori da un lato e il soddisfacimento dei crediti verso i clienti dall'altro. Più della dimensione patrimoniale e più della dimensione economica, proprio la dimensione finanziaria restituisce all'osservatore giuridico una fotografia fedele dell'attività economica di impresa. L'imprenditore che ha sufficiente disponibilità di denaro per adempiere le proprie obbligazioni alla scadenza non può essere classificato come insolvente. L'attività economica potrà registrare anche perdite progressive e costanti, ma ciò, se può fare preconizzare un futuro stato di insolvenza, non servirebbe egualmente ad argomentare l'attualità di quella condizione".

⁴⁴ S. Ambrosini, *La falsa partenza del Codice della Crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, cit., 15.

⁴⁵ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 462-463: "dal punto di vista processuale, il creditore che, a fronte dell'inadempimento del debitore, agisca in giudizio per l'adempimento della prestazione o la risoluzione contrattuale e/o il risarcimento del danno, ha l'onere (ex art. 2697 c.c.) di fornire la prova del suo credito (ad es. del perfezionamento del contratto in forza del quale ha acquistato il diritto alla consegna della merce), potendo limitarsi ad allegare – ma senza doverne fornire dimostrazione l'inadempimento (ovvero l'inesatto adempimento) che lo stesso imputa a controparte (...). Sarà il debitore a dover eventualmente fornire – con qualsiasi mezzo (v. Cass. 2 novembre 2009, n. 23142) la prova di aver esattamente eseguito la prestazione dovuta (v. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533; da ultimo, Cass. 19 gennaio 2016, n. 810; Cass. 18 settembre 2015, n. 18307)".

⁴⁶ Ivi, "allorquando l'inadempimento sia incontestato (ovvero non sia fornita la dimostrazione dell'esatto adempimento), è sul debitore, che voglia esimersi da responsabilità contrattuale, che grava l'onere di fornire la prova dell'eventuale ricorrenza di una 'causa di giustificazione' del suo inadempimento (art. 1218 c.c.; v. Cass. 22 dicembre 2015, n. 25731)".

⁴⁷ F. Di Marzio, *L'insolvenza nel "Codice della Crisi e dell'insolvenza"*, cit., 8-9, chiarisce che "la possibilità dell'adempimento non dipende dall'entità del patrimonio ma dal corretto funzionamento della dinamica finanziaria: dalla virtuosità del giro di affari messo in piedi dall'imprenditore. Ovviamente la correttezza premia: maggiore è la puntualità nell'assolvimento dei propri impegni più elevato diviene il credito di cui si gode. E tutto ciò a prescindere dal proprio patrimonio e dal capitale investito nell'impresa. Gustavo Bonelli con una memorabile metafora parlò della 'fiaccola del credito' che illumina la capacità adempitiva dell'imprenditore, a

Infatti, se l'imprenditore, evocato nel giudizio prefallimentare, fornisce la prova della titolarità di crediti, talvolta anche ingenti e circolarizzati, vantati nei confronti della P.A. (in quanto relativi a prestazioni eseguite in favore della stessa) ed il cui valore complessivo risulta ampiamente adeguato a soddisfare le pretese azionate nel procedimento instaurato contro di lui, inevitabilmente – ove sia data concreta applicazione al nuovo e dirompente concetto di “*insolvenza reversibile*”⁴⁸ – non potrà vedersi dichiarato fallito.

Riprova della fondatezza dei motivi fin qui articolati, può oggi essere rinvenuta in alcuni nuovi referenti normativi.

Si segnala, infatti, che, attesa l'impellente necessità di ridare slancio alle imprese cc.dd. covidizzate e stante l'urgenza di immettere liquidità nel circuito economico, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto rilancio), in base al combinato disposto degli artt. 115 e 116, prevede che “*gli enti locali ... che, in caso di carenza di liquidità, anche a seguito della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione dell'epidemia da COVID-19, non possono far fronte ai pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili, maturati alla data del 31.12.2019, relativi a somministrazioni, forniture, appalti e a obbligazioni per prestazioni professionali, possono chiedere ... l'anticipazione di liquidità da destinare ai predetti pagamenti ...*”.

La previsione del suindicato fondo di liquidità per la copertura dei debiti commerciali degli Enti territoriali, con una dotazione di 12.000 milioni di euro per l'anno 2020, nel consentire alla P.A. (nello specifico, enti locali, regioni e province autonome) di adempiere alle proprie obbligazioni già scadute, consentirà allora, ad innumerevoli imprenditori, di ottenere la disponibilità di somme di denaro in alcuni casi addirittura sufficienti per porre rimedio alla mera impossibilità – transitoria ed incolpevole – di provvedere ai pagamenti cui gli stessi sono tenuti (per aver contratto anche altre obbligazioni) e, in ogni caso, come già si è avuto modo di chiarire, la vigenza di una simile disposizione normativa, considerata in prospettiva, impedisce – di per se stessa e salva la ricorrenza di eventuali altri significativi indici sintomatici – di affermare la sussistenza dello stato di insolvenza in presenza di crediti ampiamente già esigibili nei confronti della P.A..

Venendo nuovamente alla tematica oggetto del presente paragrafo, in aggiunta a quanto

prescindere da difficili indagini sulla consistenza e sulla composizione del patrimonio destinato all'impresa. Per questa ragione le concezioni cosiddette patrimonialistiche dell'insolvenza non hanno avuto successo nella pratica giudiziaria, dove la solvenza dell'imprenditore è stata saggiata sempre sulla base di concezioni personalistiche. È sempre stata privilegiata l'indagine non di ciò che l'imprenditore possiede (e nemmeno della realtà economica e della capacità finanziaria per come emergono dalla documentazione contabile e dall'esame del dato aziendale) bensì della condotta che l'imprenditore tiene nella sua qualità di debitore (come testimoniano gli indici rivelatori dell'insolvenza valorizzati dalla tradizione, tutti di natura personalistica)”.

⁴⁸ Sotto il profilo terminologico, F. Di Marzio, *ivi*, 13, precisa che “*proprio il carattere progressivo del fenomeno dell'insolvenza ha indotto i giuristi a classificare condizioni relative a fasi precoci o a stadi iniziali dell'insolvenza con locuzioni che vorrebbero descrivere, con maggiore o minore approssimazione, una condizione di difficoltà finanziaria che si approssima a diventare insolvenza senza tuttavia esserlo già. Ai concetti di 'pericolo di insolvenza' e 'pre-insolvenza', stati di cui è pronosticabile l'evoluzione in insolvenza si affianca la nozione di insolvenza imminente (perché non attuale e tuttavia prevedibile). Vanno aggiunte poi le nozioni di 'temporanea difficoltà ad adempiere' ed 'insolvenza reversibile', alle quali figure va accostata quella della difficoltà economica estrinsecantesi nella cessazione dei pagamenti, purché intervenuta da non più di quarantacinque giorni, prevista – in riforma della disciplina previgente sul règlement amiable – dall'art. l. 611-4 code comm. quale requisito oggettivo per l'accesso alla procédure de conciliation accanto alle situazioni di preinsolvenza*”.

sinora esposto, si segnala che, sul piano finalistico, la ormai ravvisata esigenza di procedere ad una valutazione prospettica dell'insolvenza realizza anche un miglior bilanciamento degli interessi in gioco: permette, da un lato, all'imprenditore di continuare ad operare sul mercato e, dall'altro, ai creditori di essere soddisfatti in maniera fisiologica e comunque presumibilmente più rapida di quanto avverrebbe attraverso la partecipazione ad una procedura concorsuale.

La bontà delle argomentazioni poste alla base di questa lettura finalisticamente orientata è, poi, ulteriormente accresciuta, *de iure condito*, dalla descrizione dei criteri distintivi dello stato di crisi e di insolvenza, così come riportata nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, già legge dello Stato, la cui entrata in vigore, come innanzi anticipato, è stata rinviata al 1° settembre 2021.

Infatti, abbinata all'indagine circa il tema dell'insolvenza prospettica, vi è la considerazione che va fatto ricorso alle procedure concorsuali non per porre rimedio *ex post* a situazioni dannose, come ad esempio accade con le azioni revocatorie, bensì – tenuto conto della evoluzione loro imposta dalle direttive europee – quali strumenti di emersione tempestiva della crisi, con lo scopo di ridurre al minimo l'impatto della stessa ed il pregiudizio delle ragioni creditorie⁴⁹.

Invero, la irreversibilità della crisi consiste sempre in una previsione negativa sulla possibilità che i creditori possano trovare integrale soddisfazione. Tale tipo di rappresentazione che concerne la futura fase conclusiva di una condizione già attuale, purtroppo, caratterizza anche tutte quelle situazioni, di frequente verifica, in cui, come in una sorta di limbo, la crisi non si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori: diviene, così, importante capire quando si è di fronte alla c.d. insolvenza prospettica o ad una vera e propria crisi più o meno grave, con la precisazione, tuttavia, che l'insolvenza prospettica non può che essere legata ad un orizzonte temporale piuttosto contenuto perché, quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili.

Viene in rilievo, a tal riguardo, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: infatti, nell'ambito del nuovo articolato normativo, l'insolvenza prospettica assume rilevanza *sub specie* di situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna assegnata all'organo di controllo ovvero quella esterna affidata, invece, ai creditori istituzionali, come emerge dall'esame congiunto degli artt. 14 e 15.

Orbene, il suddetto obbligo di segnalazione, ai sensi dell'art 15, comma 5, CCII, viene meno ove mai il debitore riuscisse a documentare (ai creditori pubblici qualificati) di essere titolare di crediti di imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato.

Inoltre, con apprezzabile coordinamento sistematico, l'art 18 CCII prevede che l'OCRI debba disporre l'archiviazione delle segnalazioni ricevute allorché l'organo di controllo societario, se esistente ovvero, in sua mancanza, un professionista indipendente – riecheggiando, così, la figura del professionista fidefacente di cui all'art. 67 lett. d) l. fall. –

⁴⁹ V., sul punto, R. Della Santina, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni ancora aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 14/2019*. (Note a margine del decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019), 12 novembre 2019, in www.ilcaso.it, 4.

attesti l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali siano decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie per l'attivazione degli strumenti di allerta.

Le suddette norme sembrano così esaltare la precipua finalità il cui perseguimento caratterizza fortemente il nuovo assetto ideato dal legislatore. Dal modo in cui sono strutturate le misure di allerta (cfr. artt. 12 ss. CCII), è possibile desumere che le richiamate disposizioni mirino, in realtà, a valorizzare la specifica condizione di ciascuna impresa – cui spetta l'adozione tempestiva di strumenti di prevenzione dell'insolvenza – e non già a pervenire ad una indiscriminata declaratoria di fallimento (*rectius* liquidazione giudiziale) di tutte le imprese che, in un arco temporale anche abbastanza ristretto (sei mesi appunto), potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti.

È questo il motivo per cui, evolutivamente, il concetto di insolvenza prospettica deve essere declinato, avuto riguardo alla singola fattispecie concreta, con la necessaria prudenza, tenendo conto, di volta in volta, della situazione in cui versa l'impresa e della sua eventuale complessità⁵⁰.

4. Crisi e insolvenza nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Il nuovo Codice definisce l'insolvenza come “*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*” (art. 2, comma 1, lett. b), che riproduce pedissequamente la definizione dell'art. 5 l. fall.). L'espressa riproposizione degli inadempimenti, intesi quale possibile forma di manifestazione dell'insolvenza, va messa in correlazione con la distinta figura dei “*ritardi qualificati nei pagamenti*” prevista, nell'ambito dell'art. 13, comma 1, CCII, come uno degli indicatori della crisi: considerato che anche la mora nel pagamento nasce come inadempimento successivamente sanato (il ritardo – che, di fatto, si sostanzia in una prestazione non eseguita nei termini – è una situazione transitoria destinata a sfociare o in un adempimento tardivo o in un inadempimento definitivo)⁵¹, la distinzione riporta alla mente il concetto di reversibilità, già esaminato in precedenza, ricollegando all'insolvenza il mancato pagamento ormai definitivo o irreversibile e connettendo, viceversa, alla crisi quello “*reversibile*” ossia eseguito in ritardo, ma pur

⁵⁰ Cfr., in tal senso, Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in www.ilcaso.it, che nel rigettare l'istanza, dopo avere confermato che la procedura fallimentare può originarsi anche da un'insolvenza non ancora esternamente manifesta “*in tutta la sua gravità*”, ma prognosticamente non reversibile, ha focalizzato la propria attenzione sulla “*zona grigia*” in cui si ritrova l'impresa caratterizzata da una crisi intrinseca allo stato asintomatica, concludendo che quest'ultima, per poter venire classificata come “*insolvenza prospettica*”, deve associarsi ad un orizzonte temporale estremamente contenuto, poiché quanto più la prognosi è distante nel tempo, tanto più aumentano le variabili nuove ed imprevedibili che possono interagire nel funzionamento del meccanismo aziendale, condizionandone l'esito. In quest'ottica, come è possibile leggere nel provvedimento richiamato e qui in parte riportato nel suo contenuto essenziale, l'utilizzo della “*insolvenza in prospettiva*” quale equipollente dell'elemento oggettivo per la dichiarazione di fallimento va attuato con prudenza, soprattutto laddove lo scenario di sua futura consumazione non si ponga propriamente nel breve termine (dieci-dodici mesi, nel caso di specie).

⁵¹ Cfr. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 457.

sempre entro un limite di tempo accettabile e comunque normativamente definito, dal momento che l'art. 13 CCII richiama espressamente i termini del successivo art. 24 (debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni e debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni)⁵².

Una delle novità contenute nel CCII, invece, è la definizione della crisi, intesa come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore. Si tratta di un elemento definitorio, generalmente richiamabile per ogni “debitore”, il cui riferimento resta ai debiti che siano prossimi alla scadenza e di cui il piano di azione del debitore deve tener conto; per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (come è evidente, con un espresso inciso, viene inserito un elemento di natura sintomatica riferibile specificamente all'attività di impresa).

In relazione ai profili da ultimo evidenziati, merita opportuna considerazione anche lo schema di correttivo⁵³ che, sull'argomento recita: “*1. all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) alla lettera a), le parole ‘difficoltà economico-finanziaria’ sono sostituite dalle seguenti: ‘squilibrio economico-finanziario’”.

La relazione illustrativa al c.d. Decreto correttivo precisa, in proposito, che “*la disposizione interviene sull'articolo 2 del d.lgs. n. 14 del 2019 che contiene le ‘definizioni’ e, in particolare chiarisce la nozione di crisi, sostituendo all'espressione ‘difficoltà’ quella di ‘squilibrio’, più corretta secondo i parametri della scienza aziendalistica, cui la legge n. 115 del 2017 fa espresso rinvio*”.

Avuto riguardo a tale aspetto, invero, gli studiosi della materia sottolineano che il termine “*squilibrio*” richiama il linguaggio ed i principi dottrinali fondamentali dell'Economia aziendale in materia di condizioni (sempre prospettiche) di equilibrio, ribadendo, al tempo stesso, che altra autorevole dottrina richiede l'integrazione di elementi indiziari e valutativi anche qualitativi e non monetari per suffragare appieno una situazione di crisi (declino del *business*, perdita di competitività, scadimento della qualità dei prodotti e dei processi produttivi, litigiosità, reclami della clientela, peggioramento del clima interno, dimissioni, ecc.)⁵⁴.

Bisogna poi considerare che, nella scienza aziendalistica, ogni concetto di equilibrio (o di squilibrio) rappresenta una condizione nemmeno attuale o presente, ma sempre tendenziale, futura, evolutiva, quale equilibrio “*dinamico*” o “*omeostatico*”⁵⁵.

Per completezza di trattazione, va segnalato, altresì, che risulta essere stato elaborato anche un concetto di equilibrio “*eterostatico*” – dovuto a radicali mutamenti dell'assetto

⁵² M. Terenghi, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e Nuovo CCII*, Focus del 20 febbraio 2020, in *Il Fallimentarista*.

⁵³ Decreto legislativo – approvato dal Consiglio dei Ministri il giorno 13 febbraio 2020 e, su proposta del Ministro della Giustizia, in esame definitivo, in data 18 ottobre 2020 – recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, comma 1, l. 8 marzo 2019, n. 20, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante “*Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*”.

⁵⁴ P. Bastia, intervento nell'ambito del Convegno “*Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell'impresa al tempo del Coronavirus*”, cit.

⁵⁵ *Ibidem*.

aziendale (fusione, acquisizione, ingresso di un fondo di *private equity*) – che per contropartita, sul versante del concetto di “*squilibrio eterostatico*”, può ravvisarsi in una dirompente alterazione sfavorevole dell’equilibrio dinamico che fuoriesce da qualsiasi *trend* storico evolutivo: l’emergenza COVID-19 rientra senz’altro in questa casistica⁵⁶. Lo squilibrio eterostatico è diverso da quello omeostatico (decadimento graduale del *business*, invecchiamento delle tecnologie, senilità senza discendenza dell’imprenditore, ecc.) ed è per sua natura imprevedibile.

Tanto chiarito, va rimarcato, sul piano del diritto positivo ormai prossimo ad entrare in vigore, che lo stato di crisi, così come delineato dal CCII, presenta caratteri propri e più ampi rispetto all’insolvenza. È generato da fattori interni all’impresa (non esteriorizzati e non conosciuti dai terzi) e – pur non costituendone necessariamente l’antecedente temporale (come nell’esempio di un evento eccezionale che distrugga l’opificio dell’imprenditore e ne provochi l’insolvenza) – precede, in genere, il più grave fenomeno dell’insolvenza.

Il legislatore, nell’ottica dell’*emerging insolvency*, vuole rendere “*manifesta*” la crisi (ovvero mettere l’imprenditore nella condizione di esserne “*consapevole*”) – prevedendo un intervento interno ed esterno all’impresa – mirando, di fatto, ad un suo possibile superamento. La norma pare distaccarsi dalle indicazioni offerte nell’art. 160, comma 3, l. fall. (a mente del quale “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”) perseguendo, invece, l’intento di incentivare le possibilità di regolazione negoziale della difficoltà economica e finanziaria dell’impresa e rimediando alla carenza che connota la disciplina del r.d. n. 267/1942 ove, in particolare, non è possibile rinvenire alcuna definizione positiva e formale dello stato di crisi che, soprattutto, sia distinta rispetto alla stessa nozione di insolvenza.

Pur essendo definita come “*lo stato di difficoltà economico-finanziaria [rectius squilibrio economico-finanziario]*”⁵⁷ che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”, nello scenario delineato dal CCII, la crisi non costituisce solo il presupposto per l’accesso alle varie procedure finalizzate alla sua regolazione, ma rappresenta il *trigger event* che fa scattare gli obblighi interni di segnalazione previsti dall’art. 14 e che, in sintesi, sta alla base del nuovo meccanismo dell’allerta⁵⁸.

Si può così osservare come il CCII, prescindendo dall’esaustività della stessa definizione sopra riportata, abbia recepito la matrice aziendalistica del concetto di crisi, considerando rilevanti l’utilizzo di modelli di previsione empirica evoluti (più complessi, infatti, rispetto a quelli rinvenuti nella mera indicazione dei dati di bilancio), tali da escludere la condizione di insolvenza irreversibile che, per contro, resta oggetto di altri strumenti giuridici. Si rammenta, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, che, in concreto, lo strumento per la diagnosi preventiva dell’insolvenza – e, quindi, per l’accertamento dello stato

⁵⁶ *Ibidem*. Tale accorto Studioso cita, quale ulteriore esempio reale del passato, il caso che ha riguardato il Gruppo Fochi di Bologna (poi in amministrazione straordinaria), operante nel campo dell’ingegneria nucleare, che andò in dissesto per il referendum contro il nucleare o, a Benevento, la vicenda dell’ottobre 2015 dell’inondazione del Pastificio Rummo.

⁵⁷ V. *supra* § 4 e *sub* nota 53.

⁵⁸ M. Terenghi, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e Nuovo CCII*, cit.

di crisi (quest'ultima intesa come fase prodromica dell'insolvenza) – è il *budget* di tesoreria, vale a dire un *budget* finanziario (contenente i flussi finanziari in entrata e quelli in uscita) di brevissimo periodo, articolato in infraannualità (mensili, trimestrali, semestrali), con la quantificazione dei livelli di liquidità e di esposizione bancaria per ogni fine periodo (fine mese, fine trimestre)⁵⁹.

Tenuto conto di quanto da ultimo precisato, per garantire il conseguimento di un risultato positivo, la rilevazione dello stato di crisi – da effettuare a mezzo degli strumenti previsti dal CCII – deve essere efficacemente tempestiva. Tale carattere di estrema urgenza deve contraddistinguere anche le ipotesi in cui non ricorrono i tratti della irreversibilità della decozione⁶⁰.

In realtà, la riforma organica del settore concorsuale non poteva non attingere la “*crisi*” – il legislatore non poteva non cimentarsi, in particolare, con la sua tipizzazione – proprio perché, oggi, è impellente la necessità di favorirne una tempestiva emersione⁶¹; del resto, una vera imposizione in tal senso discendeva anche da una specifica prescrizione contenuta nella legge delega del 2017, che, come è stato osservato, ricollega espressamente la “*crisi*” alla nozione di “*probabilità di futura insolvenza*”.

Ciò posto, è stato rilevato che la “*crisi tipica*”, per come configurata in seno al CCII, evoca, in realtà, una situazione molto prossima, se non addirittura coincidente, con l'insolvenza “*prospettica*” di cui si è parlato in precedenza. Quest'ultima, invero, nelle declinazioni che di essa propongono i vari interpreti, si risolve nell'insufficienza dei flussi finanziari ritenuti congrui a garantire l'adempimento delle obbligazioni in scadenza, sulla falsariga della “*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*” di cui all'art. 2 CCII⁶².

Orbene, che la crisi tipizzata dal CCII presenti dei contenuti assimilabili a quelli dell'insolvenza prospettica sembra difficilmente contestabile. Appare evidente che la sovrapposizione dei due concetti potrebbe forse essere evitata dilatando l'intervallo temporale esistente tra l'attuale rilevazione dell'incapienza economico-finanziaria *in itinere* ed il futuro manifestarsi di quest'ultima: intervallo che, nel caso dell'insolvenza in prospettiva, si presenta più ridotto, conferendo maggiore immediatezza al verificarsi del fenomeno, mentre in quello della crisi assume dimensioni più estese, proprio in ragione della dimensione probabilistica che connota la eventuale deflagrazione dello squilibrio economico nel dissesto vero e proprio⁶³.

⁵⁹ P. Bastia, intervento nell'ambito del Convegno “*Dal codice della crisi aziendale al codice della pandemia – La ristrutturazione dell'impresa al tempo del Coronavirus*”, cit.

⁶⁰ Cfr., in tal senso, G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019.

⁶¹ F. Di Marzio, *L'insolvenza nel “Codice della Crisi e dell'insolvenza”*, cit., 12, chiarisce, sul punto, che “*il debitore inizia progressivamente ad accusare al suo interno e a manifestare all'esterno progressive difficoltà di regolare adempimento le quali, se non rimate per tempo con adeguati interventi volti a rimuovere le cause del fenomeno, diventano esse stesse costitutive delle ulteriori difficoltà di adempimento che, per sommatoria, giungono infine a determinare lo stato di insolvenza*”.

⁶² A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, *Il Fallimento*, 2019, 293; G. Teranova, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 75; Trib. Milano 22.10.2019, cit., anche in www.ilcaso.it con commento di R. Della Santina, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni ancora aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 14/2019*, cit.

⁶³ M. Terenghi, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e Nuovo CCII*, cit.

5. L'insolvenza, la pandemia e i rapporti obbligatori

La diffusione del COVID-19, in mancanza di validi presidi atti a limitarne la propagazione, ha imposto alle autorità competenti di adottare una strategia di contrasto che, tra l'altro, si è risolta nell'assunzione di una serie di provvedimenti, via via sempre più stringenti, volti al contenimento dei rapporti sociali. Il culmine è stato raggiunto con l'emana-zione del noto D.P.C.M. del giorno 22 marzo 2020 che ha stabilito il blocco di tutte le atti-vità economiche ritenute non essenziali ed il confinamento, quasi assoluto, dell'intera po-polazione⁶⁴.

Per le imprese ma, più in generale, per l'intero sistema economico produttivo (compre-so il mondo professionale), l'effetto immediato che è conseguito alla totale chiusura degli esercizi e delle attività commerciali è stato l'improvviso arresto dei flussi di cassa⁶⁵.

Appare verosimile, pertanto, che ci si ritroverà presto innanzi ad un numero rilevante di imprese che, prima dello “*shock*”, vivevano una situazione di “*normalità*” (intesa sia come capacità di fare fronte regolarmente ai propri impegni sia come assenza di particolari cause scatenanti un pregiudizio alla continuità) e che, invece, in epoca coeva al *lockdown* o co-munque nel breve periodo immediatamente contiguo alla riapertura, si sono rivelate o si riveleranno incapaci di adempiere alle obbligazioni, destando, al contempo, gravi incertez-ze in ordine alla possibilità, in relazione alla loro posizione sul mercato, di poter corretta-mente discorrere ancora di continuità aziendale.

Estrema difficoltà si registra anche nella gestione dei rapporti contrattuali che ancora non hanno compiutamente spiegato tutti i loro effetti e sui quali, come è evidente, hanno inciso eventi estranei alla sfera di controllo dei contraenti. Il sopravvenuto mutamento del-lo scenario economico ha infatti modificato le valutazioni di convenienza degli scambi precedentemente conclusi ma ancora in corso di esecuzione: non è da escludere, a tal ri-guardo, che, in talune ipotesi, possa addirittura venir meno, in tutto o in parte, l'interesse di una delle parti a ricevere i beni o i servizi acquistati⁶⁶.

Inoltre, la paralisi della quasi totalità delle attività produttive, la grave crisi finanzia-ria con il conseguente repentino venir meno del lavoro e del guadagno per molti attori del mercato hanno comportato un aumento dei casi in cui una parte, giuridicamente ob-

⁶⁴ R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi di impresa ai tempi della pandemia da CO-VID-19. Impressioni e spunti di riflessione*, 1° aprile 2020, *Sezione crisi d'impresa e insolvenza*, in www.ilcaso.it. Per un interessante approfondimento delle tematiche oggetto del presente paragrafo, si rimanda agli interventi di F. Di Marzio, G. Alpa, nell'ambito dell'“*Evento live – Il diritto dell'emergenza COVID-19. Profili civilistici*”, organizzato, in data 8 maggio 2020, dal Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura sulla piattaforma *Microsoft Teams*.

⁶⁵ *Ibidem*. L'Autore sottolinea come “[sia] evidente infatti che, la sopraggiunta impossibilità di proseguire l'attività economica, determina l'interruzione del ciclo attivo dell'impresa (produzione-fatturazione-incasso crediti) e, in conseguenza, si interrompe il flusso di cassa destinato ad alimentare il ciclo finanziario. La situa-zione è peraltro aggravata dalla considerazione che, anche il portafoglio dei crediti verso i clienti, che ogni impresa deteneva in stock prima del lockdown, e con scadenza nei mesi successivi, verosimilmente non si tra-sformerà in liquidità nei tempi previsti, in quanto i clienti, che sono a loro volta imprese, hanno gli stessi pro-blemi di carenza (o per meglio dire assenza) di liquidità, e quindi rinvieranno i pagamenti dei loro fornitori”.

⁶⁶ A. Albanese, *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione*, 2 aprile 2020, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

bligata ad adempiere la prestazione, si trovi nella impossibilità di poterlo fare⁶⁷.

Affiora dunque nitida la consapevolezza che, terminata l'emergenza, si moltiplicheranno i conflitti generati dal mancato conseguimento delle prestazioni in precedenza contrattualmente concordate⁶⁸.

È innegabile, peraltro, che, nel sistema ordinamentale vigente, il singolo rapporto obbligatorio non viene considerato come una entità autonoma, ma è oggetto di valutazione complessiva, unitamente a tutti i rapporti a contenuto economico intrattenuti dal debitore, allorquando, in discussione, risulta essere la responsabilità patrimoniale del debitore stesso⁶⁹.

Molte di queste controversie potranno essere spontaneamente composte, come auspica da gran parte della dottrina, mediante una adeguata “*rinegoziazione delle condizioni contrattuali*”, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede alla cui concreta attuazione sono tenute entrambe⁷⁰ le parti del rapporto obbligatorio⁷¹.

Cionondimeno, la correttezza dei contraenti ed il gioco della domanda e dell'offerta potrebbero risultare non sempre dirimenti per il buon funzionamento dei meccanismi volti a ristabilire un riequilibrio spontaneo dell'assetto dei reciproci e contrapposti interessi delle parti.

Si tratta, come è evidente, di tematiche di estrema attualità e dai risvolti pratici di non

⁶⁷ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrea, *I Quaderni di RES (Regolazione, etica, società)*, Centro studi d'impresa, 140.

⁶⁸ A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 27 marzo 2020, in www.giustiziacivile.com.

⁶⁹ F. Di Marzio, *L'insolvenza nel “Codice della Crisi e dell'insolvenza”*, cit., 5, scrive, a tal riguardo, che “*ad essere insolvente è pur sempre l'imprenditore: di cui, però, non si considera la posizione di debitore nel singolo rapporto obbligatorio, ma un carattere generalizzato che lo condiziona in tutti i rapporti obbligatori in cui è coinvolto: l'impotenza di adempiere (regolarmente) le proprie obbligazioni*” (p. 5). L'Autore precisa, altresì, che “*la legislazione sull'insolvenza costituisce ... un ordine di conseguenze ben più ampio, fondato non più sulla considerazione del singolo rapporto obbligatorio, ma sulla condizione di insolvenza del debitore in connessione, su un primo piano, con le pretese di adempimento sollevate da tutti i creditori di quel medesimo debitore, e su un secondo piano, con l'attività economica eventualmente svolta dal debitore e messa in difficoltà da quella condizione. Mentre la considerazione dell'insolvenza rispetto alla massa dei crediti amplia la prospettiva del trattamento di questa condizione nell'ambito dell'obbligazione, invece la considerazione dell'insolvenza rispetto all'attività economica sposta il punto di osservazione, ponendo in risalto i problemi connessi alla prosecuzione dell'attività e alla salvaguardia di tutti gli interessi, oltre a quello dei creditori, che vi sono implicati (interessi dei lavoratori, dei fornitori, degli utenti dei beni e servizi)*”.

⁷⁰ A.A. Dolmetta, “*Rispetto delle misure di contenimento*” della pandemia e disciplina dell'obbligazione, 11 aprile 2020, in www.ilcaso.it, 10, precisa, infatti, che “*rispetto al ... principio [solidaristico], peraltro, sarebbe sicuramente errato fermarsi a una lettura posata sul solo debitore, senza dunque tenere conto di quella del creditore (come consiglia, invece, la stessa disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione) e senza perciò procedere anche una comparazione, in chiave solidaristica, tra i detti due poli (...)* Più ampiamente, anzi, occorre tenere in adeguato conto la complessiva posizione che connota le parti rispetto al titolo che, nel concreto, governa il rapporto (secondo quanto traspare, in fondo, pure dalla disciplina codicistica della risoluzione contrattuale). Né si potrebbe trascurare, più ampiamente ancora, l'eventuale inserimento dell'operazione, che viene in concreto rilievo, nel contesto di uno specifico mercato di riferimento; come pure gli eventuali riflessi che la decisione assunta dal giudice è in grado di spiegare sugli operatori della filiera produttiva o distributiva, che risultino connessi in modo diretto – o strutturale, si potrebbe fors'anche dire – con i soggetti del rapporto obbligatorio specificamente considerato”.

⁷¹ A. Albanese, *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione*, cit.

facile gestione al punto che non manca chi ha fatto appello alla audacia degli interpreti in caso di soluzioni legislative non soddisfacenti⁷².

Va poi considerato che, nel nostro ordinamento (a differenza di altri, come quello tedesco⁷³ o quello francese, in cui, invece, sono state introdotte modifiche alle rispettive codificazioni)⁷⁴ non è previsto alcun “*obbligo di rimodulazione*” dei patti contrattuali a cui necessariamente attenersi nel momento in cui un evento sopravvenuto, imprevedibile ed imprevedibile cagiona un’alterazione significativa degli interessi economici di ciascun contraente che erano alla base del contratto originariamente stipulato⁷⁵.

Appare intuibile, tuttavia, che – in tempi di crisi tanto epocale determinata da un accadimento così fuori da ogni previsione ed in grado di condizionare grandemente l’adempimento delle obbligazioni precedentemente pattuite – sarà, in ogni caso, ricorrente il richiamo alla correttezza, alla buona fede ed alla solidarietà economica⁷⁶ di cui gli operatori del diritto sono oggi intenti a ritagliare nuovi e significativi ambiti operativi.

⁷² P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l’insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, 29 aprile 2020, in www.ilcaso.it, 1.

⁷³ P. Longo, *L’impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 15-16, “a dimostrazione dell’esigenza diffusa di declinare queste fattispecie peculiari di forza maggiore ... sia consentito volgere lo sguardo (...) [alla] giurisprudenza tedesca, ove un tribunale ha ritenuto che la Severe acute respiratory syndrome (‘SARS’) rappresentasse un’epidemia e, quindi, una causa di forza maggiore giustificante il recesso dal contratto di viaggio all inclusive in Cina, con diritto al rimborso integrale del prezzo già corrisposto: in quel caso, il giudice tedesco ha stabilito che la causa di forza maggiore si sarebbe concretata in un evento esterno privo di collegamento con l’affare e che non sarebbe potuto essere evitato neppure adottando la massima cura ragionevolmente pretendibile, né sarebbe stato prevedibile; precisando, al contempo, che le epidemie appartenessero – come, invero, appartengono – alle cause di forza maggiore poiché esulano dal rischio connesso all’attività dell’organizzatore di viaggi e dal generale rischio-vita del viaggiatore”.

⁷⁴ Ivi, 30, l’Autore mette in luce come la rinegoziazione obbligatoria “già partorita in contesti di contrattazione internazionale, affond[i] le proprie radici nella sopravvenuta eccessiva onerosità delle prestazioni [e sia] perfettamente sintetizzata nelle c.d. clausole di hardship, le quali riflettono quelle circostanze sopravvenute idonee ad alterare l’originario equilibrio contrattuale, rendendone difficoltosa l’esecuzione”. P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l’insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit., 3. F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *I Contratti*, 2020, 131-132, accoglie favorevolmente “la prevista riforma del codice civile sul punto, preannunciata dalla già ricordata ‘delega al Governo per la revisione del codice civile’ (DDL Senato 1151), con il ‘diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti’. Dovrebbe trattarsi, ove mai la riforma vedrà la luce, di un’integrazione (piuttosto che di una mera revisione) della disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, che tuttavia imporrebbe una modifica dell’intitolazione del relativo ‘capo’ (il XIV del Titolo II), nel senso di esplicitare la rinegoziazione, l’adeguamento e, da ultimo, la risoluzione del contratto a seguito di eventi straordinari (quale sinonimo dell’espressione ‘eccezionali’ ora utilizzata dal DDL) e imprevedibili”.

⁷⁵ Cfr. P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l’insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit.; G. Vertucci, *L’inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, 23 aprile 2020, in www.ilcaso.it, 8, evidenzia, sul punto, che “la dottrina esclude che, al sopraggiungere di sopravvenienze, sussista un obbligo delle parti di rinegoziare l’originario assetto di interessi diviso dalle parti, sostanzialmente in quanto non ritiene che possa desumersi l’esistenza di un principio generale dalle norme che autorizzano una modifica del contratto in funzione di riequilibrio”.

⁷⁶ Secondo A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, in *I Contratti*, 2020, 214, “sul versante del diritto generale dei contratti, le declamazioni solidaristiche – una costante negli ultimi decenni, specie in alcune discutibili declinazioni giurisprudenziali – ora possono

È stato rilevato, inoltre, che la drammaticità dell'emergenza in corso impone di adoperare, in maniera coraggiosa⁷⁷, rimedi contemplati da norme già a disposizione degli interpreti proprio mediante la congiunta applicazione dei principi sopra richiamati a cui un certo orientamento di pensiero associa anche l'equità a cui fa riferimento l'art. 1374 c.c., ritenendo, in particolare, che la locuzione "*in mancanza*", ivi contenuta, debba essere intesa come implicita profezia anche di un "*accadimento imprevisto ed imprevedibile non normato dalle parti proprio perché imprevisto ed imprevedibile*"⁷⁸ che legittimerebbe l'intervento correttivo-equitativo del giudice⁷⁹.

Non andrà, poi, disconosciuta l'incidenza della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore ovvero imputabile a forza maggiore (irresistibilità) o a caso fortuito (imprevedibilità)⁸⁰. Di là dalla possibilità, pure autorevolmente ipotizzata, di esprimere un giudizio di equivalenza in ordine a tali due concetti, che si traducono entrambi con l'assenza di colpa – da parte del debitore – nella determinazione dell'evento-inadempimento⁸¹, eventuali considerazioni in ordine al loro compiuto ambito operativo troveran-

affrontare una sfida vera, quella dell'emergenza, per vincere la quale il contratto deve valorizzare il suo lato solidaristico; dall'altra, la riduzione, se non il totale venir meno, del contatto (anche fisico) tra le persone pone problemi che investono tutti i 'rapporti' giuridici, nella misura in cui l'essenza stessa della nozione di 'rapporto' implica un'interazione tra (almeno) due soggetti: dallo scambio di due dichiarazioni di volontà, alla cooperazione per il conseguimento di interessi comuni e individuali; dall'osservanza di doveri verso gli 'altri' alla cura degli interessi di una persona debole, etc."

⁷⁷ A.A. Dolmetta, "*Rispetto delle misure di contenimento*" della pandemia e disciplina dell'obbligazione, 11 aprile 2020, in www.ilcaso.it, 10: "sono ben note, però, le resistenze e difficoltà che, a tutti i livelli, il diritto vivente continua a mostrare nei confronti dell'applicazione nei rapporti tra privati dei principi costituzionali. D'altro canto, in relazione alla emergenza pandemica che stiamo vivendo, c'è bisogno non già di una versione light della buona fede oggettiva, bensì di una sua lettura intensa, appassionata: come per l'appunto innervata in modo forte dal principio solidaristico".

⁷⁸ P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l'insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit., 6. V. anche G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 7 che, in particolare, afferma che "*pare pertinente il richiamo, che pure è stato fatto, alla equità integrativa; tuttavia, ... sembra che la norma dell'emergenza debba rapportarsi, non al principio generale – il che ne limiterebbe la portata – quanto piuttosto, come anticipato, al metodo, al processo d'equità come sede eletta e idonea a valutare l'assetto di interessi programmato dalle parti in relazione alla sopravvenienza del caso concreto*".

⁷⁹ In definitiva, vi è chi sostiene che l'intervento del giudice nei rapporti contrattuali sia necessario – soprattutto nella fase di ripartenza – per evitare un forte squilibrio nelle relazioni economiche e commerciali, ma anche tra privati nei casi in cui le parti non siano in grado di riequilibrare adeguatamente gli interessi contrattuali. G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 9, afferma, ad esempio, che "*secondo il procedimento di equità al giudice compete ... l'importante funzione di amministrare la giustizia caso per caso, stabilendo, a seconda del concreto assetto di interessi imposto dalle parti, se risolvere il rapporto contrattuale, se conservarne l'efficacia ed a quali condizioni, se accordare un risarcimento del danno (determinandone se del caso la misura), e finanche se dichiararlo in tutto o in parte nullo*". Ciò posto, sul piano del fondamento teorico, tali considerazioni poggiano su una applicazione analogica dei principi di diritto enucleati nella sentenza n. 18128 pronunciata dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte di Cassazione il giorno 13 settembre 2005. L'intervento correttivo-equitativo del giudice, lungi dall'atteggiarsi come eccezionale, è espressione del dovere di solidarietà costituzionale che consente alla autorità giudiziaria di porre mano agli atti di autonomia privata (cfr., in tal senso, P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l'insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit., 7).

⁸⁰ Per la descrizione delle precipue caratteristiche del caso fortuito e della forza maggiore, v. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, X edizione, 2014, NelDiritto Editore, 986 ss.

⁸¹ Valorizzando la circostanza che, già nel 1865, "*il Legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile a quei fattori, estranei alla persona e all'economia del debitore, che avessero determinato l'inadempimento (o il*

no spazio non solo laddove il provvedimento dell'autorità abbia direttamente vietato lo svolgimento dell'attività concretizzante l'adempimento dell'obbligazione, ma anche in tutte le ipotesi in cui le limitazioni poste all'esercizio dell'impresa del debitore o di terzi abbiano impedito al primo di acquisire i mezzi necessari alla regolare esecuzione del contratto⁸².

È noto, inoltre, che la non esatta esecuzione della prestazione non comporta il risarcimento del danno allorché si dimostri che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile all'inadempiente (art. 1218 c.c.), così come l'obbligazione si estingue per causa non imputabile al debitore se la prestazione diventa impossibile (art. 1256 c.c.)⁸³. Ebbene, per impossibilità sopravvenuta deve intendersi proprio quella situazione impeditiva dell'adempimento non prevedibile al momento del sorgere del rapporto obbligatorio e non superabile con lo sforzo che può essere legittimamente richiesto al debitore⁸⁴.

Muovendo da questi principi, il decreto c.d. Cura Italia del 17 marzo 2020 ha introdotto, oltre ad alcune puntuali disposizioni⁸⁵, una “*clausola coronavirus*” nel tentativo di immunizzare e proteggere i rapporti contrattuali⁸⁶.

L'art. 91, d.l. n. 18/2020, rubricato “*Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento (...)*”, ha introdotto, nel corpo dell'art. 3, d.l. n. 6/2020, il comma 6-bis che stabilisce testualmente che “*il rispetto delle misure di contenimento di cui [al predetto] decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”⁸⁷.

ritardo) dell'obbligazione contratta”, P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 4, chiarisce – opportunamente ed in maniera accurata – che “*autorevole dottrina ha precisato ... che col progredire delle conoscenze tecniche e scientifiche, la definizione di caso fortuito ha virato verso un concetto sempre più relativo, tendente a coincidere con la nozione di causa non imputabile a colpa del debitore o del soggetto agente, con la conseguenza che la progressiva identificazione della causa non imputabile con il caso fortuito e la forza maggiore può considerarsi il punto di arrivo dell'evoluzione legislativa* (G. Cottino, *Caso fortuito*, *Dir. Civ.*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 377 e ss., il quale precisa che tali termini avrebbero sempre ed in ogni caso valore di sinonimi condividendone la matrice, dato il riferimento, per entrambi, al criterio della diligenza)” (nota n. 4).

⁸² A. Albanese, *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione*, cit.

⁸³ V. anche P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 3 ss.

⁸⁴ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 450.

⁸⁵ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 140-141, chiarisce, a tal riguardo, che “*la situazione emergenziale ... ha indotto il governo italiano a prevedere norme eccezionali e temporanee deroghe al diritto comune. Fra esse, solo per ricordarne alcune che più direttamente interessano il diritto civile e commerciale, introdotte dal D.L. 8 aprile 2020, n. 23, la sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito (art. 11), la disapplicazione di alcune regole sulla perdita del capitale sociale (art. 6), l'improcedibilità dei ricorsi per dichiarazione di fallimento (art. 11)*”.

⁸⁶ P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 2, evidenzia come, nella relativa Relazione illustrativa, il fine ultimo del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 sia indicato in quello di “*evitare che la caduta temporanea del PIL abbia effetti permanenti, travolgendo le attività produttive – alcune delle quali costituiscono l'ossatura dell'economia italiana – e disperdendo il capitale umano*”.

⁸⁷ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e re-*

Ciò che risalta, in via immediata, è che, in considerazione della sussistenza e persistenza di una situazione emergenziale, determinate azioni e comportamenti, che si caratterizzano per una dimensione relazionale, sono stati impediti cagionando delle ripercussioni sui rapporti obbligatori. Il legislatore ha conseguentemente ritenuto di dover intervenire anche in questo campo⁸⁸.

Posto, dunque, che l'interruzione alla normale interazione sociale è effetto della sospensione emergenziale, il comma 6-*bis* dell'art. 3, d.l. n. 6/2020 è volto a disciplinare proprio i cc.dd. inadempimenti emergenziali ossia quegli inadempimenti contrattuali dovuti, non già a dolo o colpa del debitore, ma conseguenti all'osservanza, da parte del debitore, di una misura di contenimento che gli ha impedito di eseguire la prestazione dando corso al programma negozialmente concordato⁸⁹.

È evidente che la norma innanzi riportata trova concreta applicazione proprio nella fase della ripartenza, quando – cessato il *lockdown* – si è assistito alla graduale ripresa di tutte le attività economiche⁹⁰.

Come già anticipato, la disposizione in esame, in deroga al generale principio della vincolatività dell'obbligazione validamente contratta, al verificarsi dei presupposti da essa contemplati, stabilisce che il debitore possa legittimamente non adempiervi, temporaneamente⁹¹ o definitivamente⁹². È evidente, dunque, che la norma richiamata è destinata ad incidere sui termini della ripresa, addirittura concorrendo a modularli⁹³.

La norma sembrerebbe, a tutti gli effetti, introdurre una disciplina di *favor* per il debi-

sponsabilità del debitore, cit., 144, rimarca, avuto riguardo alla disposizione normativa in commento, che “la Relazione illustrativa al testo normativo è pressoché tautologica (come anche la Relazione tecnica), rimandando semplicisticamente all'esigenza di integrare l'art. 3 D.L. n. 6/2020 ‘chiarendo’ che il rispetto delle misure di contenimento è valutato ‘nei singoli casi’ ai fini della responsabilità del debitore ‘ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c.’”.

⁸⁸ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, cit., 214.

⁸⁹ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, 3 aprile 2020, in www.giustiziacivile.com.

⁹⁰ Cfr., in tal senso, A.A. Dolmetta, “*Rispetto delle misure di contenimento*” della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 1.

⁹¹ Analizzando i risvolti pratici che discendono dalla applicazione degli artt. 1256 e 1463 c.c., proprio in relazione a quest'ultimo, A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 150, afferma “qui, per la verità, si impone una precisazione: se infatti venissero a cessare le misure restrittive che determinarono l'impossibilità di esecuzione degli obblighi del debitore, verrebbe meno anche l'impossibilità della prestazione, e quindi, per un verso, il debitore sarebbe ancora obbligato (art. 1256, comma 2) e dovrebbe adempiere senza ritardo, mentre per altro verso l'eventuale esclusione da responsabilità non varrebbe in relazione al ritardo successivamente maturato”. A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, cit., 216, afferma, invece, che “il comma 6 bis non richiama l'art. 1256 c.c., specie nella figura dell'impossibilità temporanea regolata dal comma 2 dello stesso art. 1256 c.c.; nei casi in cui il debitore non può adempiere per effetto dell'osservanza delle misure emergenziale, detta norma potrebbe trovare applicazione fino a determinare l'estinzione dell'obbligazione del debitore (‘se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla’), in caso di prolungata protrazione delle misure di contenimento”.

⁹² A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 141.

⁹³ A.A. Dolmetta, “*Rispetto delle misure di contenimento*” della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 2.

tore inadempiente, richiamando alla mente la figura del *factum principis*, consistente nel provvedimento emesso dall'autorità legislativa o amministrativa che, impedendo o rendendo estremamente gravosa l'esecuzione dell'obbligazione, esclude ogni responsabilità del debitore per omissioni o ritardi nell'adempimento⁹⁴ e, al contempo, sottrae al creditore il diritto alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno⁹⁵.

Ad ogni buon conto, la formulazione letterale della disposizione normativa in commento consente di inferire che l'esenzione del debitore non è automatica, ma sottoposta all'attento vaglio dell'organo giudicante⁹⁶. È onere del debitore offrire al tribunale le prove in ordine alle difficoltà ad adempiere incontrate per effetto delle limitazioni imposte in considerazione della sussistenza e persistenza di una situazione emergenziale⁹⁷. Ove il giudice dovesse ritenere esclusa la possibilità di adempiere, il debitore potrà essere ritenuto esonerato da ogni responsabilità⁹⁸.

Prima facie, tale normativa, ove rapportata agli ordinari rimedi che l'ordinamento riconosce a tutela dei soggetti del rapporto negoziale, sembra non introdurre particolari novità, al punto che, come acutamente osservato in dottrina, alle conclusioni che da essa discendono, si poteva pervenire anche semplicemente applicando le norme già presenti nel sistema ordinamentale vigente⁹⁹. Trattasi, in buona sostanza, di una peculiare tipologia di

⁹⁴ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., 216, chiarisce, in particolare, che "il comma 6 bis alleggerisce l'onere della prova del debitore; nel senso che la disposizione eccezionale accerta in via legislativa una causa di forza maggiore [qui fusa, per così dire, col (e nel) *factum principis*], esonerandolo dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi (forza maggiore, caso fortuito) che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare".

⁹⁵ L'impossibilità giuridica, ricondotta al *factum principis*, non può essere in alcun modo superata, per quanti sforzi il debitore ponga in essere. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 451, annoverano, tra gli esempi atti a dare contezza del modo in cui essa esplica i suoi effetti, quello relativo al provvedimento dell'autorità sanitaria, emesso per evitare il diffondersi della peste suina, che impedisce il trasporto dei maiali che il venditore si era impegnato a consegnare al salumificio.

⁹⁶ Cfr., in tal senso, A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 146. L'Autore precisa, sul punto, che "se anche si volesse ammettere che, di là dalla infelice formulazione, la norma abbia inteso proteggere a priori chi si sia reso inadempiente per rispettare le misure di contenimento o perché altri le abbia rispettate, resterebbe comunque ferma la necessità di soppesare le ragioni allegate dal debitore e, comunque, di esprimere un giudizio circa l'ineluttabilità dell'inadempimento in conseguenza delle misure di contenimento: valutazione, questa, che richiede per definizione l'offerta da parte del debitore della prova che l'inadempimento fosse non già ostacolato, ma reso impossibile da quanto connesso alla lotta al COVID-19".

⁹⁷ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., 214-215, sostiene che "l'osservanza delle misure di contenimento deve essere 'valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore'; questo dovrebbe significare che non vi è automatismo tra 'osservanza delle misure di contenimento' ed 'esclusione' della responsabilità del debitore, ma che, piuttosto, il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; perché – anche in omaggio alla rubrica della disposizione, che si esprime in termini di inadempimenti 'derivanti' dall'attuazione delle misure di contenimento – se non lo è stata, la responsabilità del debitore segue le regole ordinarie".

⁹⁸ Ivi, 214, viene chiarito, a tal riguardo, che "se ... è la misura di contenimento che spezza il rapporto obbligatorio, sopprimendone la dimensione relazionale che ne è il cuore, l'inadempimento che ne deriva è, per così dire, di natura esclusivamente formale, ma non dà luogo a quegli effetti sostanziali (in punto responsabilità) che discenderebbero in una situazione di normalità".

⁹⁹ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 146-147.

causa di forza maggiore che si atteggia ad evento sospensivo – ovvero, in ipotesi estrema, se stabilizzatosi, persino estintivo – delle obbligazioni gravanti sul debitore. È opportuno ricordare, infatti, che nel caso della forza maggiore – cui è strettamente correlata la inevitabilità – manca del tutto un comportamento umano attribuibile all'autore della condotta in quanto opera un elemento esterno, una condizione di costrizione assoluta ad agire (*rectius*, avuto riguardo al contesto di riferimento a non agire) che esclude il potere di signoria del soggetto sulla propria condotta¹⁰⁰.

Al comma 6-*bis* dell'art. 3, d.l. n. 6/2020, può comunque attribuirsi una “*funzione chiarificatrice*” nella misura in cui tratteggia la necessitata esigenza di rapportarsi alle nuove misure restrittive come causa di forza maggiore non prevedibile e, per l'effetto, non imputabile al debitore e, dunque, astrattamente idonea a giustificare l'inerzia o il ritardo.

Vi è chi ritiene, infatti, che la normativa di nuovo conio possa costituire una importante occasione per la sperimentazione di tali principi che, fra l'altro, nella specie, dovranno trovare concreta attuazione in scenari assolutamente inediti, non soltanto per i giuristi e gli economisti, ma per la comunità tutta¹⁰¹.

Due profili attinenti alla norma appaiono, tuttavia, meritevoli di attenzione: il primo è quello relativo alla condizione necessaria affinché il debitore sia, per l'appunto, esente da responsabilità; il secondo, invece, inerisce alla valutazione del comportamento del debitore medesimo.

Quanto al primo aspetto, appare necessaria la sussistenza di un nesso causale fra il rispetto delle misure di contenimento imposte dalla legislazione emergenziale ed il ritardato o omesso adempimento da parte del debitore. La norma, in tal senso, attenua l'onere della prova a carico del debitore cui spetterà dimostrare l'impatto, concreto ed effettivo, delle misure di contenimento sulla sua capacità di porre in essere l'esatta prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio. Circa l'ambito di operatività della norma qui analizzata, i primi commentatori hanno ritenuto di dover fare riferimento agli artt. 1 e 6, d.l. n. 6/2020¹⁰² manifestando, tuttavia, delle perplessità in ordine alla scelta di escludere dalla riflessione ogni tipo di considerazione circa il nesso causale che lega l'inadempimento con il rispetto di prescrizioni contemplate da altri testi normativi¹⁰³.

Venendo all'esame del secondo dei due temi di discussione sopra menzionati, va chiarito che spetterà, invece, al giudice operare un apprezzamento, in concreto e caso per caso, dovendo egli sempre prendere in esame la suddetta circostanza, senza tuttavia doverla ritenere necessariamente decisiva¹⁰⁴. Viene dunque in rilievo una situazione di fatto che

¹⁰⁰ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, cit., 987.

¹⁰¹ M. Giampaolo, *L'esonero da responsabilità contrattuale prevista dall'art. 91, comma 1, del Cura Italia*, 10 aprile 2020, Wolters Kluwer, in www.quotidianogiuridico.it.

¹⁰² A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, cit., 214, chiarisce, a tal riguardo, che “*nel D.L. n. 6/2020 le misure di contenimento possono incidere sull'adempimento di innumerevoli specie di obbligazioni e delle prestazioni che ne formano oggetto, basti pensare alla disposta sospensione delle attività commerciali e alle altre misure di contenimento che, più semplicemente, impediscono gli spostamenti se non per determinate ragioni identificate dalle discipline emergenziali*”.

¹⁰³ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 146. Sul punto, l'Autore argomenta che “*per fare un esempio, se l'impossibilità di adempiere del debitore fosse determinata da una sopravvenuta requisizione (art. 6 D.L. 18/2020), il comma 6 bis non sarebbe applicabile*” (ivi).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

sembra richiamare, peraltro, il disposto dell'art. 1256 c.c., che, previsto in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore, stabilisce, al comma 2, che *“se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento”*¹⁰⁵.

Altro orientamento sostiene che il comma 6-bis dell'art. 3, d.l. n. 6/2020 rappresenti una sorta di clausola generale che si lega coerentemente alla elasticità del rimedio nella disponibilità del giudice, fermo restando che acquista rilevanza non già il rispetto soggettivo delle misure di contenimento, bensì l'oggettiva esistenza delle stesse nella misura in cui incidono sui termini della possibile esecuzione della prestazione dovuta¹⁰⁶.

Ad ogni buon conto, la previsione qui oggetto di analisi è apparsa applicabile sia in caso di significative difficoltà nella esecuzione della prestazione che ove si verificassero difficoltà inerenti all'apprestamento dei mezzi occorrenti per l'esecuzione¹⁰⁷. Quest'ultima posizione fatta propria da una significativa parte della dottrina si caratterizza anche per l'aver rilevato una dissociazione tra la linea della non responsabilità e la linea della liberazione del debitore, considerazione questa che consente ai sostenitori della tesi qui richiamata di ricomprendere, nell'ambito di protezione della norma in commento, anche le obbligazioni di cose di genere¹⁰⁸ che avevano ispirato diverse valutazioni ad opera di altri studiosi del diritto (vi è chi ritiene, invero, che la problematica oggetto di analisi nel presente paragrafo non possa essere trattata utilizzando la categoria della *“impossibilità sopravvenuta della prestazione”*, allorché quest'ultima si sostanzia nella corresponsione di una somma di denaro, in quanto l'art. 1178 c.c. fungerebbe da insuperabile sbarramento¹⁰⁹; anche il riferimento alla *“eccessiva onerosità sopravvenuta”* ha un campo d'azione limitato poiché consente al debitore di chiedere la risoluzione del contratto nei soli casi di contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita¹¹⁰). Si sostiene, tra l'altro, che

¹⁰⁵ P. Verri, *L'emergenza COVID-19 e gli effetti sull'adempimento delle obbligazioni*, 13 maggio 2020, in www.dirittodelrisparmio.it. V., però, A.A. Dolmetta, *“Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., 7, che afferma *“una prospettiva di questo genere, tuttavia, non risulta per nulla condivisibile: tanto se si ritenga l'effettivo rispetto delle misure da parte del debitore come presupposto esclusivo dell'applicazione della disciplina del comma 6 bis, quanto se lo si ritenga (più credibilmente) presupposto concorrente con altri (che pure, però, occorrerebbe individuare). In ogni caso, infatti, la disposizione acquisterebbe un sapore premiale per il debitore, che proprio non le si confà. Che la persona del debitore abbia, nel contesto della sua attività (in genere), rispettato le misure di contenimento è circostanza che niente ha a che vedere con l'esecuzione di uno specifico rapporto obbligatorio; che il debitore, poi, abbia in concreto provato a eseguire la prestazione, e non ci sia riuscito, è circostanza che mostra unicamente la sussistenza di uno spreco di energie e di denari. Né l'una, né l'altra circostanza vengono, comunque, a ‘giovare’ in qualche modo al creditore”*.

¹⁰⁶ A.A. Dolmetta, *“Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., 8.

¹⁰⁷ *Ivi*, 8-9.

¹⁰⁸ *Ivi*, 9.

¹⁰⁹ G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 6, afferma che *“l'impossibilità è esclusa con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, in quanto il pagamento di una somma di denaro è sempre possibile (non rilevando le difficoltà soggettive del debitore), e con riguardo alle obbligazioni generiche, poiché genus numquam perit”*.

¹¹⁰ P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l'insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit., 6. G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 8, puntualizza che *“l'applicazione analogica delle norme sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva one-*

è possibile pervenire alla conclusione rassegnata dalla tesi dottrinale per così dire “estensiva” anche valorizzando l'avverbio “*sempre*” che deve connotare le valutazioni rimesse al giudice¹¹¹.

Si segnala, inoltre, che un certo orientamento di pensiero ha evidenziato come l'esclusione della responsabilità del debitore non valga a tutti gli effetti di cui agli artt. 1218 ss. c.c. in quanto la formulazione adottata sembrerebbe limitare i ragionamenti all'ambito applicativo del solo art. 1223 c.c. che è oggetto di espresso richiamo¹¹².

Consequentemente sono state manifestate perplessità in ordine alla mancata citazione di altre disposizioni normative tra cui, ad esempio, quelle dettate in materia di mora del creditore in quanto, a chi fa propria questa impostazione, non è apparso difficile ipotizzare casi in cui quest'ultimo, per effetto delle misure di contenimento, non sia in grado di ricevere una consegna¹¹³.

Diversa lettura è stata però offerta da altri studiosi della materia che, pur rilevando una certa opacità del testo normativo, sostengono che il riferimento vada operato al sistema della responsabilità da inadempimento in quanto tale, a mezzo dell'espresso richiamo, ad opera del legislatore, alle sue due norme “*più significative*”¹¹⁴. Tale orientamento di pensiero è corroborato dalla considerazione che, diversamente opinando, il giudice non potrebbe disporre della misura della “*semplice sospensione del tempo di esecuzione della prestazione*” che appare decisiva in virtù del fatto che la pandemia si configura tipicamente come una situazione di carattere temporaneo¹¹⁵.

L'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020 consente di valutare il rispetto delle misure di contenimento “*anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”. La dottrina, al fine di evitare effetti irragionevoli, ritiene che l'applicazione della disposizione in commento possa essere estesa a tutte le clauso-

rosità, pure in astratto possibile, condurrebbe ... alla caducazione del rapporto contrattuale; e tale risultato, ... non [è da ritenere] conforme alla ratio [dell'art. 3, comma 6 bis]”.

¹¹¹ A.A. Dolmetta, “Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 9.

¹¹² A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 148. Cfr., in tal senso, anche A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, cit., 215, che così specifica: “ora, non pare che il richiamo alle due disposizioni debba essere letto come generico in quanto da riferirsi al ‘sistema’ della responsabilità contrattuale in quanto tale, con lo strumento del richiamo alle sue due disposizioni-cardine (gli artt. 1218 e 1223 c.c., appunto). Sembra preferibile, piuttosto, un'interpretazione che valorizzi l'espressa menzione anche dell'art. 1223 c.c. (disposizione che, appunto, introduce il sistema delle regole dedicate ai danni derivanti dall'inadempimento). Al giudice (alla cui ‘valutazione’ il comma 6 bis espressamente fa riferimento) è consentita una scelta così articolata: o ritiene che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo in radice la responsabilità del debitore, possa incidere sul quantum dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso, il comma 6 bis funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all'art. 1227 c.c.”.

¹¹³ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 148.

¹¹⁴ A.A. Dolmetta, “Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 4.

¹¹⁵ *Ibidem*.

le comunque connesse all'inadempimento del debitore o al ritardo nell'adempimento, rendendo inutilizzabili tutti quei rimedi che presuppongono un inadempimento imputabile¹¹⁶.

Vi è poi chi ritiene che implicita, nel congiunto richiamo agli artt. 1218 e 1223 c.c., sia l'ammissibilità di un intervento conformativo sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione che si sostanzia con la fissazione, ad opera del giudice, di un nuovo momento di scadenza delle obbligazioni in relazione alle quali, come è ovvio, viene richiesta la tutela di cui qui si discute. I sostenitori di questa impostazione specificano, inoltre, che tale evenienza può verificarsi non solo in relazione alle rate già scadute, ma anche in relazione a rate in scadenza¹¹⁷.

Ciò posto, dovendo valutare la concreta efficacia del rimedio in commento, è opportuno rappresentare che, secondo alcuni studiosi della materia, l'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020 non può essere considerato altro se non una sorta di "*criterio di giudizio*", una "*raccomandazione operativa*". Non rappresentando una fattispecie astratta di carattere sostanziale, in base all'orientamento di pensiero qui richiamato, la suddetta disposizione risulta, pertanto, inidonea a regolare il singolo caso concreto¹¹⁸. In sostanza, con la esposta introduzione normativa, il legislatore si sarebbe limitato a ribadire il principio, già presente nel nostro ordinamento, in base al quale l'inadempimento valevole ai fini del risarcimento è solo quello colpevole. Ciò che in sintesi rileva, secondo i sostenitori di questa tesi, è che il rispetto delle misure di contenimento è stato elevato a parametro di valutazione della imputabilità o meno dell'inadempimento¹¹⁹.

Sul fronte opposto, si pone, tuttavia, altra parte della dottrina per la quale la norma in commento rappresenta, in realtà, "*una disciplina a ventaglio (positivamente) aperto*" che, di fatto, affida al giudice il compito di individuare la struttura disciplinare – quanto, in particolare, al profilo dei rimedi – più opportuna in base alle specificità del caso concreto¹²⁰. Pertanto, assumono particolare rilevanza le peculiarità della singola fattispecie (quanto ad oggetto, tipo contrattuale, causa concreta, modalità esecutive, etc.) che, di volta in volta, viene in rilievo, al punto che chi fa propria questa opzione interpretativa non esclude che la pandemia in quanto tale possa spiegare la sua incidenza anche ben oltre l'arco temporale considerato dalle misure di contenimento¹²¹.

Di là dalle divergenti opinioni registrate in materia, dal tenore testuale della disposizione in commento, gli studiosi della materia hanno comunque pacificamente desunto che l'intento del legislatore era quello di evitare che si addivenga a condanne al risarcimento del danno nelle ipotesi in cui si riscontri l'assenza di colpa nell'inadempimento¹²². Al tem-

¹¹⁶ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., 215.

¹¹⁷ A.A. Dolmetta, "*Rispetto delle misure di contenimento*" della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 5.

¹¹⁸ G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 2.

¹¹⁹ *Ivi*, 3.

¹²⁰ A.A. Dolmetta, "*Rispetto delle misure di contenimento*" della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 5.

¹²¹ *Ivi*, 6.

¹²² A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., 216, afferma, a tal riguardo, che "*volendo trarre qualche spunto conclusivo: il legislatore dello 'stato*

po stesso, poi, la norma è apparsa espressione del *favor* per la conservazione dei rapporti contrattuali: ulteriore fine perseguito è risultato essere, invero, proprio quello di mantenere in vita – nell'interesse delle parti ed allorquando possibile – i rapporti contrattuali entrati in crisi in conseguenza della pandemia¹²³.

Emerge, dunque, con il pesante carico di conseguenze che ne discendono, la preoccupante considerazione che il prossimo futuro si caratterizzerà verosimilmente per una rilevante domanda di giustizia che si sommerà al già esistente arretrato giudiziario. Il timore è, dunque, che la attesa ripartenza possa subire una considerevole flessione che dipende anche dal tipo di soluzione che verrà elaborata in relazione ai conflitti interindividuali¹²⁴.

Nell'ottica del contenimento dei costi e dei tempi della giustizia, vi è chi ipotizza lo svolgimento, da parte della classe forense, di una essenziale funzione sociale ed etica, nell'ambito di procedimenti alternativi al processo (quali, ad esempio, la negoziazione assistita e la mediazione civile), che si sostanzii nell'assistenza prestata alle parti nel forgiare un più idoneo assetto del regolamento contrattuale, nella rimodulazione del contenuto negoziale e nella elaborazione di soluzioni capaci di redistribuire i costi della crisi pandemica, il tutto con l'intento di realizzare un equo contemperamento degli opposti interessi¹²⁵.

Secondo altra impostazione di pensiero, per contro, l'art. 1467, comma 1, c.c. sembra essere *“la norma più feconda di conseguenze ... almeno per le obbligazioni di fonte negoziale”*¹²⁶. Chi aderisce a tale tesi interpretativa sostiene, in particolare, che l'applicazione di questa norma¹²⁷ possa consentire la migliore armonizzazione degli interessi, tutte le volte in cui la controversia sia ben gestita anche come conseguenza di un sapiente uso degli strumenti processuali che l'ordinamento riconosce al giudice quali, in via esemplificativa, la formulazione di una proposta transattiva o conciliativa ex art. 185 *bis* c.p.c.¹²⁸.

Per completezza espositiva, all'esito della disamina degli svariati orientamenti che si fronteggiano in relazione a ciascuno dei complessi aspetti che caratterizzano l'argomento

d'eccezione' ha voluto evitare che i debitori si trovino a subire gli effetti di impedimenti non imputabili alla loro sfera di rischio, prevenendo azioni e richieste dei creditori insoddisfatti attraverso una disposizione (il comma 6 bis) che, saggiamente evitando automatismi eccessivi, va ricondotta alla ratio di favorire l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio, che, in queste situazioni così drammatiche, può diventare, davvero, un luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse”.

¹²³ G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 4.

¹²⁴ *Ivi*, 10.

¹²⁵ *Ivi*, 11. L'Autore afferma, inoltre, che *“sul difensore (come sul giudice) si rifletterà l'effetto del comune sentore, del sociale senso del giusto ed equo, che emergerà dall'attuale momento storico caratterizzato dalla morsa della pandemia e dai suoi effetti”.*

¹²⁶ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 150.

¹²⁷ La prospettiva conservativa del rapporto *“potrebbe esprimersi in termini diversi (e in un certo senso fungibili) come ‘adeguamento’, ‘correzione’, ovvero più semplicemente con l'espressione invalsa nella tradizione civilistica della reductio ad aequitatem, che il sistema tradizionale consacrato nel codice civile ben conosce, ma relega s'è detto in un angolo, affidandone l'operatività all'iniziativa della parte contro la quale viene invocata la soluzione estintiva (art. 1467, comma 3, c.c., ma la logica è la medesima nell'art. 1450 c.c., in tema di rescissione), dunque rendendo operativo il meccanismo conservativo soltanto in seconda battuta, ossia soltanto dopo che sia stata richiesta la risoluzione”.* V., in tal senso, F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *I Contratti*, 2020, 131.

¹²⁸ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 151.

oggetto del presente paragrafo, si rappresenta, sotto il profilo procedurale, che la l. 25 giugno 2020, n. 70 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante *“misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta COVID-19”*, in G.U. n. 162 del 29-6-2020) risalta anche per aver introdotto una nuova ipotesi di mediazione obbligatoria ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, dando così pratica attuazione alla prima delle ultime due impostazioni dottrinali richiamate. Il legislatore ha infatti inserito nell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ossia nel *“Decreto contenimento”*, dopo il comma 6-*bis*, un nuovo comma 6-*ter*, in virtù del quale la mediazione viene prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie in materia di obbligazioni contrattuali in cui la responsabilità del debitore possa essere esclusa o limitata in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica¹²⁹.

Tanto chiarito, a questo punto della trattazione, è doveroso segnalare – per la rilevanza che assume in relazione alle argomentazioni svolte nel presente contributo – che una prima interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020 è stata licenziata, in data 3 aprile 2020, dal Tribunale di Napoli che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, era stato chiamato a provvedere in ordine ad una istanza di differimento dei pagamenti previsti dal piano di rientro predisposto nell'ambito di una procedura di gestione di una crisi da sovraindebitamento.

Suscita particolare interesse, per quanto qui di rilievo, il percorso logico motivazionale ivi articolato. In quella sede, infatti, si è ritenuto opportuno precisare, in primo luogo, che *“seppure tale norma faccia riferimento a vicende contrattuali e non a vicende caratterizzate da profili procedurali in senso ampio, come il caso del piano del consumatore, la stessa può essere considerata norma di carattere generale per l'interpretazione delle conseguenze dell'attuazione delle misure di contenimento del coronavirus”*. Il giudice di merito ha poi evidenziato, a sostegno della fondatezza di quanto affermato, *“come dal decreto legge ‘Cura Italia’ emergano una serie di ulteriori disposizioni che confermano la direzione interpretativa assunta, come, ad esempio, le norme sulla proroga fino al 30 settembre 2020 dei contratti di finanziamento erogati nelle varie forme ai fini della loro stabilizzazione e del differimento della scadenza dei relativi crediti; la moratoria, sempre fino al 30 settembre 2020, delle rate in scadenza dei mutui, prestiti, leasing; inoltre, con riferimento ai crediti erariali, e precisamente per carichi iscritti a ruolo, vanno considerate le norme che prevedono la sospensione dei pagamenti e la sospensione dell'attività di riscossione, ivi compresi gli atti esecutivi e cautelari”*¹³⁰.

Sulla scorta del dato normativo e tenuto conto dei primi arresti giurisprudenziali, potrebbe essere riconosciuto, all'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020, il rango di norma speciale la cui applicazione rende il debitore esente da responsabilità tutte le volte in cui il ritar-

¹²⁹ V., sull'argomento, E. Dalmotto, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, 29 giugno 2020, in www.ilcaso.it, 4 ss.

¹³⁰ Trib. Napoli, Sezione Volontaria Giurisdizione, decreto 3 aprile 2020, in www.dirittodelrisparmio.it.

do nell'adempimento o la omissione di versamenti siano da ricollegare a peculiari circostanze eccezionali ed emergenziali a questi non imputabili¹³¹.

Ciò posto, alle motivazioni innanzi esposte in ordine all'incidenza dell'inadempimento incolpevole da porre, poi, in relazione con la fattispecie dell'insolvenza prospettica, vanno aggiunti ulteriori spunti argomentativi idonei ad arricchire il ragionamento che qui si sta sviluppando. Si segnala, infatti, *a fortiori*, che il legislatore dell'emergenza ha ritenuto di dover preservare l'imprenditore dai dissesti incolpevoli che, in base alla normativa oggi vigente, non esimerebbero in alcun caso il debitore dalla dichiarazione di fallimento (v. *infra*).

È indubbio, ad ogni buon conto, che è stata normativamente attribuita rilevanza a quelle ragioni – non imputabili all'agente – sottese ad una impossibilità di soddisfare le obbligazioni dal “*carattere temporaneo*”, che, pur cagionando la sussistenza dello stato di insolvenza del debitore, rendono quest'ultima priva del requisito della “*strutturalità*”, su cui si fonda, in via prioritaria, la concezione della sua secolare oggettività.

In definitiva, se di innovazione si vuole parlare avuto riguardo all'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020, va sicuramente rimarcata la valorizzazione dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità dell'inadempimento¹³².

Si può dunque affermare che la legislazione emergenziale ha avuto l'effetto mediato di attribuire “*diritto di cittadinanza*” all'insolvenza da inadempimento incolpevole¹³³.

Si auspica, inoltre, che il sentimento di unità e la volontà di fare bene suscitati dalle immagini drammatiche e cruenti degli ultimi mesi, che ritraggono gli operatori socio-sanitari stremati dalla fatica intenti comunque a lavorare indefessamente nelle corsie degli ospedali d'Italia, possano animare anche i soggetti che agiscono in ambito socio-economico, ove sensibilità e senso di solidarietà dovranno prevalere sopra ogni altro interesse.

¹³¹ Ulteriori indici della volontà del legislatore di favorire la sospensione dell'adempimento si rinvencono negli artt. 54 e 56 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, dettati in tema di obbligazioni relative ai contratti ivi previsti, sul presupposto di una significativa perdita di fatturato durante la fase epidemio-logica.

¹³² P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovolutati e nuove esigenze processuali*, cit., 10, “in altre parole, si è sentita sin da subito l'esigenza di ravvisare la mancanza di colpa del debitore in eventi straordinari, usualmente sottratti ai rischi assicurati (ad esempio, terremoti, insurrezioni, avversità della navigazione, sciopero). In tale prospettiva, sono rinvenibili risalenti pronunce giurisprudenziali che, da un lato, i) hanno considerato fortuito ogni fenomeno o accidente che si verifica di quando in quando, ma che non rappresenta l'andamento naturale dell'ordine delle cose, e che, da altro lato, ii) hanno individuato un'esimente a favore del debitore in un avvenimento cui resiste non potest, rispetto al quale non è immaginabile alcuna forza umana che ne possa impedire le conseguenze dannose (ancora una volta, inevitabilmente, la valutazione di merito, caso per caso, sarebbe spettata all'Organo giudicante mediante l'utilizzo di criteri elastici ed adattabili alla fluida realtà economico-sociale di riferimento)”.

¹³³ Ivi, dopo aver affermato – concordemente con quanto autorevolmente sostenuto in dottrina (cfr. C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, Bologna, 1967, 94 ss.) – che “appare utile calibrare ogni riflessione inerente alla responsabilità debitoria sulla soluzione che l'ordinamento, in un determinato storico (quello attuale), ha concretamente adottato” – aggiunge “che l'interpretazione dell'impossibilità liberatoria è da sempre stata affrontata dalla giurisprudenza con encomiabile sensibilità aderente al dato ed alla realtà sociale”.

6. La legislazione emergenziale e non fallibilità: la causa di forza maggiore

La situazione emergenziale ha comportato l'introduzione di norme eccezionali e temporanee, in deroga al diritto comune. In via esemplificativa, tra quelle inserite con il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. Decreto liquidità), meritano espressa menzione la disapplicazione di alcune regole sulla perdita del capitale sociale (art. 6), le disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione (art. 9), l'improcedibilità dei ricorsi per dichiarazione di fallimento (art. 10), la sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito (art. 11).

Di là dai giudizi circa la loro insufficienza che pure sono stati variamente espressi dalle rispettive platee di destinatari, tra gli interventi adottati vanno annoverate anche misure a sostegno del lavoro, delle imprese e delle famiglie, tutte accomunate dalla dichiarata finalità di ammortizzare le più immediate ripercussioni economiche e sociali conseguenti all'attuazione ed al rispetto delle misure di contenimento della pandemia in atto.

All'emergenza sanitaria si sono abbinate importanti novità normative sia sul piano processuale¹³⁴ – con la previsione di peculiari modalità che i primi commentatori hanno defi-

¹³⁴ Con la conversione del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (c.d. Decreto intercettazioni), avvenuta il 25 giugno scorso nell'aula della Camera, con voto di fiducia, è stata disposta l'anticipazione di un mese della fine dell'emergenza nel settore dell'amministrazione della giustizia, unitamente alla salvaguardia degli atti e dei provvedimenti consentiti dall'antica disciplina di cui all'art. 83 del Decreto c.d. Cura Italia. Più specificatamente, avendo assunto la decisione di non convertire in legge la lett. i) dell'art. 3 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, che aveva prorogato al 31 luglio 2020 la durata della seconda fase prevista dall'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, è tornato nuovamente in vigore l'originario termine del 30 giugno 2020. E. Dalmotto, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, cit., 2-5, chiarisce, con maggiore precisione, che "tale operazione di chirurgia legislativa produce l'effetto di accorciare al 30 giugno 2020 il periodo per il quale è stato attribuito ai capi degli uffici il potere di adottare le misure organizzative volte al contenimento dell'epidemia di cui all'art. 83, comma 7° del Cura Italia. Tra esse, le lettere da a) a c) annoverano la limitazione dell'apertura e dell'accesso agli uffici, a cui si correla il contingentamento dei servizi. Ma, soprattutto, la lettera d) consente di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze; la lettera e) contempla la celebrazione a porte chiuse delle udienze pubbliche; le lettere f) e h) la sostituzione delle normali udienze in presenza con quelle telematiche o a trattazione scritta; la lettera h-bis) lo svolgimento con collegamenti da remoto dell'attività degli ausiliari dei giudici; la lettera g) il rinvio delle udienze a data successiva alla fine della seconda fase. Svanendo il potere di disporre le misure organizzative ai sensi del comma 7°, viene inoltre meno la possibile sospensione dei termini di prescrizione e decadenza di cui al comma 8°. Le ripercussioni sull'art. 83 del Cura Italia non finiscono qui. Torna ad esaurirsi il 30 giugno anche il periodo, iniziato il 9 marzo 2020, che, ai sensi del comma 10°, non è computabile ai fini della durata ragionevole del processo. Lo stesso è da dire per il periodo in cui il comma 11° ha reso esclusivo il canale telematico per il deposito di atti e documenti nonché per il pagamento del contributo unificato e dell'anticipazione forfettaria dei diritti di cancelleria. Così pure, retrocede al 30 giugno 2020 la possibilità del processo telematico in Cassazione ex comma 11°-bis. E dalla stessa data le deliberazioni collegiali non possono più essere assunte, in forza del comma 12°-quiquies, mediante collegamenti da remoto. La mancata conferma della proroga al 31 luglio 2020 della seconda fase viene peraltro temperata dalla previsione, contenuta nell'art. 1, comma 2°, della legge di conversione, secondo cui "restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 3, comma 1°, lettera i), del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28", ossia dell'art. 3, comma 1°, lettera i), del Decreto Intercettazioni oggetto della legge di conversione (...) Non mancano, infine, alcuni interventi di dettaglio tra cui una migliore definizione delle cause non suscettibili di rinvio di cui all'art. 83, comma 3°, lettera a), del Cura Italia, peraltro poco utile, visto che la retrocessione della seconda fase al 30 giugno della seconda fase impedirà di rinviare le udienze a dopo il 31 luglio 2020; la spe-

nito “*inedite*”¹³⁵ di celebrazione delle udienze (ad esempio, le forme della trattazione scritta o lo svolgimento mediante collegamento da remoto) – sia sul piano sostanziale, attraverso l’adozione di variegate disposizioni che incidono sulla disciplina rispettivamente del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, sulla fase esecutiva di tali procedure e sulle disposizioni dettate in materia societaria che attengono, in particolare, alla riduzione qualificata del capitale sociale, al finanziamento dei soci ed alla redazione del bilancio.

Il diritto della crisi, all’epoca del COVID-19, non presenta, nel suo catalogo, istituti creati *ex novo* per gestire questa specifica fase storica. Va infatti evidenziato, sul punto, che il legislatore non ha ideato autonome procedure concorsuali finalizzate a regolare le situazioni di crisi sorte durante il periodo di emergenza sanitaria, ma ha scelto di intervenire riadattando, reiterando e posticipando l’applicazione di istituti già codificati. Pertanto, il diritto della crisi si connota esclusivamente per una deviazione dalle ordinarie regole processuali e dalla disciplina sostanziale di istituti già patrimonio del diritto concorsuale e societario, nonché per una loro attuazione *ad tempus* ossia limitata ad un periodo prefissato dal legislatore. A tal riguardo, vi è chi ha fatto riferimento ad una sorta di “*diritto speciale e transitorio*” che si inserisce, quasi come un intermezzo, tra una prolungata efficacia della legge fallimentare e l’avvento del Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza¹³⁶: norme straordinarie dettate per regolamentare tempi straordinari e per arginare le situazioni recessive scaturite dall’emergenza sanitaria determinata dalla pandemia.

Tralasciando l’esame della normativa introdotta in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione, nonché l’analisi degli interventi in materia di diritto societario, brevi cenni vanno dedicati alla questione della improcedibilità delle istanze di fallimento, pure oggetto di specifica previsione normativa¹³⁷.

È lampante che il séguito increscioso dell’**emergenza pandemica** sarà grandemente

cificazione, piuttosto ovvia, che il luogo posto nell’ufficio giudiziario da cui il magistrato si collega per tenere le udienze telematiche ai sensi del comma 7°, lettera f), è considerato aula d’udienza; la riformulazione del comma 7°-bis; l’inserimento in quest’ultimo di un comma 11°.1, che prescrive fino al 31 luglio 2020 il deposito esclusivamente telematico dei provvedimenti dei magistrati, salvo guasti dei sistemi informatici. Ed ancora, si può menzionare l’aggiunta al comma 20°-bis della trasmissione con modalità telematiche dell’accordo di mediazione; l’integrazione dell’art. 88 disp. att. c.p.c. con un comma che prevede l’attribuzione del valore di titolo esecutivo, con i medesimi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza, al verbale di conciliazione ai sensi degli artt. 185 e 420 c.p.c. redatto con strumenti informatici; l’estensione ai procedimenti davanti al Consiglio nazionale forense in sede giurisdizionale delle modalità esclusivamente telematiche previste per le comunicazioni e le notificazioni effettuate a cura della cancelleria nei procedimenti civili ai sensi dell’art. 16, comma 4°, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221”.

¹³⁵ R. Brogi, *Il diritto emergenziale della crisi d’impresa all’epoca del COVID-19*, cit.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole*, cit., 21-22, evidenzia che “la ratio di questa misura, chiaramente eccezionale e temporanea, è messa bene in luce nella Relazione illustrativa. Essa consiste, da un lato, nell’evitare di ‘sottoporre il ceto imprenditoriale alla pressione crescente delle istanze di fallimento di terzi e per sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari, con il correlato pericolo di dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato’; dall’altro, di scongiurare un flusso verosimilmente ingente di istanze di fallimento verso uffici giudiziari che già soffrono notevoli difficoltà di funzionamento”.

percepito, nelle sue più pregnanti sfaccettature, dalle numerose attività imprenditoriali che non avranno la possibilità di superare indenni il periodo di forzata limitazione del diritto al lavoro.

L'auspicio, ovviamente, è che queste crisi non conducano a probabili, quasi certe, **dichiarazioni di fallimento**.

A tal proposito, si è argomentato che gli **imprenditori soggetti a fallimento** potrebbero invocare l'**emergenza pandemica proprio come causa di forza maggiore** idonea a far ritenere insussistenti i presupposti dello stato di **insolvenza** e, quindi, ad evitare il **fallimento**¹³⁸.

L'**art. 10 del c.d. Decreto liquidità** ha sancito l'**improcedibilità delle istanze di fallimento depositate fino al 30 giugno 2020**. Come è evidente, si tratta di una norma tampone la cui adozione è stata imposta dalla pressante esigenza di introdurre il fattore emergenziale (e, quindi, l'evento di forza maggiore) quale criterio di valutazione della "*crisi*" dell'impresa e, conseguenzialmente, quale parametro a cui ancorare l'accertamento in ordine alla mancata sussistenza dello **stato di insolvenza**. Tuttavia, la disposizione richiamata, in sede di applicazione pratica, non appare dotata di quella forza precettiva idonea ad attuare efficacemente tale condivisibile principio.

Invero, la sanzione di improcedibilità comminata alle **istanze di fallimento** per il limitato periodo previsto dall'art. 10 presta il fianco a due rilievi critici.

In primo luogo, è facilmente intuibile che la quasi totalità delle **istanze di fallimento** che avrebbero potuto essere presentate fino al 30 giugno 2020 avrebbe fatto, certamente, riferimento ad una situazione di dissesto pregresso, consolidatasi in data anteriore allo stato di crisi generato dalla **pandemia: le imprese debitorie interessate sarebbero state, verosimilmente, quelle oramai non più risanabili e per le quali andrebbe evitata la dispersione di risorse finanziarie**.

In secondo luogo, è indubbio che l'eventuale (quasi indiscussa) insolvenza delle imprese determinata dalla **pandemia** si manifesterà nella sua gravità – in quanto purtroppo definitivamente consolidatasi – solo in data successiva al 30 giugno 2020, quando sarà terminato il "*periodo di incubazione*" e, più in generale, sarà cessata l'esposizione dell'imprenditore "*all'agente infettivo*" attualmente in circolo¹³⁹.

Inoltre, come acutamente osservato da alcuni studiosi della materia, una generalizzata paralisi della proposizione delle **istanze di fallimento e del loro eventuale accoglimento** rischia di pregiudicare irrimediabilmente i diritti dei creditori nel momento in cui esse sono proposte nei confronti di quei soggetti il cui stato di insolvenza non ha alcun concreto

¹³⁸ P. Pannella, *La rinegoziazione contrattuale e l'insolvenza ai tempi del COVID-19 (e non solo)*, cit., 9.

¹³⁹ Sull'argomento, v. anche S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, cit., 21, che osserva, in particolare, come "il rimedio dell'improcedibilità ex art. 10 [sia] per sua natura 'a tempo', mentre non possono escludersi (al contrario, vanno messi in conto) fenomeni di insolvenza 'prevalentemente incolpevole' oltre l'orizzonte temporale del giugno 2020. Rispetto a tale scenario una norma nel senso della non fallibilità per forza maggiore avrebbe in effetti – occorre riconoscerlo – maggiore 'respiro', oltre a risultare sintonica alla grave situazione corrente. E con riferimento ai casi in cui non emergesse con chiarezza l'ascrivibilità dell'insolvenza in via esclusiva alla pandemia, potrebbe attingersi forse, in via normativa e comunque interpretativa, al criterio della prevalenza dell'apporto alla causazione dell'evento (la stessa Relazione illustrativa, sub art. 10, parla di dissesto 'in gran parte da ricondursi a fattori esogeni') e, nei casi ulteriormente dubbi, a un favor debitoris per una volta oggettivamente giustificato dal momento storico che stiamo attraversando".

rapporto causale con gli effetti della **pandemia** o la cui temporanea situazione di “*crisi*” non risulta, in ogni caso, successivamente reversibile¹⁴⁰.

Attenta dottrina, ponendosi sulla stessa lunghezza d'onda, sostiene che l'attuale formulazione dell'art. 5, comma 2, l. fall. fornisca una chiave di lettura del concetto di insolvenza che, ove correttamente utilizzata, potrebbe consentire di scongiurare una moria di imprese. Il presupposto della dichiarazione di fallimento consiste, infatti, nell'incapacità del debitore di adempiere “*regolarmente*” alle proprie obbligazioni. Ebbene, è proprio dalla constatazione dell'eccezionalità dell'odierno contesto di riferimento che i Giudici fallimentari potranno cogliere elementi utili a discernere le situazioni di insolvenza necessitate dall'attuale contingenza da quelle determinatesi in condizioni per l'appunto “*regolari*”. Si potrebbe tuttavia pensare anche ad una rivisitazione della norma in questione, escludendo la dichiarazione di fallimento nelle ipotesi in cui l'inadempimento alle proprie obbligazioni sia stato determinato da causa di forza maggiore¹⁴¹ ovvero da elementi che, comunque, in quanto straordinari ed imprevedibili, determinano una oggettiva incapacità di provvedere¹⁴².

Il nostro ordinamento giuridico non fornisce una nozione precisa del concetto, non nuovo, di forza maggiore che, in particolare, viene generalmente intesa come quell'evento, derivante dalla natura o dall'uomo, che pur se preveduto, non può essere impedito¹⁴³ (*vis maior cui resisti non potest*)¹⁴⁴.

Tuttavia, l'art. 1467 c.c., previsto in materia di contratti con prestazioni corrispettive, ne indica alcune caratteristiche allorquando afferma che “*nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 [c.c.]. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”¹⁴⁵.

Orbene, come notoriamente sancito dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁴⁶, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione – per poter determinare, ai sensi dell'art. 1467

¹⁴⁰ G.P. Maraini, *Gli effetti del COVID-19 sull'insolvenza*, 24 aprile 2020, in www.4clegal.com.

¹⁴¹ A. Monteverde, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 150, precisa, a tal riguardo, che “(...) ben difficilmente potrebbe negarsi che non solo le misure restrittive adottate da un governo, ma tutto quanto consegua naturalmente alla pandemia abbia natura di forza maggiore”.

¹⁴² G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, 2 aprile 2020, in www.ilcaso.it.

¹⁴³ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, cit., 987.

¹⁴⁴ G. Lazoppina, *Coronavirus: impossibilità sopravvenuta della prestazione e forza maggiore*, 13 marzo 2020, in www.dirittoegiustizia.it.

¹⁴⁵ Cfr. S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, cit., 18, il quale fa presente che “il codice civile lo utilizza espressamente tutte le (rare) volte in cui intende annettere valenza ‘scriminante’ dell'inadempimento al verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili: così è a dirsi dell'art. 1467 c.c., il quale riconosce al debitore la facoltà di richiedere la risoluzione del contratto nel momento in cui la prestazione da lui dovuta sia diventata eccessivamente onerosa per fatti straordinari ed imprevedibili, estranei alla sua sfera d'azione. E con la medesima funzione descrittiva di fatti eccezionali e sottratti al controllo dell'uomo la fattispecie ‘forza maggiore’ è adoperata da altre fonti giuridiche in ambiti assai diversi (codice penale, codice della navigazione, ecc.)”.

¹⁴⁶ Cass., sez. III civ., 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Mass. Foro it.*, 2006.

c.c., la risoluzione del contratto – presuppone la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni non previsto al momento della conclusione del contratto; dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale¹⁴⁷.

La straordinarietà è un carattere di natura oggettiva poiché un evento è qualificato appunto straordinario in base all'apprezzamento di elementi – quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità – suscettibili di misurazioni (dunque, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di carattere statistico); diversamente, il tratto della imprevedibilità ha un fondamento più marcatamente soggettivo in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza.

Non si può negare, quindi, che la situazione di crisi economica in atto, determinata dal COVID-19 e dai conseguenziali provvedimenti governativi (direttamente incidenti sulle libertà individuali, tra le quali, *in primis*, quella di iniziativa economica privata, ex art 41 Cost.)¹⁴⁸, contiene i caratteri oggettivi della straordinarietà e, per i contratti stipulati antecedentemente al manifestarsi della crisi, anche della soggettiva imprevedibilità¹⁴⁹.

¹⁴⁷ P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 6, evidenzia come sia “stato osservato che l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie determinerebbe una responsabilità incondizionata del debitore, la quale prescinderebbe da ogni valutazione di colpa intesa come violazione di regole di condotta; tale principio sarebbe tanto radicato che, dinanzi ad eventi eccezionali che impediscono o rendono gravemente difficoltoso l'inadempimento, il legislatore sarebbe solito intervenire con provvedimenti altrettanto eccezionali. Inoltre, tenuto conto che l'insufficienza di beni patrimoniali esprimerebbe solo la situazione di inettitudine del debitore (non involgendo, al contempo, un giudizio di imputazione di tale inettitudine), non si può fare a meno di considerare che vi sono dei casi – sempre in ambito di obbligazioni pecuniarie – in cui la causa dell'impotenza finanziaria possono condurre alla liberazione del debitore solo ove si verifichino dei rischi comuni (ad esempio: crisi di mercato, altrui insolvenza, furto) che incidono sulla capacità patrimoniale del debitore o sulla sua capacità di guadagno: rischi, questi, che in linea di principio devono essere opportunamente prevenuti e comunque coperti in fase negoziale, salvo il caso in cui si concretino in eventi straordinari usualmente sottratti ai rischi assunti (si pensi, ad esempio, alle insurrezioni o ai terremoti)”.

¹⁴⁸ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, cit., 213, precisa, sul punto, che “oggi, nel nostro Paese, si può affermare con certezza l'esistenza di uno ‘stato di emergenza’ (dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, per la durata di sei mesi), in ragione del quale molti diritti costituzionali di rango fondamentale trovano, a voler essere benevoli, una sorta di riarticolazione transitoria, in un bilanciamento con l'interesse collettivo alla prevenzione dell'epidemia”.

¹⁴⁹ Per avere contezza delle problematiche sottese all'applicazione dell'art. 1467 c.c. in relazione a peculiari fattispecie di probabile verifica avuto riguardo al contesto di riferimento descritto nel presente contributo, v. Trib. Rimini 28 giugno 2020, pubblicato in data 9 luglio 2020 in www.ilcaso.it, che così statuisce: “la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non opera di diritto e deve essere oggetto di una pronuncia giudiziale avente natura costitutiva; l'intenzione manifestata da una delle parti di avvalersi di tale rimedio, dunque, non la autorizza a sospendere l'esecuzione della prestazione, posto che non vi è estinzione dell'obbligazione (come nel caso dell'impossibilità sopravvenuta) e non ricorre una delle ipotesi disciplinate dagli artt. 1460 e 1461 c.c. (che, a determinate condizioni, consentono ad uno dei contraenti di rifiutare o sospendere in via di autotutela l'esecuzione della propria prestazione). Deve certamente riconoscersi, in quanto fatto notorio, che la pandemia e le conseguenti misure di contenimento adottate nei mesi di marzo, aprile e maggio 2020 abbiano precluso quasi del tutto l'esercizio dell'attività alberghiera e che si sia trattato di eventi di carattere imprevedibile e straordinario; tuttavia, le drastiche misure adottate hanno avuto vigenza temporanea e, almeno attualmente, non essendovi più restrizioni agli spostamenti all'interno del territorio nazionale, non appare verosimile che una località turistica di mare resti senza turisti durante la stagione estiva; del resto,

Pertanto, non è certamente errato ritenere che, in tale singolare contesto di crisi, l'imprenditore in difficoltà possa invocare la forza maggiore¹⁵⁰, da valutarsi caso per caso¹⁵¹, fermo restando il relativo onere di allegazione probatoria¹⁵².

7. Conclusioni

Gli anni futuri appaiono caratterizzati dall'imperversare di una crisi economica particolarmente acuta ed il modo in cui essa verrà fronteggiata appare decisivo anche per le sorti del "sogno" europeista.

In tale contesto, un nuovo piano "Marshall" fondato su principi solidaristici sarà fondamentale.

il carattere straordinario degli eventi è stato tenuto in considerazione anche dal legislatore nazionale, che ha introdotto una serie di misure a sostegno delle imprese, di cui anche la ricorrente può beneficiare per riavviare la propria attività. Quanto alla sussistenza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, essendo l'azienda alberghiera ancora nella disponibilità dell'affittuaria ricorrente, non vi sono pertanto elementi sufficienti per escludere che quest'ultima, ora che le restrizioni imposte dall'emergenza sanitaria sono state allentate, possa proficuamente riavviare l'attività alberghiera per la stagione estiva, per cui difetta il fumus boni iuris della preannunciata azione di risoluzione contrattuale".

¹⁵⁰ P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 6, ritenuto di preminente rilevanza l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie (proprio in virtù dell'esigenza orizzontale di liquidità del mercato), precisa che "la giurisprudenza di legittimità è piuttosto ferma nel ritenere che il pagamento di una somma di danaro non possa mai risultare obiettivamente impossibile – fatta salva l'eccezione dell'ipotesi estrema di totale sparizione della moneta –, con la conseguenza che non potrebbe mai prospettarsi la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (il fil rouge degli orientamenti sul tema è l'irrelevanza dell'impotenza economica sopravvenuta del debitore). [L'Autore] non [ritiene], tuttavia, che detto principio sia inattuabile. In effetti, pur essendo la moneta un bene fungibile, l'irruzione nell'ambiente negoziale di un evento di forza maggiore impedirebbe al debitore di esprimersi secondo la normale realtà delle cose e, giocoforza, di sostituire quel bene con un altro identico. Vieppiù, se trattasi di un evento straordinario ed imprevedibile che si insinua, senza distinzione soggettiva ed oggettiva, in tutti gli habitat negoziali che permeano il mondo degli affari".

¹⁵¹ P. Longo, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, cit., 11, "recentemente, la giurisprudenza ha evidenziato che affinché l'impossibilità della prestazione possa atteggiarsi quale causa di esonerazione del debitore da responsabilità, deve essere offerta la prova della non imputabilità, anche remota, di tale evento impeditivo".

¹⁵² Ivi, 19-20: "in effetti, dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 del Codice Civile emerge, senza particolari difficoltà ermeneutiche, che il debitore è onerato di provare che il suo inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, mentre il creditore è tenuto soltanto alla dimostrazione dell'esistenza del titolo giuridico su cui l'obbligazione inadempita affonda le proprie radici. Insomma, una vera e propria presunzione di responsabilità in capo al debitore dalla quale egli può sganciarsi dimostrando, come detto, che l'evento che ha reso impossibile la prestazione non è a lui imputabile. Secondo un'acuta analisi, peraltro, tale impostazione poggerebbe sull'esigenza di politica legislativa, dettata dall'art. 2697 del Codice Civile, consistente nel voler semplificare la fattispecie produttiva degli effetti giuridici, sì da addossare la colpa a quel soggetto (il debitore) che, molto probabilmente, ha la concreta possibilità di – e aggiungerei noi, il concreto interesse a – fornirla (tale regola, peraltro, si giustificerebbe nella struttura dialettica del processo ordinario di cognizione). Inoltre, nonostante sia stato osservato che l'art. 1218 del Codice Civile non richiederebbe la prova dello specifico evento impeditivo, essendo invece sufficiente provare la non imputabilità al debitore (mentre secondo altri egli deve provare il fatto impeditivo o estintivo della pretesa creditoria), è più che rilevante considerare che, talvolta, il concreto riferimento ad una determinata causa impeditiva agevola l'attività probatoria del debitore" (pp. 19-20).

Ponendosi nel medesimo angolo visuale, appare opportuno, di là dagli strumenti previsti dalla legislazione d'urgenza (da arricchire e meglio definire anche nei prossimi mesi, in considerazione dell'effettivo modo di atteggiarsi delle problematiche che sorgeranno nella gestione di una nuova quotidianità rappresentata da una fase di progressiva riapertura e ripartenza), ricorrere ad una dilatazione temporale di accesso alla moratoria, bancaria ed erariale.

È inoltre necessario immettere “*nuova finanza*” nel circuito economico (in relazione alla quale si auspica una stabilizzazione, ad esempio, mediante l'introduzione del vincolo della prededucibilità del credito), da utilizzare in modo strutturale, dinamico e – prospetticamente – utile. In definitiva, ci si prefigura l'erogazione di un “*credito responsabile*” per consentire alle imprese sofferenti il traghettamento verso “*un porto sicuro*”.

Ovviamente, in molti casi, sarà inevitabile fare uso anche degli strumenti ordinari del diritto concorsuale. In realtà, un differente approccio, saggio ed avveduto, di tutti gli operatori del settore (salva naturalmente “*l'abiura di ogni abuso*”, a maggior ragione in questa epoca storica) potrebbe addirittura favorirne il ricorso ¹⁵³.

La fase della ripartenza, in una “*estate rovente*” ed in un “*autunno*” ancora più “*caldo*”, si caratterizzerà per una considerevole richiesta di accesso alla tutela giurisdizionale che si giustifica in considerazione della (temporanea?) paralisi del sistema produttivo e commerciale.

Nelle aule di giustizia avrà luogo la rappresentazione dei diversi interessi in gioco; tutti gli operatori del diritto saranno così chiamati a svolgere una essenziale funzione sociale ed etica, prima ancora che deontologica, che si sostanzierà nell'assistere le parti nella ricerca delle soluzioni più idonee al riassetto del regolamento contrattuale, nel prestare supporto durante le operazioni di “*rimodulazione del contenuto negoziale*” e, in particolare, nell'offrire ausilio nell'elaborazione di tutte quelle soluzioni capaci di ridistribuire i costi della crisi da epidemia, sempre nell'ottica dell'equo contemperamento degli opposti interessi.

Ci si augura che possa finalmente instaurarsi il tanto agognato dialogo tra diritto ed economia. A quel punto, i giuristi e gli aziendalisti dovranno inevitabilmente collaborare senza dimenticare, tuttavia, che ciascuno di essi opera anche spinto da uno stato d'animo, inconscio e spesso innato, che induce alla adesione ad un certo valore o alla condanna di un dato comportamento ¹⁵⁴: si tratta di inclinazioni non verbalizzate cui l'uomo si assoggetta da sempre, in modo inconsapevole, e che illustre ed autorevolissima dottrina ha definito il “*diritto muto*” ¹⁵⁵.

Su tale *background* di stampo marcatamente etico si staglia l'imperativo *pacta sunt servanda*, principio cardine che governa l'autonomia privata. Ai giuristi ed agli operatori tutti della crisi di impresa, ciascuno nell'esercizio delle proprie funzioni ¹⁵⁶, spetta vigilare

¹⁵³ Si riporta e ripropone, in questa sede, la testuale e condivisibile opinione di A. Pezzano, M. Ratti, *Il downgrade del Codice della Crisi e il “nuovo” codice dell'emergenza: “vecchi” strumenti a supporto del concordato con riserva “di massa”*, 9 aprile 2020, in *Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti-COVID al servizio della continuità d'impresa*, Centro Studi Diritto della Crisi e dell'Insolvenza – Zucchetti Software Giuridico.

¹⁵⁴ Cfr. R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, 150, richiamato da G. Vertucci, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, cit., 11.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

onde neutralizzare il rischio di ogni eventuale commistione tra piani ed al fine di garantire sempre la giusta attuazione di ogni principio.

In definitiva, è evidente che, successivamente al 30 giugno 2020 (momento a partire dal quale è nuovamente possibile depositare ricorsi prefallimentari), l'insolvenza delle imprese determinata dalla **pandemia in atto**, in quanto ampiamente consolidata, si manifesterà in tutta la sua gravità. Ci si attende, allora, che – nell'immediato futuro – vengano maturate opportune valutazioni politiche che possano tradursi in un atto legislativo a mezzo del quale dare rilievo "*all'esimente della causa di non imputabilità, del caso fortuito o della forza maggiore*", come in precedenza illustrata, che, correttamente applicata, scongiuri la dichiarazione di fallimento del debitore (sia pur forzatamente) inadempiente.

Ravvisata la necessità di tale intervento normativo, va da sé che dovrà essere ben delineato, in via strettamente conseguenziale, l'ambito di operatività dell'esimente in commento, pena il rischio di avvantaggiare soggetti non meritevoli. Il giudice dovrà quindi valutare attentamente, caso per caso, la sussistenza delle circostanze previste in astratto dal legislatore come condizione per la sua applicabilità, nel tentativo di evitarne un pretestuoso utilizzo.

In conclusione, anche verificata l'efficacia regolamentare della legislazione emergenziale per come si è evoluta dall'inizio della pandemia fino alla sua conclusione (che si spera possa essere prossima), approfittando dell'arco temporale che ci separa dall'entrata in vigore del nuovo CCII (1° settembre 2021), è auspicabile che il legislatore, anche successivamente alla adozione del c.d. decreto correttivo¹⁵⁷, provveda ad integrare l'art. 2, comma 1, lett. b) – che, come detto in apertura del presente contributo, allo stato, ripropone pedissequamente una definizione dell'insolvenza assimilabile al contenuto dell'art. 5, l. fall. – introducendo *l'esimente della causa di non imputabilità, del caso fortuito o della forza maggiore*, per escludere, al verificarsi di peculiari eventi, la sussistenza dello stato di insolvenza del debitore (incolpevolmente) inadempiente.

¹⁵⁷ V. nota n. 53.

L'ADEGUATO ASSETTO ORGANIZZATIVO CONTABILE. UNA VISIONE AZIENDALISTA

Elena Gori – Maria Lucetta Russotto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'adeguato assetto organizzativo contabile, teorie e prassi. – 3. L'adeguato assetto organizzativo contabile, da obbligo legale a opportunità per l'impresa. – 4. Tre macro-modelli: per la micro, la piccola e la media impresa. – 4.1. L'emersione della crisi aziendale quale variabile del rischio d'impresa. I flussi informativi quali strumento di controllo. – 4.2. L'attendibilità contabile e il modello di M.D. Beneish. – 4.3. I macro-modelli. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 14/2019, ancorché non ancora entrato in vigore nella sua interezza, ha posto all'art. 3 un obbligo giuridico totalmente innovativo sia per l'impresa che in assoluto nel panorama giuridico italiano: l'adozione di (art. 3, comma 1) “... *misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte...*”; l'adozione di (art. 3, comma 2) “... *un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative ...*”;¹ ovvero l'obbligo per l'impresa di attuare per legge il controllo di gestione.

Pur con una diversa impostazione letteraria a seconda del soggetto a cui è rivolto l'obbligo normativo, indirizzato al comma 1 all'imprenditore individuale e al secondo all'imprenditore collettivo, di fatto il dettame implica la stessa nozione²: l'imprenditore deve essere in grado di disporre di convenienti flussi informativi che gli consentano di monitorare costantemente lo stato di salute della sua impresa. E questi flussi informativi devono rappresentare un modello certo e formalizzato³ all'interno del sistema impresa⁴.

La portata delle nuove disposizioni introdotte dal codice della crisi di impresa avrà un

¹ S. Sanzo, D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

² S. Ambrosini, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, Il Caso.it, 2019.

³ M.R. Guercio, *Informazione e impresa. Flussi informativi e gestione della documentazione nelle imprese edili*, Milano, 1996.

⁴ A. Gulinelli, *Il Codice della crisi di impresa e controlli nelle Srl*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

notevole impatto; in particolare sulle MPMI, il cui assetto – organizzativo, amministrativo e contabile – normalmente si limita a quanto prescritto dalle norme civilistiche e fiscali.

Poiché nelle MPMI l'imprenditore è contemporaneamente colui che rappresenta il capitale investito ma anche chi che gestisce e controlla, di fatto in questa realtà economica non esiste né un sistema di contrapposizione dei poteri né uno di gestione del rischio. È chiaro che in un insieme così carente di struttura, saranno davvero evidenti le difficoltà, sia a predisporre tali assetti organizzativi, sia a individuare (o quantomeno ad accettare, vista la conosciuta resistenza dell'imprenditore ad ammettere quello che considera da sempre un fallimento⁵) i primi segnali della presenza di crisi di impresa e la conseguente possibilità di perdita della continuità aziendale⁶.

Le società già dotate dell'organo di controllo o di revisione e quelle che, a causa del superamento dei limiti dimensionali, dovranno nominarlo, avranno indubbiamente un vantaggio, dato dalla presenza dei suddetti professionisti qualificati, rispetto a tutte le imprese prive di tali organi, dove le responsabilità saranno esclusivamente a carico degli amministratori o dell'imprenditore. In quel caso un ruolo determinante lo avranno sicuramente i consulenti d'impresa, i quali dovranno affiancare l'imprenditore nel compito di ridefinire la struttura dell'impresa; sarà importante istituire e configurare l'assetto in funzione della dimensione dell'impresa – un assetto sovradimensionato oltre a comportare un costo maggiore potrebbe non avere in definitiva utilità relativamente alla finalità per cui viene predisposto – e verificarne la capacità a eseguire, monitorare e controllare la capacità di far emergere i segnali di una possibile fase di crisi.

Di fatto nelle MPMI la struttura organizzativa potrà avere una minore formalizzazione delle procedure, in considerazione della maggiore semplicità dei processi aziendali.

2. L'adeguato assetto organizzativo contabile, teorie e prassi

Per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità⁷.

Un assetto organizzativo è adeguato quando è in grado non solo di raggiungere l'obiettivo per il quale è stato creato – si pensi alle previsioni della l. n. 231/2001⁸ – ma anche, contestualmente, di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali che non devono quindi risultare appesantite o irrigidite dai modelli predisposti; si basa sulla separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni e sulla chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione e presenta una struttura compatibile con le dimensioni e con la complessità dell'impresa, nonché con la natura e le modalità di perseguimento della sua attività.

⁵ P. Bastia, *Soluzioni per l'accertamento precoce della crisi*, OCI, 2018.

⁶ Portale PMI, *Tutto sulla contabilità e la revisione. Finanze sotto controllo*, Confederazione svizzera, 2020.

⁷ CNDCEC, *Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo*, 2015.

⁸ V. Apa, G. Caruso, P. Felice, *La responsabilità amministrativa degli enti. Guida operativa al D.Lgs. n. 231/2001*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

Un modello procedurale di buon assetto amministrativo-contabile si basa sostanzialmente su quattro regole che l'imprenditore dovrebbe costantemente applicare nella sua governance:

a) la rilevazione contabile completa, tempestiva e attendibile. Questo permette la corretta formazione dei documenti – bilanci infrannuali e d'esercizio per le imprese in contabilità ordinaria, rendiconto economico e patrimoniale infrannuale e d'esercizio per le imprese in contabilità semplificata – che di fatto rappresentano il flusso informativo necessario⁹, anche se non sufficiente¹⁰, per la corretta valutazione delle scelte di gestione. Nel presente lavoro si parlerà quindi anche della verifica dell'attendibilità delle rilevazioni contabili¹¹.

b) il controllo dei documenti contabili. Il d.lgs. n. 14/2019, all'art. 12, introduce l'ipotesi di controllo con l'applicazione alla contabilità degli indici – già conosciuti dalle teorie aziendalistiche, e denominati dalla normativa indici di allerta – con cadenza almeno trimestrale; evidenziando che in presenza di indici di allerta prossimi alle soglie critiche la frequenza di monitoraggio deve aumentare per verificare dove porta la curva andamentale dei risultati dell'impresa. Nel prosieguo del presente elaborato verrà evidenziato tuttavia che, pur non sovraccaricando l'impresa di incombenze, sarà opportuno affiancare all'analisi per indici anche un'analisi più dinamica¹².

c) la definizione e l'analisi dei principali rischi aziendali evidenziando il relativo impatto sull'andamento economico-finanziario, consuntivo e preventivo, per la formulazione di possibili alternative negli scenari della vita dell'impresa¹³. Nel presente lavoro, quindi, si parlerà anche di *risk management*.

d) la costante definizione di obiettivi, strategie e prospettive dell'andamento economico-finanziario dell'impresa elaborati per periodi annuali e infrannuali, con la previsione di un monitoraggio consuntivo degli scostamenti. Ogni risultato aziendale deve essere reso misurabile e monitorato attraverso l'analisi di dati della contabilità analitica¹⁴.

Le prassi indicate sono sicuramente una novità per molte piccole e medie imprese, in cui è completamente assente la nozione di "gestione del rischio"¹⁵ e la definizione degli obiettivi; nonché tutte quelle regole aziendalistiche che fanno parte della relativa dottrina ma che si presumono riferibili solo alle imprese medio-grandi.

D'altronde, con l'emanazione del d.lgs. n. 14/2019, le teorie aziendalistiche e la *best practice* assurgono a regola generale di diritto comune¹⁶ e quindi diventa importante che un certo tipo di linguaggio e di impostazione scientifiche diventino d'uso quotidiano anche per le MPMI.

⁹ M. Mamoli, *Introduzione alle rilevazioni aziendali. Contabilità generale e gestionale*, Padova, 2018.

¹⁰ M.L. Russotto, G. Limitone, *L'impresa in momentanea difficoltà e l'impresa insolvente: analisi economica e conseguenze giuridiche*, IL Caso.it, 2020.

¹¹ E. Bracci, *I sistemi informativi contabili*, Appunti lezioni Università di Ferrara.

¹² P. Ferrarese, *Rilevazioni contabili e flussi finanziari*, Padova, 1999.

¹³ P. Ferrarese, *Rilevazioni contabili e flussi finanziari*, Padova, 1999.

¹⁴ L. Selleri, *Contabilità generale industriale e per la direzione*, ETAS Libri: 1976; A. Authong, A. Atkinson, D. Rajiv, D. Panker, S. Kaplan, S. Mark, *Young Management Accounting*, Torino, 1998; F. Cerbioni, *Il budget nel sistema di controllo di gestione*, Torino, 2000.

¹⁵ Price Waterhouse Coopers (a cura di), *La gestione del rischio aziendale. ERM. Enterprise risk management: modello di riferimento e alcune tecniche interpretative*, Il Sole 24 Ore, 2006.

¹⁶ Montalenti P., *Impresa Società di capitali Mercati finanziari*, Torino, 2017, 24 e 190.

In definitiva, quindi, si potrebbe teoricamente proporre come adeguato anche all'impresa di dimensioni minori un processo di organizzazione che corrisponda e presenti:

- una netta separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni, che consenta di conoscere a priori il soggetto titolare di un certo flusso informativo;
- una chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione, elemento fondamentale per evitare inutili sovrapposizioni di richieste informative;
- una capacità del management di garantire il corretto svolgimento delle funzioni aziendali ma soprattutto l'adeguamento dello stesso alle variazioni di scelte che possano derivare dall'analisi per scostamenti.

L'organo amministrativo dovrà quindi ben definire i processi aziendali, intesi come l'insieme delle attività poste in essere con ordine logico per un corretto andamento dell'impresa; nonché stabilire una sequenza temporale ben definita per il raggiungimento di ogni obiettivo specifico¹⁷.

Per ognuno dei suddetti processi dovrà stabilire: l'insieme di regole da seguire, la sequenza delle attività stesse, le decisioni che ne sono alla base e gli eventi da cui derivano le decisioni; le procedure che garantiscono la corretta registrazione delle informazioni d'impresa nel suo sistema informativo; le direttive e le procedure per l'autorizzazione e l'approvazione delle operazioni; le mansioni interne dell'impresa; l'indicazione analitica delle responsabilità e dei doveri principali relativi a ogni fase del processo con una particolare attenzione ai regolamenti interni e alle eventuali ulteriori mappature dei processi aziendali¹⁸.

In un certo senso, questa modalità comportamentale che, non ci stancheremo mai di sottolineare, va contestualizzata alla dimensione dell'impresa, potrebbe trovare forse una indicazione operativa nei modelli posti in essere dalla normativa n. 231/2001 –quali a esempio quelli costruiti per la certificazione dei sistemi di gestione della qualità, ambientali, dell'energia, della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro o attinenti alla responsabilità sociale dell'impresa –¹⁹; e d'altra parte, l'adozione di tali modelli, comporterebbe dei vantaggi tali di deresponsabilizzazione, che l'ipotesi di una effettiva applicazione dovrebbe comunque essere considerata dagli imprenditori come una ulteriore opportunità²⁰.

3. L'adeguato assetto organizzativo contabile, da obbligo legale a opportunità per l'impresa

Studi effettuati dal Cerved nell'aprile del 2019 hanno dimostrato che per le imprese – specialmente le MPMI di cui stiamo parlando e che si affacciano ora all'ipotesi di inserire nei propri adempimenti anche tecniche di controllo di gestione– l'adozione di adeguati as-

¹⁷S. Sciarelli, *Il sistema d'impresa*, Padova, 1985.

¹⁸C. Peri, *Oltre i sistemi qualità: forma, metodo e umanità dei sistemi di gestione*, Milano, 2006.

¹⁹M. Moretti, P. Silvestri, G. Belfiore, *Covid-19: compliance 231 e adeguati assetti organizzativi a presidio della crisi d'impresa*, Ipsoa in pratica, 2020.

²⁰A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto di procedura penale*, 2005.

setti organizzativi, amministrativi e contabili rappresenta un obbligo e un costo²¹; è fondamentale quindi che cambi la cultura d'impresa, affinché anche il piccolo imprenditore maturi la consapevolezza che i nuovi adempimenti costituiscono di fatto una nuova e importante opportunità, che sarà in grado di fornirgli per la prima volta la possibilità di avere una visione integrata di tutti i processi gestionali.

L'onda lunga di questa nuova concezione d'impresa dovrà necessariamente interessare anche il mondo professionale, specialmente quello dei dottori commercialisti, i quali a loro volta potranno beneficiare dell'opportunità di dare innovazione agli studi professionali, adeguando i propri assetti organizzativi e i propri strumenti tecnologici²².

Il focus dei nuovi adempimenti apre la strada all'implementazione di un adeguato ed efficiente sistema di controllo interno che potrà consentire all'impresa un innovativo sviluppo non solo in termini di individuazione preventiva dei rischi ai quali la stessa è esposta, con la conseguente mitigazione e/o eliminazione degli stessi; ma anche e soprattutto in termini di una nuova prospettiva dalla quale il management può cominciare a elaborare piani e procedure per un nuovo e innovativo sviluppo dell'impresa²³.

Quindi la prima dotazione sarà sicuramente quella che strutturerà l'impresa di un efficace sistema di controllo interno, elemento imprescindibile al fine di costruire adeguati assetti gestionali.

Un idoneo sistema di controllo è l'unico strumento che consenta all'imprenditore un primo approccio programmatico alla sua impresa, la cui conduzione perde quindi quell'elemento di inconsapevolezza che spesso contraddistingue la piccola impresa²⁴; si aggiunga inoltre che un'impresa controllata internamente in maniera efficace oltre a essere in grado di affrontare incertezze e minacce è sicuramente più proattiva nel cogliere le opportunità in grado di generare valore per gli *stakeholders*²⁵.

²¹ CERVED, Rapporto aprile 2019.

I costi delle imprese per adeguarsi agli obblighi organizzativi e alle nuove regole di governance	CON OBBLIGO DI NOMINA REVISORE/SINDACO				Totale		
	Micro (no revisore/ sindaco)	Piccole (20-50 addetti)	Medie (50-250 addetti)	Grandi (>250 addetti)			
	Costi per il sistema (€ mln)						
	Sistemi	608	570	464		390	2.032
	Formazione e personale	127	125	92		119	463
	Governance	-	440	484		390	1.314
	Totale	735	1.135	1.039		900	3.809
	Costi medi per impresa (€)						
	Sistemi	1.106	6.917	15.892		53.917	
	Formazione e personale	603	2.800	5.533		27.500	
Governance	-	5.341	16.553	54.002			
Totale	1.709	15.057	37.978	135.418			

Fonte: Rapporto Cerved PMI 2019

Fonte: Rapporto Cerved PMI 2019

²² A. Panizza, *Convegno nazionale UNGDCEC* – ottobre 2019.

²³ M.L. Russotto, *The tools offered to Italian companies by the Industry 4.0*, *Harvard Gazette News* 2020 in corso di pubblicazione.

²⁴ S. Terzani, *Lineamenti di pianificazione e controllo*, Padova, 1999.

²⁵ G. M. Golinelli, *L'approccio sistemico al governo dell'impresa. L'impresa sistema vitale*, Cedam, 2000.

Lo scenario prossimo venturo delle imprese implica quindi un’ottica di “normativizzazione” delle *best practices* aziendali; che da sempre hanno avuto la capacità di condurre l’impresa al miglior risultato prevenendo allo stesso tempo condotte e/o comportamenti anomali e/o illeciti.

Sempre più importanza deve essere data alla connotazione preventiva, intesa a promuovere l’adozione di comportamenti virtuosi in grado di creare nell’impresa quel punto di equilibrio che, mettendo d’accordo teorie aziendalistiche e obblighi legislativi, privilegi le condizioni e le procedure che garantiscano la continuità aziendale in luogo di quelle liquidatorie.

La “parametrizzazione della crisi d’impresa” introdotta dal d.lgs. n. 14/2019, indica con chiarezza quanto sia importante definire da subito per ciascun ente economico un modello che lo induca a compiere quel salto di qualità in base al quale, ottemperando alle disposizioni legislative, venga impostata una nuova realtà della MPMI italiana.

Diventa importante, e particolarmente contestualizzata alla notevole difficoltà che il tessuto economico italiano sta avendo già in questo momento e avrà ancora di più nell’autunno del 2020²⁶, iniziare a impostare un’autodiagnosi, una sorta di *risk assessment*, che, partendo dall’analisi della situazione corrente in modalità *as-is-analysis*, evidenzii i gap e le azioni necessarie per un approccio di tipo proattivo in grado di aumentare il grado di efficienza della gestione – a esempio monitorando i margini operativi per prodotto con l’applicazione dell’analisi BEA –, ridurre le perdite causate da eventi aleatori, ottimizzare l’impiego di risorse interne e esterne e infine aumentare la conoscenza delle minacce/opportunità presenti nel mercato.

La lettera aziendalistica trova spunti anche nell’OIC 11 che prevede chiaramente come “*Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell’azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio ...*”²⁷. Qualora a seguito di tale valutazione prospettica l’imprenditore identifichi significative incertezze in merito alle suddette capacità, in quei bilanci in cui è prevista la nota integrativa il management dovrà fornire le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi.

Nei principi di revisione ISA Italia, e in particolare al n. 570 ove si legge “... *il bilancio è redatto assumendo che l’impresa operi e continui ad operare nel prevedibile futuro come un’entità in funzionamento. I bilanci redatti per scopi di carattere generale sono predisposti utilizzando il presupposto della continuità aziendale, a meno che la direzione intenda liquidare l’impresa o interromperne l’attività o non abbia alternative realistiche a tali scelte ...*” la valutazione della capacità di continuità dell’impresa comporta un giudizio dato in uno specifico momento sull’esito futuro di eventi o circostanze per loro natura incerti²⁸.

²⁶ S. Pacchi, S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell’insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020* (“Decreto Liquidità”), Bologna, 2020.

²⁷ L. Fornaciari, *Principi Contabili OIC*, Ipsoa, 2018.

²⁸ G. D’Onza, L. Marchi, *La revisione del bilancio. Principi, metodi e procedure*, Torino, 2019.

Ecco quindi che per eseguire tale valutazione è necessario:

a) stabilire il grado di incertezza associato all'esito di ogni prevedibile futuro evento dell'impresa, con la consapevolezza che tale incertezza aumenta quanto più l'evento e il suo previsto esito si collocano in un futuro lontano. A esempio, nella normativa sull'informazione finanziaria vediamo che nelle banche viene richiesta una valutazione degli eventi che non può essere scollegata dalla data e dal periodo nei quali gli stessi si verificheranno²⁹;

b) analizzare e fattualizzare la dimensione dell'impresa e la complessità della sua *mission*, affinché sia possibile verificare quanto tale dimensione e tale attività possano essere influenzati da elementi esterni alla realtà economica oggetto di studio; e l'esito dell'influenza di tali elementi;

c) applicare il *risk approach* basandosi su informazioni disponibili al momento della valutazione, tenendo conto che eventi successivi possono dar luogo a esiti non coerenti con valutazioni che erano invece ragionevoli al momento della loro formulazione. È necessario quindi una consapevole valutazione *ex ante* della conseguenza, anche in termini quantitativi, che avranno le decisioni assunte dal management, con l'elaborazione di un piano strategico d'impresa.

Alla luce di quanto sopra indicato, si può affermare senza ombra di dubbio che l'attuazione di *compliance programs* soddisfa sicuramente le azioni poste in essere dal management per pervenire a una adeguata organizzazione. Fermo restando, come più volte affermato, che il sistema di controlli interni e una buona strutturazione dei flussi informativi consentono di passare da una tradizionale accezione del controllo *ex-post* verso un controllo dell'attività d'impresa *work in progress* per pervenire al richiesto controllo in prevenzione.

Nelle MPMI è raro trovare una netta separazione delle funzioni nel sistema di controllo interno³⁰, così come in genere le procedure aziendali non sono formalizzate e raramente sono presenti sistemi di inventario permanente che in genere adottano solo le imprese soggette al relativo obbligo fiscale.

Quello che si trova nelle MPMI è un management che riunisce in un'unica posizione le tre classiche funzioni di controllo; quando addirittura il controllo risulta essere di fatto assente. Per questo l'obbligo legislativo deve diventare una opportunità per la MPMI; affinché un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisca a dare coerenza alla gestione con gli obiettivi aziendali che l'imprenditore si dà al momento della costituzione dell'impresa. Concorrendo ad assicurare la salvaguardia del patrimonio investito e l'efficacia dei processi aziendali; l'affidabilità delle informazioni fornite al management e al mercato.

Volendo dare una sorta di specificità al modello di sistema organizzativo, amministrativo e contabile, in via meramente indicativa si può iniziare a dire che un adeguato assetto organizzativo deve rendere l'imprenditore in grado di gestire l'impresa con una visione chiara e precisa dei principali fattori di rischio aziendale; situazione che gli consentirà,

²⁹ L. Gai, *La banca*, Milano, 2020.

³⁰ O. Bernardi, *Cultura d'impresa, leadership e management nella micro e piccola impresa*, Create Space Independent Publishing Platform, 2014.

all'interno di un costante monitoraggio e di una corretta gestione dello stesso³¹, anche la ragionevole possibilità di un incremento del suo reddito.

Sarebbe opportuno, sempre però all'interno di un'analisi di costo-opportunità, redigere un organigramma d'impresa che evidenzi le aree di responsabilità affinché l'attività di gestione, ancorché svolta in maniera esclusiva dall'imprenditore o dal suo management, sia conosciuta e condivisa dai soggetti che operano nella realtà economica; elemento che consentirà anche la verifica che ogni soggetto preposto a una funzione abbia l'adeguata competenza per svolgere le mansioni affidate.

La contabilità dovrà essere sempre regolarmente tenuta, nell'effettivo rispetto delle disposizioni normative in materia civilistica e fiscale; sia con riferimento alle modalità che ai tempi di rilevazione dei dati. E questo non solo perché vi sia un'osservanza delle norme di riferimento ma anche per attribuire alla contabilità la funzione di "data base", fondamentale per l'utilizzazione in un contesto di pianificazione e controllo di gestione; funzione necessaria anche al sopra indicato coinvolgimento di tutti gli operatori nell'impresa alla vita della stessa³².

Questo consentirà una stretta integrazione tra l'identificazione che ogni soggetto operante nell'impresa avrà avuto con gli obiettivi condivisi e il conseguimento degli obiettivi di lungo periodo e la definizione e il mantenimento del profilo di rischio complessivamente assunto dall'impresa. Permettendo all'imprenditore, nel momento in cui si debba imbattere in un rischio d'impresa, di trasformare il rischio in una opportunità; da cogliere prima che sia esso a prevalere sul sistema impresa rendendo quindi dominante l'evento dannoso³³.

Nonostante del *risk management* se ne riparli nei paragrafi successivi, preme comunque incardinare già da adesso il concetto che la gestione integrata dei rischi può offrire un valido supporto al presidio dei processi aziendali, sia in ottica strategica che operativa, perché la definizione degli obiettivi di un piano d'impresa e poi la sua realizzazione trovano nell'attività di monitoraggio e analisi costante della rischiosità dei processi aziendali la possibilità di individuare tempestivamente i fattori che ostacolano la riuscita delle attività in corso, contribuendo a realizzare, così, un controllo di tipo strategico³⁴.

La conseguenza è la nascita in capo all'imprenditore della capacità, qualora si renda necessario nell'evoluzione dei processi, di ridisegnare, sia a livello di pianificazione sia a livello operativo, obiettivi di riduzione e/o maggior mitigazione del rischio (*risk mitigation*)³⁵.

Da ciò si desume che le imprese che investono sul controllo interno, sulla gestione del rischio e su una conduzione dell'azienda in proiezione futura (*forward-looking*) dovranno implementare la propria organizzazione amministrativo-contabile mediante il controllo di gestione³⁶, anche attraverso la citata integrazione tra processi di pianificazione e sistemi integrati dei rischi di impresa.

³¹ C. Crovini, *Risk management in small and medium enterprises*, Torino, 2019.

³² F. Manca, *Primo approccio al controllo di gestione: il controllo della liquidità*, *Controllo di gestione*, 2011.

³³ A. Maizza, *La gestione dell'impresa tra vitalità e rischio di crisi*, Bari, 2006.

³⁴ C. Vergara, *Disfunzioni e crisi d'impresa: Introduzione ai processi di diagnosi, risanamento e prevenzione*, Milano, 1988.

³⁵ S. Slatter, *Corporate Recovery: A guide to Turnaround Management*, London, 1984.

³⁶ A. Bubbio, *Il controllo di gestione che si dovrebbe fare, ma non si fa*, Sviluppo e Organizzazione, 2012.

Quanto detto presuppone un assetto organizzativo che vada oltre la visione meramente storica, basata cioè sui valori statici del bilancio d'esercizio o di periodo, estendendosi a strumenti di valutazione prospettica che misurino, fra l'altro, la capacità dell'impresa di far fronte alle obbligazioni assunte e a quelle derivanti dalla prevedibile evoluzione della gestione³⁷. E a questo si farà riferimento nell'analisi dei macro-modelli.

4. Tre macro-modelli: per la micro, la piccola e la media impresa

Nell'elaborazione dei modelli utilizzabili al fine di assolvere al dettame legislativo, si deve partire da due premesse necessarie: il ruolo dell'imprenditore, sia esso imprenditore individuale o governance di soggetto collettivo, come più volte affermato non può prescindere dall'evoluzione del *risk-approach*³⁸, laddove gli adeguati assetti organizzativi sono funzione necessaria dei *compliance programs*; la contabilità, fonte del flusso informativo, deve essere assolutamente attendibile. Compito del professionista elaborare quindi un programma di verifica per l'impostazione di una prassi comportamentale dell'imprenditore che non prescinda dalla totale affidabilità; all'interno del quale potrebbe essere interessante l'applicazione del modello di M.D. Beneish³⁹ che, pur apparendo sovradimensionato rispetto alle realtà delle piccole imprese, rappresenta però un interessante valutazione della quale vale la pena fare cenno.

4.1. L'emersione della crisi aziendale quale variabile del rischio d'impresa. I flussi informativi quali strumento di controllo

Il concetto di rischio, che può essere descritto come l'insieme delle probabilità di avvenimento di un dato evento e delle conseguenze da questo derivanti, è parte fisiologica della natura dell'impresa in quanto la stessa è un ente la cui esistenza è connaturata dalla somma di un elevato indice di alea; così come sono aleatori gli eventi riferiti al contesto, all'ambiente e al mercato nei quali l'impresa stessa opera.

Infatti, il rischio d'impresa altro non è che l'insieme dei possibili effetti positivi, l'*upside risk*, e negativi, il *downside risk*, di un evento inaspettato sulla situazione economica, finanziaria, patrimoniale e sull'immagine dell'impresa.

L'approccio al rischio può essere di natura statistico-finanziario, ove il rischio è visto come possibile scostamento di una variabile aleatoria rispetto alle aspettative e dove quindi vengono rilevati gli scostamenti rispetto al valore atteso; oppure di natura manageriale, ove il rischio è analizzato come possibile scostamento rispetto agli obiettivi prefissati e quindi viene strettamente correlato agli eventi futuri e incerti che possono influenzare il raggiungimento degli obiettivi strategici, operativi e finanziari.

In ambedue gli approcci devono essere considerati sia l'*upside risk* che, il *downside*

³⁷ C. Canestri, *L'implementazione di un sistema di controllo di gestione. Presupposti organizzativi e passi logici*, in *Contabilità finanza e controllo*, 2005.

³⁸ C. Zagaria, *L'Enterprise Risk Management*, Torino, 2017.

³⁹ M.D. Beneish, *The Detection Of Earnings Manipulation*, in *Financial Analysts Journal*, 1999.

risk per evitare che il *risk management* venga vissuto solo come un momento gestionale al negativo ⁴⁰.

Considerando che le tipologie di rischio correlate all'obiettivo perseguito dall'impresa sono principalmente il rischio strategico, il rischio operativo, il rischio finanziario ⁴¹, il rischio d'immagine e il rischio informativo, si può ragionevolmente affermare, in base alla natura dell'evento a cui il rischio è correlato, che le classificazioni dei rischi possano essere esemplificate in:

- rischi esterni;
- rischi interni;
- rischi sistematici (non diversificabili);
- rischi diversificabili (specifici);
- rischi speculativi;
- rischi puri.

Compito dell'imprenditore illuminato dovrebbe essere la centralità della prevenzione e la gestione del rischio in quella che viene definita da Assonime come l'era della “*multi-compliance*” ⁴².

Organizzazione, gestione del rischio e *compliance* sono infatti considerate parte integrante delle strategie e della *governance* dell'impresa ⁴³; e, come più volte ribadito in questa analisi, la consapevolezza in capo all'imprenditore della necessità di una costante prevenzione del rischio dovrebbe trarre origine non solo nelle valutazioni pubblicistiche di salvaguardia dei posti di lavoro, ma anche in quelle privatistiche di difesa e salvaguardia della continuità d'impresa ⁴⁴.

Dare quindi all'assetto organizzativo un'efficacia esimente o riparatoria segna un vero e proprio passaggio culturale all'interno del sistema impresa; dove appunto la valutazione e la gestione del rischio si elevano a presidi delle scelte strategiche dell'impresa. Le funzioni di controllo interno diventano una fondamentale azione preventiva sia a livello di scelte strategiche che a livello di gestione corrente al punto tale che la “controllabilità” si evolve in un concetto di base delle tecniche di management.

Ecco che anche nelle MPMI devono essere elaborate *best practices* per sviluppare processi in grado di creare flussi informativi per identificare, misurare, gestire e monitorare i principali rischi. Un'utile attività potrebbe essere anche quella di tracciare tutte le attività compiute, in modo da poter ricostruire tutti i passaggi che hanno condotto a un risultato o a un evento. Nelle MPMI la storicità dell'attività d'impresa è stata spesso sottovalutata, mentre invece è dall'analisi dei flussi informativi storici che è spesso possibile elaborare previsioni a breve in grado di intercettare i segnali di rischio.

⁴⁰ A. Borghesi, *La gestione dei rischi di azienda. Economia e organizzazione, teoria e pratica*, Padova, 1985; N. Misani, *Introduzione al risk management*, Milano, 1994.

⁴¹ E.I. Altman, J.B. Caouette, P. Narayanan, R.W.J. Nimmo, *Managing credit risk: the Great Challenge for Global Financial Markets*, Hoboken, 2011.

⁴² ASSONIME, *Note e studi n. 5/2019, Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività di impresa*.

⁴³ AA.VV., *Strumenti per gestire la crisi di impresa*, Wolters Kluwer, 2013.

⁴⁴ A. Panizza, *Crisi e adeguati assetti per la gestione dell'impresa*, Ipsoa, 2020.

Durante la sua esistenza l'impresa si trova infatti a interagire in continuazione con un mercato necessariamente variabile in cui il rischio è identificato nella discordanza e nel non adeguamento fra il sistema impresa e il suo ambiente esterno⁴⁵; considerando che il primo è per sua natura in continua evoluzione (o quantomeno dovrebbe esserlo) e quindi in movimento, mentre il secondo, pur essendo in movimento, tende a presentare una tendenziale resistenza al cambiamento⁴⁶ ponendosi quindi nei confronti dell'impresa non come quell'elemento dinamico per il quale il sistema impresa dovrebbe rappresentare la fonte di soddisfazione dei bisogni, ma un elemento rigido a cui l'impresa deve spesso adeguarsi per raggiungere i suoi obiettivi strategici⁴⁷.

Il miglioramento del rapporto impresa-ambiente esterno⁴⁸ si ottiene quindi con una efficace politica di gestione dell'intero sistema dei rischi di impresa. Le problematiche relative alla gestione degli eventi avversi all'interno delle imprese (ma anche delle possibili opportunità) potrebbero essere risolte utilizzando uno specifico modello, elaborato dalla dottrina anglosassone e sintetizzato in un *Risk Action Plan*, dove l'azione del management consisterà nello studiare il contesto identificandone i rischi per proseguire in un'analisi degli stessi che porterà a una loro valutazione in grado di elaborare una procedura di controllo degli stessi⁴⁹.

4.2. L'attendibilità contabile e il modello di M.D. Beneish

Il flusso informativo a cui l'imprenditore deve fare riferimento per l'elaborazione di un modello adeguato al dettame legislativo di far fronte alla necessità di una rapida emersione di segnali di crisi della sua impresa, trae origine nella contabilità. Ciò implica, come già indicato nei paragrafi precedenti, la necessità che la suddetta contabilità non sia stata in alcun modo manipolata o falsificata⁵⁰.

Abbiamo già avuto modo di indicare che l'analisi elaborata da M.D. Beneish⁵¹ è sicuramente complessa e sovradimensionata rispetto alle MPMI. Questo non toglie che al momento sia una delle migliori fra le analisi che consentono di individuare una eventuale manipolazione dei dati contabili.

La falsificazione della documentazione contabile nasconde numerose motivazioni, una delle più importanti delle quali è sicuramente l'esistenza di aspettative, sintetizzabili come le aspettative dei portatori di interesse nei confronti dell'impresa; il fornitore che spera nel pagamento del suo credito, la banca che prevede un rapido rientro dell'affidamento, l'am-

⁴⁵ Associazione Industriali Verona, Industria e Sviluppo, *Affrontare le nuove responsabilità della crescita*, Milano, 2005.

⁴⁶ P. Venero, B. Parena, M.F. Artusi, *Risk management e modelli organizzativi in Impresa e Rischio*, Torino, 2018.

⁴⁷ F. Brunetti *Pervasività d'impresa e relazioni di mercato: quale futuro?*, Torino, 2004.

⁴⁸ C. Mazzoni, *Le relazioni impresa-settore-mercati. Il rapporto micro-macro nella storia dell'impresa*, Roma, 2008.

⁴⁹ J.C. Hull, *Risk management e istituzioni finanziarie*, London, 2008.

⁵⁰ R. Frassinelli, P. Venero, B. Parena, M.F. Artusi, *Il sistema dei controlli e il principio di affidamento nell'impresa moderna*, *Rivista* 231, 2014.

⁵¹ M.D. Beneish, *The detection of Earnings Manipulation*, in *Financial Analysts Journal*, 1999.

ministrazione finanziaria che basa il suo bilancio sulla previsione di gettito fiscale⁵², lo stakeholder che auspica la maggior valorizzazione possibile del capitale investito.

L'unico documento in grado di rispondere alle attese dei vari soggetti è appunto la contabilità⁵³; da ciò se ne desume che l'imprenditore che manipoli la sua contabilità ha quale obiettivo quello di accrescere la credibilità dell'impresa, migliorare l'immagine degli organi dirigenti e sviluppare un maggior potere contrattuale nei confronti dei terzi.

La pratica è ovviamente una pratica scorretta, che non dovrebbe mai essere utilizzata dal management⁵⁴, se non altro per la distorsione del flusso informativo verso l'esterno che impedisce eventuali correttive di errate variabili dell'ambiente.

Si pensi ad esempio all'evasione fiscale, che invece di costringere i governi a una politica che allenti la pressione fiscale, la rende ancora più aspra per la necessità del sistema pubblico di reperire capitali in grado di far fronte agli impegni presi⁵⁵.

Il bilancio di un'impresa, inoltre, sicuramente costituisce il più importante strumento di informazione a cui possono attingere gli *stakeholders*, nonché il documento sul quale gli operatori del mercato prendono le loro decisioni; una rappresentazione non veritiera della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa crea asimmetrie informative potenzialmente in grado di compromettere l'equilibrio di mercato.

C'è da dire che non sempre le alterazioni di dati di bilancio si traducono tout court in una frode di bilancio; vi sono anche aggiustamenti che si mantengono all'interno dei principi contabili⁵⁶. Vi possono essere, quindi, manipolazioni tese a rappresentare uno stato patrimoniale più solido sovrastimando le voci dell'attivo e riducendo le passività; altre in grado di dilatare il Cash Flow operativo⁵⁷ inserendo ad esempio entrate di cassa non inerenti l'attività operativa o eliminando uscite che dovrebbero invece farne parte ma di fatto non variando il risultato economico d'esercizio; altre ancora invece rappresentati vere e proprie alterazioni dei risultati economici e quindi volte a rappresentare un utile più elevato (o più basso a seconda che il bilancio venga alterato per la fruizione degli investitori o del fisco) di quello realmente conseguito.

Quando la falsificazione riguarda il risultato d'esercizio si parla di *Earnings Management* o di *Earnings Manipulation*⁵⁸, e sicuramente, sia per motivazioni legate alla normativa fiscale, sia per motivazioni legate alla necessità di approvvigionamento di capitali, rappresenta quella maggiormente diffusa.

L'indice di Beneish o M-score è una formula di regressione statistica che consente di stimare il grado di manipolazione dei dati contabili e di conseguenza dei bilanci oggetto di

⁵² A. Papa, *Occultamento e distruzione documenti contabili e reati istantanei*, Commissione "Diritto Penale dell'Economia", Roma, 2016.

⁵³ A. Quagli, C. Teodori, *L'informativa volontaria per settori di attività*, Milano, 2005.

⁵⁴ M.S. Avi, *Come evitare le invalidità del bilancio*, Il Sole 24 Ore, 2007.

⁵⁵ G. Parravicini, *Vecchie e nuove considerazioni sul debito pubblico*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1960.

⁵⁶ R. D'Alessio, R. Antonelli, *Analisi di Bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

⁵⁷ F. Manca, *Controllo della liquidità nelle PMI*, Ipsoa guide Operative, 2016; C. Mariani, A. Silva, *Il controllo del flusso di cassa*, Milano, 2019.

⁵⁸ S. Roychoedhry, *Earnings management through real activities manipulation*, 2006; S. H. Penman, *Analysis of the Quality of Financial Statements*, M. Education, *Financial Statement Analysis and Security Valuation*, Fifth Edition, New York, 2013.

analisi; e necessita di una rielaborazione per poter essere utilizzata per i bilanci italiani. La letteratura contempla due alternative del modello di Beneish per identificare la propensione di un'azienda alla manipolazione. Il modello completo prevede l'utilizzo di otto variabili⁵⁹; il modello semplificato ne utilizza cinque, tralasciando quelle ritenute meno rilevanti e significative⁶⁰.

Le otto variabili sono rappresentate dai seguenti indici:

- DSRI: Rotazione dei clienti;
- GMI: Incidenza del costo del venduto;
- AQI: Incidenza attività immateriali sull'attivo;
- SGI: Tasso di crescita del fatturato;
- DEPI: Tasso di ammortamento;
- SGAI: Variazione incidenza spese di vendita, generali e amministrative sul fatturato;
- LVGI: Grado di indebitamento;
- TATA: Incidenza degli *accrual* sul totale attività.

Il modello riadattato per le imprese italiane è rappresentato dai seguenti indicatori:

- DSRI: Rotazione dei clienti;
- GMI: Incidenza del costo del venduto;
- AQI: Incidenza attività immateriali sull'attivo;
- DEPI: Tasso di ammortamento;
- LVGI: Grado di indebitamento.

Una volta calcolate queste variabili, vengono quindi combinate per ottenere un punteggio M per l'azienda. Nel modello riadattato per le imprese italiane il valore soglia è rappresentato da:

$$> -4,14$$

per cui il risultato suggerisce che i valori contabili dell'impresa e quindi il suo bilancio non sono stati manipolati. Al contrario, qualora il punteggio fosse superiore, allora vi è la probabilità che i dati siano stati manipolati.

Il Manipulation Score è semplice da calcolare: è sufficiente un bilancio con i dati di due esercizi per poterlo impiegare. Di conseguenza, può essere agevole ed economico controllare un grande numero di aziende e identificare documenti contabili ad alta probabilità di manipolazione, per i quali diviene opportuno avviare un'indagine approfondita sul documento sospetto alla ricerca di conferme della presunta alterazione evidenziata dallo M-Score.

Un primo limite importante è dato dal fatto che il superamento del valore soglia del Manipulation Score non indica con certezza la presenza di manipolazioni ma solo una probabilità statistica. Mutamenti di mercato, rilevanti interventi sulla catena del valore

⁵⁹ D. Bergstresser, M.A. Desai, J. Rauh, *The Gerstner Effect: Managerial Motivations And Earnings Manipulation*, Harvard, 2003.

⁶⁰ F. Ginta, L. Bini, F. Dainelli, *Verifica della base informativa per l'analisi di bilancio: le azioni di manipolazione contabile*, in *Controllo di gestione*, 2014.

aziendale oppure operazioni di M&A (Mergers and Acquisitions) possono influire sulla significatività dei risultati; mentre un secondo limite nasce dal fatto l'M-score è stato pensato soprattutto per identificare manovre contabili volte a gonfiare gli utili, mentre in Italia probabilmente le manipolazioni sono finalizzate a ridurre la redditività per minimizzare il carico fiscale o per fittiziamente sovradimensionare il patrimonio netto⁶¹.

Conviene quindi affiancare sempre un'analisi che prenda in considerazione in maniera differenziata le componenti attive e positive del conto economico⁶²:

a) valore della produzione. Si deve verificare se esista una forte incidenza di variazioni relative a lavori in corso e giacenze; può avere quale significato una valorizzazione impropria dei semilavorati e/o dei lavori in corso di avanzamento;

b) oneri capitalizzati. Si verifica se il valore presente nell'esercizio corrente sia elevato o meno, e non rilevabile con continuità nel passato;

c) incidenza del consumato sul valore della produzione netta (al netto degli altri oneri diversi di gestione). È raro che, operando stabilmente in un mercato, tale valore sia tendenzialmente instabile a meno che ci siano state sostanziali modifiche di fornitori;

d) aliquote di ammortamento medie rilevabili nel tempo (sia in termini di *tangibles* che *intangibles*)⁶³. Da questa analisi si può capire se l'imprenditore sta operando politiche distorsive di ammortamento;

e) altri oneri di gestione e dei proventi e oneri straordinari. Per verificarne l'andamento e controllare le motivazioni di eventuali modifiche nel tempo;

f) imposizione fiscale al fine di poter escludere che l'imprenditore abbia operato un "reverse accounting" partendo dagli oneri tributari target per giungere all'imponibile da rilevare a bilancio.

Vengono poi studiate le parti patrimoniali del bilancio⁶⁴:

a) immobilizzazioni finanziarie. Qualora ve ne siano si deve verificare che l'imprenditore non abbia sopravvalutato le proprie partecipazioni;

b) indice di rotazione delle giacenze. Un eventuale aumento della posta contabile può nascondere una sopra valutazione del magazzino;

c) crediti. Un aumento dei tempi medi di incasso potrebbe essere indice di una diminuita capacità contrattuale oppure l'inizio di mancati incassi non contabilizzati al fine di occultare la diminuzione del cash flow.

Un'ulteriore analisi del cash flow⁶⁵ può rivelare possibili condotte contabili improprie. È necessario verificare se l'andamento del cash flow è compatibile con l'andamento dei risultati d'esercizio. L'utile, infatti, dovrebbe essere una sorta di sommatoria della liquidità

⁶¹ P. Ghiselli, *Il reato di falso in bilancio tra considerazioni di politica criminale e valutazioni contabili*, Diritto 24-Il Sole 24 Ore, 2017.

⁶² P.M. Healy, *The Effect of Bonus Schemes on Accounting Decisions*, in *Journal of Accounting and Economics*, 1985.

⁶³ P. Moretti, *Rilevazione iniziale e rideterminazione dei cespiti secondo il principio IAS 16*, in *Corriere Tributario*, 2005.

⁶⁴ M.D. Beneish, *Managing the Risks of Permanent Capital Impairment*, Alpha Architect, 2012.

⁶⁵ P. Giovannini, *La valutazione della capacità di credito: analisi di cash flow e definizione delle aree del fabbisogno di finanziamento dell'impresa*, Bologna, 1999.

e dei flussi patrimoniali generati dell'impresa. Una mancata coerenza potrebbe essere indice di manipolazione.

L'analisi dell'indebitamento raffrontato con la remunerazione del capitale investito deve dimostrare che il secondo valore è privo di contraddizioni; è comprensibile che un aumento della posizione debitoria contrapposta a una graduale diminuzione del rendimento sull'investito dimostri un atteggiamento irresponsabile dell'imprenditore che raccoglie nuova provvista finanziaria la cui copertura sarà resa più difficoltosa stante la diminuzione dei risultati economici positivi.

4.3. I macro-modelli

Al centro di un assetto che punta a qualificarsi come adeguato si pone il Piano d'impresa⁶⁶, quale strumento di governance che diventa il vero driver del mutamento culturale con il quale l'imprenditore elaborerà per la sua realtà d'impresa un adeguato assetto organizzativo contabile⁶⁷.

L'analisi, essenzialmente basata sullo studio delle MPMI, non implica necessariamente che le stesse vengano divise in imprese in contabilità semplificata e imprese in contabilità ordinaria⁶⁸, nonostante la differenza della documentazione contabile a seguito della differenziazione fiscale. Perché sostanzialmente i macro-modelli⁶⁹ da approntare possono essere comunque gli stessi.

L'art. 12, comma 1 del d.lgs. n. 14/2019 norma: *“Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”*, mentre l'art. 13, comma 1 indica: *“Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24”*.

La previsione normativa indica senza ombra di dubbio che per il legislatore adottare il sistema di indici indicati nel d.lgs. n. 14/2019, alla luce anche delle deresponsabilizzazioni e delle misure premiali che ne conseguono, è già di per sé l'attuazione di un adeguato sistema organizzativo.

⁶⁶ G. Lombardi Stocchetti, *Il controllo di gestione nella piccola impresa*, Milano, 1996.

⁶⁷ M. Boidi, *Adeguati assetti al centro della riforma della crisi d'impresa*, Eutekne, 2019.

⁶⁸ R. Celli, *Contabilità ordinaria e semplificata: differenze*, Pmi free, Ipsoa Wolters Kluwer, 2009.

⁶⁹ ASSIMPRESA, *Assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato*, 2020.

Dal punto di vista dell'azionalista, però, l'analisi per indici pur essendo un'analisi molto usata da banche e agenzie di rating per la valutazione del merito creditizio delle imprese, non è sempre foriera di verità e la sua efficacia interpretativa sia da un punto di vista economico, che patrimoniale che finanziario è spesso inficiata dalla loro rigorosità di calcolo, dall'estrema rigidità *ex post* rispetto agli eventi dell'impresa che non tiene in giusta considerazione le dinamiche con cui sono espressi i dati economici e quelli patrimoniali e finanziari ⁷⁰.

Infatti, è un'analisi storica effettuata su dati consuntivi, statica perché si riferisce ad un momento preciso; anche se può essere sequenziale e quindi diventare in grado di analizzare il trend ⁷¹ dell'impresa, ma sempre *ex post*. Per questo gli indici non hanno un valore segnaletico assoluto e forniscono solo indizi sulla gestione; e consentono solo giudizi di prima approssimazione, non univoci e privi di un valore autonomo.

Essi segnalano soltanto l'esistenza di eventuali squilibri le cui cause devono essere approfondite con indagini qualitative sia aziendali sia di mercato. E non è un caso se prima della riforma sulla crisi d'impresa, se ne parlava principalmente nelle prassi del collegio sindacale ⁷² le cui verifiche sono sempre *ex post* rispetto alle dinamiche del sistema impresa.

Ad avviso delle scriventi la valutazione del trend d'impresa richiede un modello di analisi in cui non sia sufficiente esaminare il dato storico e tanto meno conoscere la situazione patrimoniale in essere, ma che richieda un'adeguata stima del prevedibile andamento aziendale.

Ecco quindi che si rende necessario, anche nelle MPMI, iniziare a parlare di piano d'impresa ⁷³ che consenta una valutazione preventiva dei risultati attesi; con conseguente possibilità di monitorare gli scostamenti dell'andamento corrente rispetto a quanto previsto.

Si tratterebbe di un'analisi dinamica, basata sulle grandezze di flusso, eventualmente integrata, tenendo conto del dettame legislativo, dalle grandezze statiche stock degli indici.

Entrando nella visione operativa, e tenendo conto che la normativa fiscale impone all'impresa sia essa in contabilità ordinaria che in contabilità semplificata, un aggiornamento contabile al massimo nei sessanta giorni successivi all'evento ⁷⁴, si ritiene che un valido strumento sarebbe l'elaborazione di una pianificazione a breve – al massimo a un anno – con una programmazione al massimo bimensile attuando una procedura di budget di carattere economico e di carattere finanziario; budget di costi e ricavi, budget di cash flow. Che potrebbero essere tempestivamente contrapposti alla fine dei sessanta giorni con il Profitti e Perdite elaborato ai fini civilistici e fiscali, nonché con i flussi di cassa derivanti.

La contestuale analisi degli scostamenti porterebbe immediatamente all'imprenditore quel flusso di informazioni necessarie per la valutazione e il monitoraggio della capacità dell'impresa di proseguire nella sua continuità a sei mesi.

⁷⁰ G. Ferrero, F. Dezzani, *Manuale delle analisi di bilancio*, Milano, 1979.

⁷¹ G. Invernizzi, M. Molteni, *Analisi di bilancio e diagnosi strategica*, Milano, 1990.

⁷² M. Cian, *La srl: la struttura organizzativa*, in Id. (a cura di), *Diritto Commerciale*, Torino, 2014.

⁷³ G. Johnson, R. Whittington, K. Scholes, *Strategy. Orient organizations and businesses in a changing world*, London, 2017.

⁷⁴ AA.VV., *Contabilità e Bilancio*, Ipsa, 2020.

Ciò significa che l'impresa in tempi quasi reali sarebbe in grado di verificare la remuneratività della sua gestione caratteristica e la sua capacità finanziaria di far fronte alle obbligazioni assunte a breve-medio periodo e a quelle derivanti dalla prevedibile evoluzione della gestione.

Lo sforzo organizzativo richiesto sarebbe in realtà meno impattante di un sistema di indici per i quali è necessaria anche una reale cultura d'impresa, e più agevole soprattutto con riferimento alle imprese di più piccole dimensioni, dove sicuramente sono scarse le risorse umane e strumentali e gli adeguati sistemi informativi.

Circa la qualità e correttezza dei dati (e, quindi, circa l'adeguatezza della funzione amministrativo-contabile), al di là di quanto esposto sul tema dell'affidabilità delle scritture contabili, una riflessione va fatta anche sul c.d. "principio di affidamento" che opera in relazione ad attività e funzioni svolte da una pluralità di persone (in genere nei rapporti fra il pubblico e il privato), permettendo a ciascun soggetto di confidare che il comportamento dell'altro (normalmente ad esso gerarchicamente sottoposto) sia conforme alle regole di diligenza, prudenza, perizia e professionalità.

5. Conclusioni

Il tessuto imprenditoriale italiano o meglio, quanto ne rimarrà in piedi dopo l'autunno 2020⁷⁵, è destinato, indipendentemente dalla sua dimensione, a modificare profondamente le sue prassi gestionali.

E, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in un momento di estrema criticità, forse è un bene che la MPMI italiana, rappresentante una ricchezza produttiva unica e importantissima nel panorama internazionale, basi la sua possibilità futura di vita su un profondo rinnovamento, che non cambiando la *mission* d'impresa ne cambi però radicalmente le modalità operative.

Sarà quindi opportuno attuare al più presto le previsioni del d.lgs. n. 14/2019, ancor prima dell'entrata in vigore degli obblighi posti dalla norma, non per ottemperare a un dettame legislativo, ma per cogliere quelle opportunità che, nascendo da una crisi, possono veramente modificare lo scenario economico del nostro paese.

⁷⁵ CERVED, Rapporto aprile 2020.

IL CONCETTO DI COLPA NELLA L. N. 3/2012 SUL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE

Giuseppe Limitone

La l. n. 3/2012 interviene, come il canto della civetta (che arriva alla fine del giorno), dopo che si sono rivelati i bisogni dell'uomo, che la legge stessa appunto va a regolare.

Tre sono le ragioni, tutte di pari importanza, che hanno indotto il Legislatore a regolare il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore (e assimilati).

La prima risale al 1° gennaio del 2002, data di conversione della Lira in Euro, cui è seguita la progressiva perdita del potere di acquisto della moneta, stimata dopo 10 anni (2012) dal CODACONS nel 39,7% in meno.

Chi guadagnava un milione di lire al mese si è ritrovato con € 500 in busta paga, ed un potere di acquisto pari a circa seicentomila lire.

Di conseguenza, considerato che la stragrande maggioranza degli italiani percepisce un reddito fisso, che non si è potuto adeguare (come quello, ad esempio, di artigiani, di commercianti e di professionisti) all'aumento del costo della vita (comunque progressivo per tutti i beni di largo consumo, con qualche eccezione, come per la telefonia fissa e mobile), l'incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, che era stata appannaggio della sola categoria degli imprenditori commerciali, è invece divenuta un fatto riguardante larghissimi strati della popolazione, insomma l'insolvenza è divenuta un fenomeno di massa.

Pertanto, in primo luogo, la l. n. 3/2012 offre una risposta concreta all'esigenza collettiva di regolamentazione dell'insolvenza del consumatore (*lato sensu* considerato), inteso come soggetto non fallibile, introducendo anche il concordato (o la liquidazione giudiziale) del consumatore o del piccolo imprenditore.

In secondo luogo, anche come effetto collegato al precedente, negli ultimi dieciododici anni, non arrivando più le famiglie – come si dice – a fine mese, è andato aumentando il ricorso al prestito al consumo, non sempre seguendo i canali ufficiali, e comunque con la conseguenza dell'incremento abnorme dell'usura, con tassi di interesse sopra-soglia, sicché, oltre alla perdita del potere di acquisto dello stipendio, gli Italiani si sono ritrovati anche con meno denaro a disposizione, assorbito dal progressivo debito di restituzione.

La l. n. 3/2012, che, per la parte relativa al sovraindebitamento, inizia dall'art. 6 (e non, come avviene di solito, dall'art. 1), nei primi cinque articoli si occupa di modifiche alla disciplina dell'usura e dell'estorsione, vuole essere infatti una risposta efficace dello Stato al fenomeno criminale, e, per quanto ci riguarda, alle sue conseguenze sul piano del so-

vraindebitamento, dando la possibilità ai consumatori di uscire esdebitati dalle morsa degli usurai ed estorsori.

Infine, la l. n. 3/2012 colma il vuoto venutosi a creare nel tempo con il mutamento di mentalità (a partire dalle riforme del 2006) che ha riguardato l'evento fallimento (terminologia infamante ormai desueta ed in via di aggiornamento ad opera della Commissione RORDORF), non più inteso come un accidente solamente negativo e definitivo dell'imprenditore, ma come una possibile risorsa, dato che alla fine del percorso liquidatorio vi è comunque la possibilità dell'esdebitazione, che è anche tra gli obiettivi della Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014, che ha invitato gli Stati Membri a dare una seconda possibilità agli imprenditori (ed ai consumatori) onesti, i quali in questo modo potranno riprendere ad operare evitando di commettere gli errori del passato, e sollevati del debito anteriore rimasto insoddisfatto.

La legge, insomma, consente questa opportunità anche a tutti coloro che, fino alla sua emanazione, non potevano esdebitarsi perché non potevano accedere alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare, in quanto solo all'esito di queste procedure (fallimento, concordato preventivo o fallimentare) era prevista l'esdebitazione.

Ora invece, colmata la disparità di trattamento tra soggetti fallibili e soggetti non fallibili, l'esdebitazione è alla portata di tutti, e questa è la terza ragione per cui la l. n. 3/2012 è stata emanata.

Amplissimo il bacino dei potenziali interessati a questa legge, solo esemplificando: i consumatori (in senso più ampio rispetto al concetto stretto di cui al codice di consumo), quindi i lavoratori dipendenti, i pensionati, casalinghe e disoccupati, etc.; gli imprenditori non fallibili perché al di sotto delle soglie di cui all'art. 1 l. fall.; gli imprenditori agricoli; i professionisti e le società di professionisti (di *engineering* solo se sottosoglia, di avvocati in ogni caso); i soci fallibili di società di persone; i soci di società di capitali; i prestatori di garanzie, se escussi; le *start up*; gli imprenditori non più fallibili ex art. 10 l. fall.; associazioni e fondazioni svolgenti attività non lucrativa o comunque sotto le soglie di fallibilità.

Sul piano oggettivo, il sovraindebitamento nasce essenzialmente dal ricorso sproporzionato al credito al consumo, ed il fenomeno interessa larghi strati della popolazione.

Infatti, secondo un'indagine riportata dal quotidiano La Repubblica del 29 novembre 2013, nel solo primo semestre del 2013 erano state aperte 71 mila posizioni nuove (almeno quelle "visibili") di prestito alle famiglie, per un totale di circa € 23,4 mld, di cui deteriorate (insolventi) la metà circa, pari ad € 12,9 mld (fonte Banca d'Italia), e con riferimento a prestiti di entità media non superiore ad € 10.000,00.

Risultavano coinvolte in questi prestiti circa un milione e mezzo di famiglie, praticamente, con mogli, figli e nipoti, sei milioni di italiani, il 10% della popolazione.

Ora, si tratta di stabilire che atteggiamento si vuole tenere nei confronti di questa insolenza di massa.

Il Legislatore ha dato una risposta chiara, sulla base di una considerazione realistica, e cioè che un soggetto sovraindebitato, che non è in grado di restituire il prestito, né lo sarà mai, rimane un soggetto improduttivo per sempre, specialmente a livello macroeconomico.

I suoi creditori non rivedranno, comunque, mai più i loro soldi.

Al contrario, un soggetto esdebitato, al quale, secondo la Raccomandazione Europea, se onesto, va data una seconda possibilità, riprenderà a produrre un reddito (magari apren-

do una gelateria), assumerà forse una o due persone, che muoveranno denaro e che pagheranno le imposte, determinando, a livello dei grandi numeri, una piccola ripresa economica.

Ben lo sanno le economie più forti del mondo, e cioè quella statunitense e quella tedesca, ma anche quella francese, che non lesinano le esdebitazioni a chi non è più in grado di far fronte al suo debito, così favorendo anche, nel medio periodo, la ripresa economica.

Negli USA il *Bankruptcy Act*, con il *Chapter 7 (liquidation)* con l'esdebitazione immediata, ed il *Chapter 13 (rehabilitation)* con l'esdebitazione solo all'esito del piano di pagamento; in Francia una legislazione che favorisce le famiglie senza troppi distinguo sulle cause del sovraindebitamento ed in Germania circa 100.000 esdebitazioni all'anno fanno pensare che la logica del perdono, praticata dalle economie più forti del mondo, possa avere dei risvolti non solo di pregnanza religiosa, ma anche, e soprattutto, per quanto qui interessa, di rilievo macroeconomico, nel senso che i "perdonati" onesti possono concorrere alla ripresa economica molto di più che restando a piangere sui propri debiti.

Questo dovrebbe essere il *fresh start*, se si vuole dare una sferzata positiva all'economia di questi tempi.

Tuttavia, la l. n. 3/2012 non ha ancora avuto il riscontro applicativo che merita, per lo più per difficoltà legate all'interpretazione del concetto di colpa nel sovraindebitarsi, che rende in pratica immeritevoli della sua tutela la più parte dei potenziali fruitori.

Chi è senza colpa nell'essersi sovraindebitato scagli la prima pietra.

Così ragionando, però, nessuno potrà dirsi di fatto meritevole dei benefici previsti dalla legge, la quale, all'art. 12-*bis*, prevede che il giudice può omologare il piano del consumatore (che non abbisogna dell'approvazione dei creditori) "*quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali*", cioè praticamente mai, salvo i casi in cui il sovraindebitamento sia l'effetto (evento) di un fatto sopravvenuto ed imprevedibile, come la perdita del posto di lavoro, o la separazione e il divorzio, un infortunio o una malattia inaspettata, ecc.

Ma la legge non ha affatto inteso costruire il sovraindebitamento come una situazione-evento sopravvenuta, cioè come l'effetto di una causa *aliunde posita*, ma come una situazione presupposta, cioè la causa di fatto che legittima il ricorso alla legge: non l'effetto di un contegno dunque, ma causa legittimante.

Il che trova lampante spiegazione proprio nella collocazione del testo normativo e nella sua *ratio* manifesta, che è quella di far fronte al fenomeno dell'usura e dell'estorsione, cioè alle migliaia di persone strozzinate già quando la legge (proprio per loro) è stata emanata, e che la legge stessa voleva aiutare a tirarsi fuori dai guai.

Altro che evento imprevedibile e sopravvenuto.

Situazione di fatto preesistente alla legge, invece.

Infatti, nelle l. n. 3/2012 non esiste alcun requisito che riguardi eventi sopravvenuti, anzi il sovraindebitamento è visto come una conseguenza di ulteriori indebitamenti, senza riferimenti (in termini oggettivi) alle cause, e sovente frutto di un processo graduale al quale può essere molto difficoltoso, se non persino impossibile, porre rimedio *in itinere*: si pensi ad es. all'aumento incessante e verticale del costo della vita ed alla contemporanea stasi, quando non è anche una riduzione, dei redditi di lavoro, che porta in modo graduale

ed inarrestabile un nucleo familiare verso la povertà, senza alcun contegno che possa dirsi in alcun modo riprovevole, cioè senza alcuna colpa, del debitore.

Oltre al caso di chi ha subito l'usura, che certo non può ricondursi alla tipologia dell'evento sopravvenuto ed imprevedibile, si consideri anche il caso del ludopatico (giocatore compulsivo, non capace di determinarsi diversamente), che pure si indebita progressivamente, al di fuori di qualsiasi shock esogeno.

Il caso esaminato dal Tribunale di Pistoia con il decreto del 27 dicembre 2013 (*Il Caso.it*, 2014, 9947) è emblematico nel senso indicato, infatti un genitore si era indebitato, e poi sovraindebitato, per far fronte alle nuove esigenze sorte a causa della malattia del figlio (già imprenditore), andando a contrarre nuovi debiti per far fronte al crescente indebitamento: proprio l'aver contratto l'ultimo debito con una società finanziaria, essendo in una situazione già di serio indebitamento, ha fatto sì che il Tribunale in sede (collegiale) di reclamo revocasse il decreto del giudice monocratico che aveva omologato il piano del consumatore.

Al contrario, in una situazione di questo tipo, in cui il sovraindebitamento è comunque collegato causalmente con l'iniziale evento sopravvenuto ed imprevedibile (la malattia del figlio convivente), il debitore deve essere ritenuto senza colpa anche volendo (erroneamente) ipotizzare che la legge si applichi solo ai casi di eventi successivi che comportino shock esogeni.

I debiti successivi vengono contratti per far fronte al crescente indebitamento, tutti i debiti sono collegati causalmente con l'evento originario che ha scatenato la necessità del prestito.

La situazione deve essere globalmente valutata come immune da colpa: quale colpa avrebbe chi ha dovuto contrarre dei debiti in uno stato simile di necessità? E che alternative aveva?

In realtà, come si è detto, la legge copre le situazioni ad essa pregresse allo stesso modo di quelle che si sono create in modo improvviso dopo la sua emanazione, sicché non è affatto fuor di luogo declinarne l'applicazione anche ai casi in cui il sovraindebitamento sia il mero frutto di un processo graduale durante il quale nessun rilievo colposo possa essere mosso al sovraindebitato circa le cause che lo hanno condotto a tal punto (ad es. il costo della vita che aumenta e gli stipendi che restano fermi o diminuiscono), mentre certo non gli si può precludere l'accesso alla procedura perché si rendeva conto di sovraindebitarsi, visto che comunque non ha creato con colpa le condizioni di base del maggior debito.

Essenziale rimane l'esame delle ragioni (sia oggettive che soggettive) che hanno determinato il sovraindebitamento: erano bisogni essenziali o voluttuari? Il cibo o le vacanze? L'utilitaria per andare a lavorare e dar da mangiare ai figli o l'auto sportiva?

E il consumatore aveva alternative? Oppure si è trovato costretto ad agire per evitare il peggio?

Tutti questi elementi debbono concorrere alla valutazione della colpa del consumatore, tenendo sempre presente che di colpa non si può parlare in assenza di alternative valide.

In tal modo, forse anche l'Italia, come le altre potenze economiche mondiali, potrà giovare dell'aiuto alla ripresa economica di questi milioni di persone, destinati altrimenti alla produzione di un reddito non visibile o di nessun reddito.

In questo caso, lo si percepisce, il perdono avrebbe non tanto valenza religiosa, come nel Vangelo di Luca (7, 36-50, in cui, educativamente, viene concesso indistintamente a chi non ha di che restituire), quanto invece economica, anzi invero macroeconomica.

POSTILLA SULLA COLPA NELLA L. N. 3/2012 SUL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE E LA PROPOSTA DELLA COMMISSIONE RORDORF

Giuseppe Limitone

Approfondendo lo spinoso tema della colpa del consumatore nel sovraindebitarsi, corre l'obbligo di dare conto di ulteriori sviluppi interpretativi, che potrebbero consentire di armonizzare la tesi (formulata nella mia precedente nota in argomento) secondo cui non si può precludere al consumatore l'accesso alla procedura *“perché si rendeva conto di sovraindebitarsi, visto che comunque non ha creato con colpa le condizioni di base del maggior debito”*, con il testo normativo, per il quale il giudice può omologare il piano soltanto *“quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali”*.

La consapevolezza nel sovraindebitarsi sembra, infatti, costituire un muro insuperabile ai fini dell'accesso alla procedura.

Invece, occorre ribadire e dimostrare che la consapevolezza nel sovraindebitarsi non può essere, allo stato attuale della legge, un valido criterio discrezionale, perché si tratta in realtà di un falso requisito negativo (nel senso che sarebbe richiesta la non consapevolezza).

Tre sono, apparentemente, i parametri del c.d. test di meritevolezza indicati dall'art. 12-bis, comma 3, l. n. 3/2012: 1) aver assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere; 2) avere colposamente determinato la situazione di sovraindebitamento; 3) aver fatto un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

A ben vedere, però il primo parametro coincide con il terzo, perché la mancanza della ragionevole prospettiva di poter adempiere le obbligazioni che hanno dato vita al sovraindebitamento coincide con l'essersi fatti prestare dei soldi nella consapevolezza dell'insufficienza dei mezzi per poterli restituire, quindi i parametri restano due: 1) aver determinato con colpa le cause del sovraindebitamento; 2) essere stati consapevoli circa la mancanza dei mezzi di restituzione del debito.

Il secondo parametro, poi, se fosse effettivo, escluderebbe comunque *“in radice”* ogni ipotesi di sovraindebitamento da prestito di denaro, che non può non essere consapevole circa la presenza dei mezzi a disposizione per restituire (chiunque abbia chiesto un prestito a un usuraio, o ad un secondo usuraio per fronte al primo debito, sarebbe dunque escluso dall'applicazione di questa legge).

Il primo parametro, a sua volta, comprende non solo i casi di shock esogeno, ma anche quelli di sovraindebitamento graduale.

Si vuole però dimostrare che l'unico parametro praticabile è il primo, mentre il secondo è un falso parametro, che addirittura cozza con il fine stesso della legge.

Ed è proprio sulla base di questo requisito, la cui irrilevanza si vuole dimostrare, che è sorta la teoria dello shock esogeno, per la quale la legge si applicherebbe solo a chi abbia subito un evento impreveduto ed improvviso che abbia fatto tracollare le sue finanze.

Se si afferma la rilevanza della consapevolezza del sovraindebitato, si apre la strada allo shock esogeno come unica situazione legittimante, poiché solo lo shock esogeno implica l'inconsapevolezza.

Lo shock esogeno si ricava infatti *a contrariis* dal requisito dell'assenza di consapevolezza circa la propria incapacità di restituire il prestito e la correlativa sproporzione tra nuovo debito e capacità patrimoniale del debitore.

Se, nel momento in cui il consumatore contrae il debito che ne determina la sovraesposizione debitoria, egli non può essere inconsapevole di non essere in grado di farvi fronte, giocoforza, unici eventi giustificanti sono quelli imprevedibili, in cui questa consapevolezza manca "*ipso facto*".

Ma allora, bisognerebbe dedurne "*a contrario*" che, se vi è shock esogeno, il debitore, se chiede denaro, è giustificato in ogni caso, anche se è consapevole di non poter restituire?

E se non chiede denaro, come può trovarsi in una situazione di sovraindebitamento tutelabile al di fuori del caso dello shock esogeno?

Davvero, sembra proprio di poter concludere che lo shock esogeno non cambia le cose in punto consapevolezza, che rimane, comunque, quando si chiede il prestito a causa dell'evento improvviso, così come quando non si chiede alcun prestito, come anche in assenza di eventi improvvisi.

Se si dimostra, infatti, l'irrilevanza della consapevolezza, si comprende come unico requisito legittimante sia l'assenza di colpa nell'aver determinato le cause del sovraindebitamento.

Ed infatti, in primo luogo, come si può pensare che chi sia costretto a chiedere soldi in prestito per sopravvivere possa porsi il problema di essere o meno consapevole circa la possibilità di restituirli: in realtà, li va a chiedere e spera di farcela. Punto.

In secondo luogo, il sovraindebitamento, è bene ribadirlo, è spesso frutto di un processo graduale, che si compie al di fuori della consapevolezza di trovarsi o meno oltre la soglia di restituibilità del prestito, anche perché può ben darsi il caso che il sovraindebitato non abbia chiesto nuovi prestiti, ma debba semplicemente pagare i normali debiti correnti divenuti eccessivi per l'aumento del normale costo della vita, non controbilanciato dall'aumento del suo reddito (stabile o più spesso ridotto).

Infine, se la legge, come è chiaro anche dalla sua collocazione, vuole tutelare le vittime dell'usura, facendole uscire dalla morsa dello strozzinaggio, non può certo considerare rilevante la consapevolezza nel sovraindebitarsi, visto che l'usurato non ha certo questa di colpa e, benché consapevole, piuttosto non ha altra scelta per far fronte al debito smisuratamente crescente.

A ben considerare, una legge non può prevedere come requisito di accesso un parametro che di fatto impedisca l'accesso proprio a coloro che quella legge vorrebbe tutelare.

Non si può fare una legge a favore di Super Pippo (che veste di rosso) e poi dire che quelli con il vestito rosso non possono giovarsene.

Allora si deve concludere che la consapevolezza sia un parametro solo apparente, poiché: 1) non riguarda gli usurati; 2) non riguarda chi si trova sovraindebitato senza aver fatto nulla, né chiesto nuovi prestiti; 3) vale soltanto a dare rilievo ad un requisito (lo shock esogeno) non voluto dal Legislatore, che – all’atto pratico – non crea alcuna effettiva differenza proprio in punto di consapevolezza, presente sia con che senza shock esogeno: infatti, si può avere sovraindebitamento anche senza che sia successo nulla di imprevisto, cosicché neppure lo shock esogeno può essere dirimente.

Ragion per cui, ritenuto come solo apparente il parametro della consapevolezza, rimane utilizzabile soltanto il parametro dell’assenza di colpa nell’aver causato il sovraindebitamento, di cui si è già detto nella mia precedente nota.

Queste difficoltà interpretative, che stanno di fatto rendendo inutilizzabile un prezioso strumento di crescita economica del Paese, sono state in ogni caso tenute presenti dalla Commissione Rordorf, che si è sforzata di bypassare il concetto di colpa, sin troppo moraleggiante, per approdare ad un più adattabile criterio di assenza di mala fede o di frode (cfr. punto 9, lett. b) del d.d.l. delega).

Starà poi al Legislatore delegato rendere più concreto questo sforzo.

È prevista anche, per una sola volta nella vita, l’esdebitazione del nullatenente, similmente al sistema francese, che ammette a questo beneficio anche le famiglie nullatenenti (punto 9, lett. c).

Negli altri casi, l’esdebitazione potrà essere concessa fino a due volte, con un intervallo di almeno cinque anni (punto 9, lett. d).

Anche le persone giuridiche potranno essere esdebitate (punto 9, lett. g).

Il lavoro della Commissione ha condotto anche ad ipotizzare l’accesso alla procedura per interi nuclei familiari (punto 9, lett. a).

Dovrà essere previsto un ombrello protettivo, come quello che oggi è costituito dal preconcordato per il concordato preventivo (punto 9, lett. e).

L’iniziativa per l’apertura della procedura sarà data anche ai creditori, per le procedure liquidatorie, ed anche al P.M. nei confronti degli imprenditori (punto 9, lett. f).

Una menzione particolare merita il cenno alle sanzioni che dovranno essere previste per i casi di violazione del merito creditizio (punto 9, lett. h), in cui molto spesso la dissimmetria informativa in favore del finanziatore rende quest’ultimo, già con le vigenti norme, maggiormente responsabile del sovraindebitamento di chi ha contratto il debito spinto da stringente necessità.

PARTE III
DAL MONDO DELLE PROFESSIONI

LE PROSPETTIVE DEI CONFIDI ALLA LUCE DEL DECRETO LIQUIDITÀ

Sabrina Galmarini

Per fare fronte e contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica Covid-19 sta producendo sul tessuto socio economico nazionale, il Governo prima, in occasione delle emanazione del decreto legge c.d. "Cura Italia" (d.l. 17 marzo 2020, n. 18) e del decreto legge c.d. "Liquidità" (d.l. 8 aprile 2020, n. 23), e il Parlamento successivamente, nel contesto della conversione del Decreto Liquidità nella l. 5 giugno 2020, n. 40, hanno profondamente modificato le modalità operative del Fondo centrale di garanzia PMI¹ ("Fondo"), semplificando le procedure, aumentando le coperture e ampliando la platea dei beneficiari.

Scopo del presente contributo è quello di analizzare il ruolo dei confidi all'interno di tale mutato quadro normativo, per cercare di iniziare a comprendere se il legislatore abbia o meno saputo coniugare l'esigenza di favorire l'accesso al credito da parte delle imprese (e in particolare delle micro e piccole imprese con meno di 20 addetti, che rappresentano per numero, il 98,2% delle imprese e il 45% degli occupati, con grande contributo alla tenuta sociale del Paese e ai consumi del mercato domestico) con quella di dare nuova linfa a tali operatori.

Il ruolo dei confidi – che, come noto, intervengono nel rapporto tra la banca e/o l'intermediario finanziario e l'impresa, assolvendo principalmente una funzione di garanzia per agevolare le imprese socie nell'accesso ai finanziamenti – nel tempo ha subito un progressivo ridimensionamento, frutto di diverse contingenze strutturali del mercato, nonché di una evidente problematica di posizionamento strategico nel contesto della filiera dell'erogazione del credito che, di fatto, potrebbe addirittura pregiudicarne l'esistenza.

Attualmente, il contesto nazionale vede presenti 311 confidi di cui:

- 35 c.d. "maggiori", e cioè iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB, così come modificato a seguito della riforma del Titolo V del TUB a opera del d.lgs. n. 141/2010, e quindi sottoposti alla vigilanza, anche prudenziale, di Banca d'Italia²;

- 276 c.d. "minori", e cioè temporaneamente iscritti all'elenco generale di cui al previgente art. 155, comma 4, TUB, con obbligo di richiedere, entro il 10 novembre 2020,

¹ Il Fondo centrale di garanzia PMI è disciplinato dall'art. 2, comma 100, lett. a), l. 23 dicembre 1996, n. 662.

² Ai sensi dell'art. 4 del d.m. 2 aprile 2015, n. 53 sono tenuti a iscriversi all'albo 106 TUB i confidi con un volume di attività finanziaria pari o superiore a 150 milioni di euro.

l'iscrizione al neo costituito Organismo per i confidi minori ("OCM") di cui all'art. 112-bis TUB. Decorso tale termine i soggetti non iscritti al nuovo elenco dovranno cessare la propria attività.

Negli ultimi anni:

- il numero dei confidi si è dimezzato: nel 2012 erano 642 e nel 2019 erano 311;
- il volume delle garanzie rilasciate è inesorabilmente decresciuto, passando da circa 22,2 miliardi di euro del 2013 a 12,6 miliardi di euro del 2018;
- per l'insieme dei confidi "maggiori", il Total Capital Ratio, cioè il rapporto tra le risorse patrimoniali e i rischi ponderati per il rischio, è a livelli sempre più alti. Questo avviene perché il *Risk Weighted Asset*, cioè l'ammontare delle esposizioni al rischio (principalmente le garanzie) è in costante diminuzione;
- i Fondi propri liberi e le attività liquide nette sono incrementati e superano rispettivamente i 650 milioni di euro e 1,3 miliardi di euro;
- i confidi sono diventati solidi e affidabili come non mai perché le banche fanno un uso significativamente più ridotto delle loro garanzie;
- per i confidi (a livello sistema) è in corso un fenomeno di autoconsunzione, vale a dire che il risultato di esercizio è negativo in ragione del fatto che le risorse svincolate per i prestiti estinti (i c.d. rientri) per un problema strutturale di domanda non vengono riutilizzate, se non parzialmente, per erogare nuove garanzie e generare nuovi ricavi³. La garanzia è stata sempre un "prodotto povero" (ancora di più in un regime di tassi di interesse molto bassi). A rendere sostenibile l'attività, un tempo, erano i ricavi prodotti dall'attività di gestione degli *asset* finanziari vincolata a logiche estremamente conservative e prudentziali. Tuttavia anche questi ricavi si sono fortemente ridotti e ciò in ragione del basso rendimento dei titoli di Stato per circostanze esogene, fuori dal controllo dei confidi.

Riservandoci di tornare in un secondo momento sulle cause che hanno portato ad una così significativa riduzione del volume di garanzie, possiamo ora ad analizzare le principali disposizioni transitorie introdotte dal Decreto Legge Liquidità, così come convertito, con riguardo al Fondo centrale di garanzia PMI⁴.

Per quanto di interesse, senza pretesa di esaustività, segnaliamo che fino al 31 dicembre 2020, in deroga alla vigente disciplina del Fondo⁵, si applicano le seguenti misure (art. 13):

- a) gratuità della garanzia, precedentemente concessa a titolo oneroso, per tutte le operazioni finanziarie previste dal Fondo⁶ (art. 13, comma 1, lett. a);
- b) innalzamento dell'importo massimo garantito per singola impresa a 5 milioni di euro rispetto ai 2,5 milioni di euro⁷ (art. 13, comma 1, lett. b);

³ Si veda, in particolare, l'Osservatorio 2020 sui confidi in Italia elaborato dal Comitato Torino Finanza presso la Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino.

⁴ Si precisa che l'art. 13, comma 12, del Decreto Liquidità (così come convertito) ha abrogato le previsioni introdotte dal Decreto Cura Italia con riguardo al Fondo centrale di garanzia PMI.

⁵ Le Disposizioni operative del Fondo sono state adottate a febbraio 2019 e sono entrate in vigore il 15 marzo del medesimo anno.

⁶ Tale previsione era già contenuta nel decreto legge Cura Italia.

⁷ Tale previsione era già contenuta nel decreto legge Cura Italia.

c) ammissibilità alla garanzia delle imprese con numero di dipendenti non superiore a 499 (c.d. mid-cap) (art. 13, comma 1, lett. b);

d) innalzamento delle percentuali di copertura al 90% per la garanzia diretta e al 100% per la riassicurazione a condizione che le garanzie rilasciate dai confidi o dagli altri fondi di garanzia o dalle società cooperative previste dall'art. 112, comma 7, terzo periodo del TUB⁸, non superino la percentuale massima di copertura del 90% e che non prevedano il pagamento di un premio che tiene conto della remunerazione per il rischio di credito (art. 13, comma 1, lett. b) e c).

Quanto sopra è limitato alle operazioni finanziarie che rispettino i seguenti requisiti:

a. la finalità dell'operazione finanziaria è liquidità o investimento;

b. la durata dell'operazione finanziaria non è superiore a 72 mesi;

c. l'importo dell'operazione finanziaria non può essere superiore a:

i) il doppio della spesa salariale annua del soggetto beneficiario finale, compresi gli oneri sociali e il costo del personale che lavora nel sito dell'impresa ma che figura formalmente nel libro paga dei subcontraenti, per il 2019 o per l'ultimo anno disponibile. Nel caso di imprese costituite a partire dal 1° gennaio 2019, l'importo massimo del prestito non può superare i costi salariali annui previsti per i primi due anni di attività ovvero

ii) il 25% del fatturato totale del soggetto beneficiario finale nel 2019;

iii) il fabbisogno per costi del capitale di esercizio e per costi di investimento nei successivi 18 mesi, nel caso di PMI, e nei successivi 12 mesi, nel caso di imprese con numero di dipendenti non superiore a 499⁹;

iv) i ricavi delle vendite e delle prestazioni, sommati alle variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti per l'anno 2019, limitatamente alle imprese caratterizzate da cicli produttivi ultrannuali;

e) incremento delle percentuali di copertura al 80% per la garanzia diretta e al 90% per la riassicurazione per i finanziamenti non aventi le medesime caratteristiche di durata e importo di cui sopra, anche per durate superiori a 10 anni (art. 13, comma 1, lett. d).

La garanzia del Fondo può essere cumulata con un ulteriore garanzia concessa da confidi o da altri soggetti abilitati al rilascio di garanzia, a valere su risorse proprie, fino alla copertura del 100% del finanziamento concesso;

f) possibilità di richiedere l'intervento del Fondo anche per tutte le operazioni finalizzate alla rinegoziazione dei finanziamenti in essere del soggetto beneficiario finale (sia già garantiti che non garantiti), con coperture pari all'80% per la garanzia diretta e al 90% per la riassicurazione, a condizione che la garanzia rilasciata dal confidi o da altro fondo di garanzia non ecceda la percentuale massima di copertura del 80% (art. 13, comma 1, lett. e). Tale previsione vale purché il nuovo finanziamento preveda l'erogazione di credito aggiuntivo:

– in misura pari ad almeno il 10 % dell'importo del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione ovvero:

– per i finanziamenti deliberati dal soggetto finanziatore in data successiva alla data di

⁸ Rientrano tra tali categorie di soggetti le c.d. casse peota.

⁹ Tale fabbisogno può essere attestato mediante autocertificazione resa dal beneficiario ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, contenuta nell'Allegato 4 alle Disposizioni Operative.

entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Legge Liquidità, in misura pari almeno al 25% dell'importo del debito accordato in essere dal finanziamento oggetto di rinegoziazione;

g) accesso alla garanzia del Fondo senza applicazione del modello di valutazione delle condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale per l'ammissione al Fondo adottate nel febbraio 2019, in occasione della riforma del Fondo, ed entrate in vigore nel marzo 2019 (art. 13, comma 1, lett. g).

Pertanto la valutazione di accesso viene effettuata esclusivamente sulla base delle informazioni economico finanziarie riferite agli ultimi due bilanci chiusi ed approvato o, per le imprese non soggette alla redazione del bilancio, alle due ultime dichiarazioni fiscali presentate. Ai fini dell'accesso al Fondo, non sono, dunque, valutate le informazioni di tipo andamentale della Centrale dei rischi;

h) percentuale di copertura al 100% sia per la garanzia diretta che per la riassicurazione con riguardo ai nuovi finanziamenti concessi da banche, intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB e dagli altri soggetti abilitati alla concessione di credito (art. 13, comma 1, lett. m).

Quanto sopra è limitato alle operazioni finanziarie che rispettino i seguenti requisiti:

a. i beneficiari devono essere piccole e medie imprese e di persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni, di associazioni professionali e di società tra professionisti nonché di agenti di assicurazione, subagenti di assicurazione e broker iscritti alla rispettiva sezione del Registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi;

b. l'attività d'impresa dei beneficiari deve essere stata danneggiata dall'emergenza COVID-19¹⁰;

c. i finanziamenti devono avere:

- un preammortamento di 24 mesi
- una durata fino a 120 mesi;

d. l'importo del finanziamento non può essere superiore, alternativamente, anche tenuto conto di eventi calamitosi:

- a uno degli importi di cui all'art. 13, comma 1, lett. c), numeri 1) o 2), come risultante dall'ultimo bilancio depositato o dall'ultima dichiarazione fiscale presentata alla data della domanda di garanzia ovvero da altra idonea documentazione
- a 30.000 euro;

e. un tasso di interesse, nel caso di garanzia diretta, o un premio complessivo di garanzia, nel caso di riassicurazione, che tiene conto della sola copertura dei soli costi di istruttoria e di gestione dell'operazione finanziaria e, comunque, non superiore al tasso del rendimento medio dei titoli pubblici (Rendistato) con durata analoga al finanziamento, maggiorato dello 0,20 per cento.

L'intervento del Fondo centrale di garanzia PMI è concesso automaticamente, gratuitamente e senza valutazione e il soggetto finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla garanzia del Fondo, subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti, senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo medesimo;

¹⁰ Tale condizione può essere attestata dall'interessato mediante dichiarazione autocertificata.

i) possibilità di cumulare la garanzia del Fondo di cui all'art. 13, comma 1, lett. c), con la garanzia concessa dai confidi o da altri soggetti abilitati al rilascio di garanzie, sino alla copertura del 100% del finanziamento concesso (art. 13, comma 1, lett. n).

Quanto sopra è limitato alle operazioni finanziarie che rispettino i seguenti requisiti:

- a. soggetti beneficiari con ammontare di ricavi non superiore a 3.200.000 euro, la cui attività di impresa è stata danneggiata dall'emergenza Covid-19¹¹;
- b. finanziamenti di importo non superiore alternativamente a uno degli importi di cui all'art. 13, comma 1, lett. c), numeri 1) o 2).

Tale quadro normativo, ancorché temporaneo, caratterizzato in sintesi da:

- gratuità della garanzia del Fondo;
 - innalzamento delle coperture del Fondo per le ipotesi di garanzia diretta;
 - non applicabilità del sistema di valutazione per l'ammissibilità al Fondo entrato in vigore lo scorso 15 marzo 2020;
 - semplificazioni procedurali, con ampio ricorso all'autocertificazione;
- perseguendo condivisibili finalità emergenziali, non fa che rendere meno *appealing*, dal punto di vista delle banche, la riassicurazione dei confidi rispetto alla garanzia diretta.

Volendo per un momento cercare di individuare le cause che hanno portato alla crisi del ruolo dei confidi vi è il fatto che:

1) per le banche è più conveniente il ricorso alla garanzia diretta perché la relazione con i confidi comporta attività, che si traducono in costi operativi;

2) il sistema di valutazione del merito creditizio in forma di giudizi sintetici (*scoring* o *rating*), frutto di algoritmi applicati a vasti database, adottato dalle banche sulla spinta delle norme riferibili agli Accordi di Basilea, dell'evoluzione tecnologica e della non trascurabile esigenza di contenere i costi ha portato a un razionamento del credito, specie per le micro e piccole imprese, con conseguente inesorabile diminuzione dei volumi delle garanzie abbinate ai finanziamenti bancari.

Questi modelli di valutazione vengono, infatti, applicati sia alle imprese per le quali si dispone di ampi *database* sia alle imprese per le quali la disponibilità di informazioni è scarsa e che costituiscono il bacino di clientela dei confidi. Per questi soggetti, l'asimmetria informativa viene affrontata con un approccio "per analogia", nel senso che la probabilità di *default* coincide con quella di un *cluster* statico di imprese che presenta caratteristiche simili al soggetto sottoposto al giudizio;

3) mentre il sistema bancario, negli ultimi anni, ha ridotto per quantità ma migliorato per qualità il proprio portafoglio clienti, anche utilizzando la garanzia diretta del Fondo per la clientela più conosciuta e a rischio moderata, i confidi hanno subito una riduzione dei flussi garantiti più elevata rispetto a quella dei finanziamenti bancari, peraltro lavorando con clientela con probabilità di insolvenza certamente più elevata di quella media del sistema bancario;

4) il nuovo modello di valutazione delle operazioni ammissibili introdotto dalla riforma del Fondo di garanzia per le PMI, entrato a regime nel marzo 2019 e temporaneamente so-

¹¹ Tale condizione può essere attestata dall'interessato mediante dichiarazione autocertificata.

speso, non ha avuto modo di contribuire al miglioramento dell'appetibilità della garanzia dei confidi.

Tale modello, che ha molto in comune con gli *scoring* bancari, attraverso la misurazione della probabilità di *default*, consente di stabilire tassi di copertura del rischio più elevati per le imprese relativamente più rischiose (dove si concentrano le imprese associate ai confidi) e ha introdotto un sistema di regole volte, tra l'altro, ad attenuare alcuni degli squilibri tra la garanzia diretta del Fondo e la riassicurazione/controgaranzia veicolata tramite i confidi.

In particolare, per quanto di interesse, si segnala che:

- da un lato, sono state, di fatto, salvo alcune eccezioni, equiparate le percentuali di copertura del Fondo sia in ipotesi di garanzia diretta che di riassicurazione,
- dall'altro, la riassicurazione del Fondo interviene, nei limiti dell'importo massimo garantito e della misura massima di copertura deliberati in sede di ammissione, sull'intera somma liquidata dal confidi alla banca, consentendo una piena equiparazione, in termini di ponderazione zero, tra la garanzia diretta e la riassicurazione.

A questo punto, preso atto che le misure recentemente introdotte nel nostro ordinamento per favorire l'accesso al credito da parte delle imprese nel contesto dell'emergenza Covid-19 mal si conciliano con l'esigenza di dare nuova linfa ai confidi, ci sembra opportuno soffermarci brevemente sui punti di forza e di debolezza di questi operatori finanziari, auspicando un tempestivo innovamento del quadro normativo che consenta ai confidi – sia quelli “maggiori” che quelli “minori” – di ampliare la gamma dei prodotti e dei servizi offerti.

Nell'attuale quadro normativo, infatti, i “minori” si caratterizzano per il fatto che possono svolgere esclusivamente l'attività di garanzia, oltre ai servizi a essa connessi e strumentali, per tali intendendosi quelli che consentono di sviluppare l'attività di garanzia collettiva dei fidi e che, quindi, abbiano carattere accessorio e coerente rispetto ad essa, come ad esempio servizi di consulenza finalizzati a favorire l'accesso al credito delle imprese associate; mentre per servizi strumentali si intendono le attività ausiliarie, come l'acquisto di *asset* immobiliari o l'assunzione di partecipazioni.

Mentre i confidi “maggiori”, in conformità all'art. 112, commi 5 e 6, TUB e alle Disposizioni per gli intermediari finanziari di cui alla Circolare della Banca d'Italia 288/2015:

- svolgono in via prevalente (e non esclusiva) l'attività di garanzia collettiva dei fidi,
- possono, nel limite del 20% del totale dell'attivo, concedere altre forme di finanziamento e garantire l'emissione di strumenti di debito da parte delle PMI socie;
- possono, prevalentemente nei confronti delle imprese consorziate o socie: a) prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato, al fine dell'esecuzione dei rimborsi di imposte alle imprese consorziate o socie; b) gestire, ai sensi dell'art. 47, comma 2, fondi pubblici di agevolazione; c) stipulare, ai sensi dell'art. 47, comma 3, TUB di contratti con le banche assegnatarie di fondi pubblici di garanzia per disciplinare i rapporti con le imprese consorziate o socie, al fine di facilitarne la fruizione, a condizione che tali attività non possono eccedere il 50% del totale attivo e che i ricavi delle attività diverse da quella mutualistica, non possono eccedere il 50% del totale dei ricavi.

I punti forza dei confidi sono:

- i confidi detengono un vantaggio informativo rispetto alle banche nello specifico segmento delle micro piccole imprese;
- i confidi hanno un vantaggio sul costo del personale rispetto alle banche. Esso è dovuto all'applicazione di contratti collettivi differenti;
- i confidi hanno ancora una buona dotazione di patrimonio proprio;
- i confidi “maggiori” stanno sperimentando attività diverse da quella di garanzia e, in particolare, quella di prestito diretto. Pare che gli ingressi in insolvenza siano molto contenuti per le imprese associate meglio conosciute e per quelle cui vengono anche erogati servizi di consulenza. Tutto questo è intuitivo per l'analogia con le esperienze di *relationship banking* e del microcredito (si pensi al ruolo cruciale dei servizi ausiliari, nella riduzione delle asimmetrie informative, soprattutto se svolti in proprio dal soggetto finanziatore);
- i confidi hanno un elevato livello di *accountability*;
- tutti i confidi sono vigilati da autorità indipendenti. Questo è indubbiamente vero per i confidi vigilati dalla Banca d'Italia. Pensiamo si possa dire lo stesso o quasi, per i confidi sottoposti al controllo dell'Organismo Confidi Minori previsto dall'art. 112-*bis* TUB, finalmente operativo, e che comunque è, a sua volta, vigilato dalla Banca d'Italia.

In ragione di tali punti di forza, una delle proposte avanzate dagli osservatori del mercato¹² a fronte di processi di produzione normativa amministrativa relativi ai confidi con sviluppo lento (ad esempio l'Organismo Confidi Minori, previsto da una norma del 2010 e divenuto operativo nel 2020) o, addirittura uno sviluppo interrotto (pensiamo alle vicende dell'ultima legge delega sui confidi¹³, che non ha trovato attuazione), prevede, per i confidi “maggiori” la possibilità di:

1) erogare, senza alcun limite, le attività di garanzia nei confronti dei soci, a prescindere dalla finalità della garanzia. In buona sostanza, l'attività prevalente non sarebbe più quella mutualistica finalizzata all'ottenimento del credito, ma la garanzia mutualistica (vale a dire nei confronti dei soci) *tout cours*, ovvero senza nessun'altra specificazione. Tale estensione della definizione di attività tipica consentirebbe e ai confidi vigilati di sviluppare attività di garanzia senza doversi preoccupare del rispetto del limite alle attività non prevalenti. Resterebbero fermi i vigenti limiti per le altre attività, tra i quali quelli per le altre attività finanziarie;

2) erogare qualsiasi tipo di garanzia anche ai non soci. In questo modo, i confidi vigilati possono, oltre alle altre attività già consentite dai limiti attuali vigenti, erogare qualsiasi tipo di garanzia anche a clienti non soci nel rispetto di alcuni limiti quantitativi. Questo consente di estendere ai confidi una serie di attività che possono essere oggi effettuate solo dagli altri intermediari di garanzia, come ad esempio le asseverazioni per le Pubbliche Amministrazioni per qualunque tipologia di clientela;

3) svolgere attività di credito verso soci e non soci fino a un ammontare massimo, per singola esposizione, prestabilito. Già oggi i confidi vigilati possono svolgere attività di

¹² Si veda l'Osservatorio 2020 sui confidi in Italia elaborato dal Comitato Torino Finanza presso la Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino.

¹³ L. 13 luglio 2016, n. 150 Delega al Governo per la riforma del sistema dei confidi.

credito, senza peraltro nessuna limitazione di importo, purché siano rispettati i limiti alle attività residuali sopra riportati (20% del totale attivo). Tuttavia, tale opportunità non è stata fin qui sviluppata in maniera significativa dai confidi vigilati per una serie di motivi, tra le quali, rilevano:

a) un limite troppo stringente applicato a tutte le attività residuali, comprese quelle verso non soci;

b) una sorta di “diffidenza” dei confidi a impiegare risorse proprie per svolgere attività di credito, attività che determinando una esposizione per cassa la quale implica rischi che possono emergere prima di una esposizione per firma;

c) la necessità di organizzare un nuovo processo su cui investire, sia sul piano del *know how* sia sul piano delle persone;

d) il rischio di essere percepiti come competitor dalle banche con le quali i confidi hanno consolidati rapporti (convenzioni) finalizzati all'erogazione di garanzie mutualistiche.

Per i confidi “minori”, invece, si ipotizza di:

1) consente di poter svolgere altri servizi non legati alla garanzia, senza assunzione del rischio di credito, nonché di fornire altre garanzie ai soci non legate all'erogazione del credito.

Nel dettaglio, lo svolgimento di altri servizi non legati alla garanzia, senza assunzione del rischio estende la nozione attuale di servizi connessi e strumentali all'attività di garanzia collettiva dei fidi; in buona sostanza, si renderebbe esplicitamente possibile per i confidi minori svolgere qualunque attività di servizio per i soci, anche se tali attività non sono connesse o strumentali alla concessione di una garanzia. I confidi minori potrebbero, pertanto, svolgere attività di consulenza per i propri soci, finalizzata all'ottimizzazione della situazione finanziaria oppure consulenza per l'ottenimento di fondi pubblici, senza dover dimostrare che tali attività di servizio sono necessariamente finalizzate alla concessione di una garanzia. Per quanto riguarda, invece, la concessione di garanzie ai soci non legate all'erogazione del credito, si tratterebbe di consentire ai confidi minori di concedere garanzie ai soci anche per finalità diverse rispetto a quella tipica dell'attività mutualistica. Ad esempio, i confidi minori potrebbero fornire garanzie connesse con l'utilizzo di fondi pubblici, oppure garanzie a favore delle imprese socie verso la Pubblica Amministrazione (come ad esempio fidejussioni a fronte di anticipazioni di contributi pubblici), ovviamente nel rispetto delle leggi vigenti, nel senso che laddove le leggi prevedano una garanzia di un soggetto iscritto all'Albo degli intermediari finanziari *ex art. 106 TUB*, le garanzie dei confidi minori non sarebbero ammissibili;

2) di operatività rappresenta un salto logico molto importante per i confidi minori: chi intende accedere a questo livello di operatività e possiede gli stringenti requisiti richiesti potrà svolgere attività di microfinanza fino a un importo massimo prestabilito, e anche operare nella gestione di agevolazioni pubbliche, fermo restando che le Amministrazioni che volessero utilizzare questa categoria di confidi potrebbero comunque stabilire ogni ulteriore (sensato) criterio per la loro selezione.

In questo modo, i confidi minori, ben strutturati, possono contribuire a veicolare direttamente risorse finanziarie alle micro piccole imprese loro socie, rappresentando una mo-

dalità integrativa del credito bancario propriamente detto, ma anche della finanza agevolata di matrice pubblica verso un segmento per il quale i confidi hanno un vantaggio informativo e un posizionamento ben specializzato rispetto alla parte prevalente del sistema bancario. Il vantaggio di prevedere una tale possibilità operativa risiede nell'utilizzare al meglio le doti di *relationship lending* dei confidi minori, tipicamente molto legati al proprio territorio e al relativo contesto economico-produttivo.

COVID-19: DEROGA ALLE PROSPETTIVE DI CONTINUITÀ AZIENDALE

Giovanna Greco

In data 3 giugno 2020 è stato pubblicato dall'Organismo Italiano di Contabilità il documento interpretativo n.6 introdotto dal d.l. n. 23/2020 dell'8 aprile 2020 – “*Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio*”, che chiarisce e analizza le novità relative alle prospettive della continuità aziendale introdotte agli artt. 6 e 7 del Decreto Liquidità, emanato in piena emergenza Covid-19. È doveroso evidenziare che il documento è entrato in vigore al momento della sua pubblicazione e lo resterà fino a quando la norma in esame sarà applicabile.

La continuità aziendale rappresenta un principio generale alla base della redazione del bilancio d'esercizio, ma costituisce anche uno degli indicatori da monitorare nell'ambito della procedura di allerta introdotta dalla riforma sulla crisi d'impresa. Con riferimento a quest'ultimo punto, lo slittamento dell'applicazione a settembre 2021 consente di traslarne la valutazione in un momento più tranquillo in cui si spera sia passata l'emergenza sanitaria da pandemia. Per quanto riguarda invece la valutazione della continuità aziendale nella redazione del bilancio, il problema risulta reale sia per l'esercizio 2019, sia per il 2020 a causa della forte contrattura dell'economia e dell'incertezza notevole sul futuro.

Ovviamente, il documento si applica alle imprese che redigono il bilancio secondo le disposizioni previste dall'art. 2423-bis c.c. e che adottano i principi contabili nazionali, non soltanto alle società tenute a redigere il bilancio consolidato.

Infatti, rimangono pertanto escluse dalla disposizione del decreto le società che adottano i principi contabili internazionali.

Nello specifico viene rilevato che la deroga prevista dalla norma si applica ai bilanci d'esercizio:

- chiusi e non approvati dall'organo assembleare in data anteriore al 23 febbraio 2020 (ad esempio i bilanci chiusi al 31 dicembre 2019);
- chiusi successivamente al 23 febbraio 2020 e prima del 31 dicembre 2020 (ad esempio i bilanci che chiudono al 30 giugno 2020);
- in corso al 31 dicembre 2020 (ad esempio i bilanci che chiudono al 31 dicembre 2020 oppure al 30 giugno 2021).

È evidente che la stessa deroga non si applica al contrario, ai bilanci approvati dall'organo assembleare entro la data del 23 febbraio 2020.

Dal punto di vista pratico, nei bilanci degli esercizi chiusi in data anteriore al 23 feb-

braio 2020 e non ancora approvati a tale data la società può redigere il bilancio secondo la prospettiva della continuità aziendale se alla data di chiusura dell'esercizio la stessa si trovava nelle condizioni previste in applicazione del paragrafo 21 oppure del paragrafo 22 dell'OIC 11. In questo caso, con riguardo ai valori a bilancio, possono essere revisionati tutti gli eventi connessi alla pandemia che sono inclusi tra quelli indicati nel par. 59 c) dell'OIC 29.

Ovviamente, non è invece possibile attivare la deroga per i bilanci approvati prima del 23 febbraio 2020.

Pertanto, nei bilanci degli esercizi chiusi in data successiva al 23 febbraio 2020 e prima del 31 dicembre 2020 e nei bilanci degli esercizi in corso al 31 dicembre 2020 la società può avvalersi della deroga se nell'ultimo bilancio approvato la valutazione delle voci è stata fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività in applicazione del paragrafo 21 oppure del paragrafo 22 dell'OIC 11. Non è invece possibile usufruire della deroga se nel precedente bilancio approvato la società abbia dichiarato di trovarsi nelle condizioni descritte dal paragrafo 23 oppure dal paragrafo 24 dell'OIC 11, salvo che ricorrendone i presupposti nel predisporre il bilancio dell'esercizio precedente la società si sia servita della facoltà di deroga prevista dall'art. 7 del d.l. n. 23/2020.

Nel caso in cui la società si avvalga della deroga, il bilancio è redatto applicando tutti i principi contabili in vigore ad eccezione dei paragrafi 23 e 24 dell'OIC 11 e del paragrafo 59 c) dell'OIC 29.

Di conseguenza i par. 23 e 24 dell'OIC 11 si applicano alla data di chiusura del bilancio per accertare se sussiste la continuità, ma non si applicano dopo tale data.

In pratica, per i bilanci con scadenza al 31 dicembre:

- il bilancio al 31 dicembre 2019, se chiuso prima del 23 febbraio 2020 ma approvati in data successiva, potrà essere redatto dalla società secondo la prospettiva della continuità aziendale se sono soddisfatte le condizioni di continuità aziendale di cui ai par. 21 e 22 dell'OIC 11, senza considerare gli eventuali fatti successivi a tale data;

- nella redazione del bilancio al 31 dicembre 2020 è possibile applicare la facoltà di deroga se il bilancio al 31 dicembre 2019, redatto con le modalità applicative stabilite dal par. 10 dell'interpretativo, soddisfa le condizioni di continuità aziendale di cui ai par. 21 e 22 dell'OIC 11.

Anche con altre precedenti pubblicazioni dell'OIC sul tema Covid-19, l'Organismo ha evidenziato come il bilancio deve garantire una concreta e corretta valenza informativa nei confronti dei terzi. Motivo per la quale è opportuno fornire, in nota integrativa e nella relazione sulla gestione, non solo informativa circa la scelta fatta dall'impresa di avvalersi della deroga della norma, ma anche un riepilogo riguardante la capacità dell'azienda, alla data di approvazione del bilancio, di continuare ad operare nel prossimo futuro.

In buona sostanza, le società che si avvalgono della deroga descritta devono darne informazione nella descrizione delle politiche contabili di cui al punto 1) dell'art. 2427 c.c.; devono descrivere nella nota integrativa:

- le **eventuali significative incertezze** in merito alla capacità di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedi-

bile arco temporale futuro relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio;

– gli eventuali **fattori di rischio**, le assunzioni effettuate e le incertezze identificate, nonché i **piani aziendali futuri** per far fronte a tali rischi ed incertezze;

– gli eventuali e prevedibili **effetti** che tali circostanze producono sulla situazione patrimoniale ed economica della società.

IL CONTRATTO DI MUTUO E DI FINANZIAMENTO RATEALE, IL PIANO DI AMMORTAMENTO ED IL REGIME DI INTERESSI: TRE REALTÀ IN PERENNE RICERCA DI TRASPARENZA

Antonio Tanza

Entro fine 2020, nonostante il terremoto finanziario creato dalla pandemia, sulla base dei deal annunciati si stimano 37 miliardi di euro lordi di transazioni NPL in aumento rispetto ai 32 miliardi di euro lordi transati nel 2019.

Di questi 37 miliardi, circa il 27% potrebbe essere scambiato sul mercato secondario (nel 2018 la percentuale si è attestata al 17%) mentre il 15% dei crediti deteriorati potrebbe essere deconsolidato tramite cartolarizzazioni che beneficiano della garanzia statale su NPL (Gacs).

La cartolarizzazione dei crediti deteriorati è un istituto noto in molti ordinamenti transnazionali, mentre nel nostro sistema la relativa disciplina è arrivata solo con la l. 30 aprile 1999, n. 130. La cartolarizzazione (*securitization*) dei crediti deteriorati è un'operazione finanziaria con la quale crediti pecuniari, anche futuri, sono ceduti ad una c.d. società veicolo (*Special Purpose Vehicle* o *SPV*) che ha per oggetto esclusivo il recupero di detti crediti e che emette, in relazione ad essi, titoli (*asset backed securities*) negoziabili sul mercato, anche *retail*.

Si tratta, come si vede, di particolari operazioni di cartolarizzazione che, all'occhio attento del legale, presentano indiscussi profili di indagine ed analisi in merito alle informazioni veicolate che riguardano il contatto con il debitore ma, soprattutto, tutto ciò che attiene al patrimonio dello stesso.

Elemento centrale di tale attività è, dunque, l'azione legale, finalizzata al recupero dei crediti; una certa ponderazione è imprescindibile non solo sotto il profilo delle possibilità e percentuali di recupero (al netto dei costi), ma anche in merito ai termini temporali necessari.

Di fronte ad una *potenza di fuoco* organizzata e messa a punto dal sistema creditizio ve n'è un'altra avversa ed altrettanto agguerrita: quella dei debitori che lottano per salvare i propri beni; in una non trascurabile (sotto il profilo numerico) casistica, si tratta di utenti e consumatori vittime di sofisticate prassi contrattuali non proprio trasparenti.

Il sistema creditizio, sotto l'apparente "innocenza" dell'esercizio del proprio diritto di recupero dei crediti, omette di ricordare che, sovente, si tratta di esposizioni debitorie rese tali a seguito di prassi negoziali, alquanto *discutibili*, utilizzate dal ceto bancario nel corso degli anni per la formulazione della contrattualistica negoziale.

Una valanga di costi non preventivabili, necessari per il recupero dei crediti, può determinare lo spostamento dell'appetibilità dell'investimento sul credito deteriorato ed il reale valore dello stesso.

Una di queste prassi *discutibili* è data dalla scarsa trasparenza che da sempre il ceto bancario ha utilizzato nella formulazione del contratto di mutuo.

Questa *storia* prende le mosse dalle aule, oramai chiuse, del Tribunale di Bari, sezione distaccata di Rutigliano, con la *pubblicatissima* sentenza 29 ottobre 2008, n. 113, che accogliendo la tesi difensiva dal sottoscritto prospettata nell'atto di citazione, notificato nel lontano 17 aprile 2001, statuiva, tra l'altro che: *“il tasso nominale di interesse pattuito letteralmente nel contratto di mutuo non si può assolutamente maggiorare nel piano di ammortamento, né si può mascherare tale artificioso incremento nel piano di ammortamento, poiché il calcolo dell'interesse nel piano di ammortamento deve essere trasparente ed eseguito secondo regole matematiche dell'interesse semplice (...) ‘Dalle risultanze processuali si è riscontrato, infatti, un mancato rispetto del sistema civilistico nel calcolo del tasso ex art. 1283 c.c.’ (...) ‘Il metodo comporta una restituzione degli interessi con una proporzione più elevata rispetto all'ammortamento uniforme, in quanto contiene una formula di matematica attuariale, giusta la quale l'interesse applicato è quello composto e non già quello semplice’. (...) Nel caso de quo, il tasso nominale formalizzato nel contratto di mutuo non è stato rispettato, considerato che dallo svolgimento del piano di ammortamento, come chiarito dalla complessa perizia d'ufficio, la percentuale del tasso aumentava tangibilmente (dal 13% al 14,276%)”*¹.

È stato il primo provvedimento in Italia a *scoprire*, il poco trasparente *modus operandi* del ceto bancario nella predisposizione dei contratti di mutuo e rateali in genere²: la banca nel predisporre il contratto di mutuo solitamente si limita ad indicare il tasso nominale annuo (TAN), la data di inizio del finanziamento e la sua scadenza, la periodicità delle rate, allegando il relativo sviluppo del piano di ammortamento, senza però fornire alcuna indicazione economica riguardo al piano di ammortamento prescelto, e soprattutto al regime degli interessi adottato (semplice o composto), nonché alle modalità di calcolo adottate³.

¹ Cfr. R. Cappuccio, *Sulla presunta illegittimità del piano di ammortamento francese nei mutui ipotecari, commento alla sentenza n. 113 del 29 ottobre 2008 del Tribunale di Bari, sezione distaccata di Rutigliano*, 29 gennaio 2009 in Altalex.

² Dopo il Tribunale di Bari, sede di Rutigliano, sentenza 29 ottobre 2008, n. 113, Giudice P. Mastronardi è seguito il Tribunale di Larino, sede di Termoli, sentenza 3 maggio 2012, n. 119, Giudice B. Previati; Corte di giustizia dell'Unione europea del 19 luglio 2012 (sentenza caso C-591/10); Giudice di Pace di Teramo, sentenza 16 febbraio 2016, n. 135, Giudice Speranza; Tribunale di Campobasso, sentenza 22 febbraio 2016, n. 108, Giudice M. Cardona Albini e sentenza 26 marzo 2020, n. 158, Giudice M. Dentale; Corte di Appello di Campobasso, sentenza 5 dicembre 2019, n. 412, Presidente Collegio M.G. D'Errico; Tribunale di Napoli, sentenza 13 febbraio 2018, n. 1558, Giudice E. Pastore Alinante; Tribunale di Lucca, sentenza 10 maggio 2018, n. 763, Giudice C. Mancini; Tribunale di Massa, sentenza 13 novembre 2018, n. 797; sentenza 7 febbraio 2019, n. 160 e sentenza 4 febbraio 2020, n. 90, tutte a firma del Giudice D. Provenzano; Tribunale di Cremona, sentenza 11 marzo 2019, n. 177; sentenza 18 marzo 2019, n. 201; sentenza 27 marzo 2019, n. 221; sentenza 28 marzo 2019, n. 227 e sentenza 23 aprile 2019, n. 287, tutte a firma del Giudice N. Corini; Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 marzo 2020 (sentenza caso C-125/18).

³ G. Aretusi, C. Mario Germinara, L. Germinara, C. Mari, M. Nerbi, D. Provenzano, M. Sirgiovanni, B. Spagna *Anatocismo ed usura nei mutui – profili civilistici: alla ricerca di un linguaggio comune tra matematica e diritto*” 30 giugno 2020 in *ilcaso.it*.

La prassi bancaria nella redazione del piano di ammortamento e del regime adottato crea uno *scollamento o una asimmetria* tra la pattuizione contrattuale ed il resto del contratto.

Le consolidate prospettazioni giurisprudenziali ed il lungo percorso interpretativo dei giudici di merito e di legittimità, però, hanno “rivestito” la buona fede, di civilistica memoria, di un ruolo molto di significativo e fondamentale nelle dinamiche contrattuali: essa, infatti, impone alle parti non solo di comportarsi secondo lealtà e correttezza ma e le impegna al compimento di azioni e/o atti necessari alla salvaguardia dell’interesse-utilità della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico: “*il principio di correttezza e buona fede deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire, in modo da preservare gli interessi dell’altra parte, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*” (Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056; conf. Cass. n. 23033/2011; Cass. n. 22819/2010; Cass. n. 1618/2009; Cass. n. 10669/2008; Cass. n. 13345/2006; Cass. n. 14605/2004).

Gli artt. 1175 c.c. (comportamento secondo correttezza), 1337 c.c. (trattative e responsabilità) e 1375 c.c. (esecuzione di buona fede), il TUB (art. 117) e le Disposizioni di vigilanza di Bankitalia (cfr. Provvedimento del 29 luglio 2009 ss. del 9 febbraio 2011) impongono alle banche, nello svolgimento della propria attività professionale, il rispetto di obblighi di correttezza e buona fede in tutte le fasi del rapporto banca-cliente.

La SC, 1^a Sez. Civile, con l’ordinanza 27 dicembre 2019, n. 34535 ha sottolineato come: “*Il dovere di correttezza e buona fede in ambito bancario implica l’obbligo di fornire informazioni esatte e di non addebitare poste indebite, dà luogo a responsabilità contrattuale, anche laddove vengano realizzate condotte non solidaristiche, mentre il principio del neminem laedere possiede valenza residuale e non opera allorché il fatto-fonte coincide con l’inadempimento del rapporto obbligatorio. Il dovere di correttezza ex art. 1175 opera in ogni forma di responsabilità contrattuale, specificandosi nella regola di cui all’art. 1375 cod. civ., e in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno o obbligo di solidarietà*”.

Nel corso delle trattative deve rispettarsi il canone della *procedural justice*, in particolare modo nei rapporti caratterizzati da una genetica asimmetria delle parti interessate (banca-cliente) e, detta asimmetria, non deve concretizzarsi nella formazione di un prodotto *ingiusto* come logica (ma distorta e ingiusta) conseguenza dell’abuso della condizione di maggiore forza della banca rispetto alla condizione di debolezza del cliente, dettata dal bisogno del denaro chiesto in mutuo. E tanto, anche in omaggio alla *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* (CEDU) che dedica un intero capo (Capo IV, artt. 27-38) alla “*solidarietà*”; nonché ai *Principi del diritto europeo dei contratti*⁴ (segnatamente art. 1:102⁵), che danno sfogo ad una prepotente contaminazione tra regole di comportamento e

⁴ La Commissione Europea ha adottato con Comunicazione 19 maggio 2003 68 def. un piano di azione per la realizzare una disciplina europea del contratto più coerente. Nasce così un “*Quadro comune di riferimento*” (CFR Common Frame of Reference) di termini, nozioni e principi: i *Principi del diritto europeo dei contratti*.

⁵ Art. 1:102. *Autonomia contrattuale*

(1) *Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e*

regole di validità, elevando buona fede e correttezza alla soglia di norme imperative capaci di consentire un sindacato intrinseco e penetrante sul cuore dell'autonoma negoziale, sfatando il mito della sua insindacabilità.

Con la responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.)⁶ l'ordinamento tutela l'interesse a che la controparte, con cui sta trattando, si comporti correttamente, in modo da non generare un danno ingiusto (*Chiné, Zoppini*, Manuale di diritto civile, Roma, 2009, 1425).

In particolare, tale *raegula juris* è individuabile nell'art. 1338 c.c. (Conoscenza delle cause di invalidità), secondo cui la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra, è tenuta a risarcire il danno da questa subito per avere, senza sua colpa, confidato nella validità del contratto.

Inoltre, al di là dell'ipotesi codificata del dolo incidente (art. 1440 c.c.⁷), la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido è stata ammessa in generale con riferimento ai c.d. "*vizi incompleti della volontà*" che consistono, in particolare, in anomalie inficianti la formazione del consenso, pur non integrando alcuna delle cause tipiche di annullabilità o rescindibilità del contratto previste dal legislatore (teoria elaborata da F. Mantovani, "*Vizi incompleti*" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995).

Al riguardo, la Corte di legittimità ha affermato che la regola di comportamento assume rilievo "*non solo nel caso della rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace, ma anche quando il contratto posto in essere sia valido e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto*" (Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024).

Ma, indurre in errore il cliente facendogli concludere un contratto oneroso ad un costo sensibilmente sfavorevole importa, ai sensi dell'art. 1427 c.c., l'annullabilità del negozio che si giustifica con il fatto che la sua volontà (*errantis nulla voluntas est*, affermavano i giuristi latini: *la volontà di chi commette un errore è invalida*) non si è formata correttamente, ma in modo viziato.

Proprio sotto il profilo delle informazioni, è statuito e affermato uno dei profili di maggiore pregnanza nelle trattative precontrattuali: l'assolvimento degli obblighi informativi, infatti, è uno dei caratteri fondamentali nelle trattative contrattuali in generale e, per ciò che interessa in questa sede, nel settore bancario, sono anche sanciti in modo esplicito (ad esempio, in tema di servizi bancari e finanziari⁸): secondo l'opinione prevalente, il con-

della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi.

(2) Le parti possono escludere l'applicazione di una qualsiasi norma contenuta nei Principi o derogarvi o modificarne gli effetti, salvo che non sia altrimenti previsto nei Principi.

⁶ La violazione del dovere di buone fede genera responsabilità precontrattuale. Le condotte che possono integrarla sono: abbandonare le trattative senza giusta causa, quando queste siano giunte ad un punto tale da far confidare la controparte sulla conclusione del contratto; non rendere note alla controparte cause di invalidità del contratto conosciute (1338 c.c.); indurre la controparte a stipulare un contratto con inganno (1427 c.c.); indurre la controparte a concludere un contratto pregiudizievole (1440 c.c.). In tale ultima ipotesi, a differenza delle altre, il contratto è valido ma la parte subisce un danno per le condizioni svantaggiose della stipula.

⁷ Il dolo incidente non influisce sulla scelta di addivenire o meno alla stipula, pertanto il contratto non è annullabile; esso genera solo uno squilibrio delle condizioni contrattuali che deve essere eliminato mediante risarcimento del relativo danno.

⁸ La Banca d'Italia, ha emanato disposizioni su "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finan-*

traente che ometta di fornire alla controparte le informazioni dovute viola una regola di correttezza ed è responsabile ai sensi dell'art. 1337 c.c. per i danni cagionati, ferma la validità del contratto concluso.

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale della banca il danno risarcibile deve essere commisurato al "*minor vantaggio o maggior aggravio economico*" determinato dal comportamento tenuto dalla banca in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto (*ex multis*: Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795 e, in tema di dolo incidente, Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 e Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273). In queste ipotesi, occorre eliminare le conseguenze deteriori del comportamento scorretto della banca, riconoscendo al cliente il c.d. *interesse differenziale*, ossia il ripristino della situazione economica che avrebbe avuto in assenza della violazione del precetto di buona fede (Chiné, Zoppini, Manuale di diritto civile, Roma, 2009, 1441).

Ma, normalmente, la responsabilità precontrattuale della banca non si "arresta" solo nella fase delle trattative ma "dilaga" nella successiva fase della responsabilità nella conclusione del contratto, ossia nel momento della sua esecuzione.

La buona fede oggettiva, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, trova il suo fondamento nel principio di solidarietà, contenuto nell'art. 1175 c.c. e costituisce espressione dello stesso valore costituzionale di cui all'art. 2 Cost. (Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 115; nonché Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056).

La giurisprudenza più recente, al riguardo, ha affermato che la violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza rappresenta l'inosservanza di un generale principio di solidarietà sociale che, in ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto, sia alla sua formazione e interpretazione; tutto ciò a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge.

La Corte di cassazione è ormai orientata nel senso che la violazione dei predetti obblighi di correttezza e buona fede oggettiva, costituisce di per sé inadempimento e genera responsabilità contrattuale, senza che sia necessario il proposito doloso di recare pregiudizio alla controparte (Cass. civ., sez. I, ordinanza 27 dicembre 2019, n. 34535; Cass. civ., sez. II, 29 agosto 2011, n. 17716).

Si è riconosciuto, al principio di buona fede contrattuale il valore di un vero e proprio dovere giuridico – espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione – la cui violazione costituisce, già di per sé, inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato (cfr. Cass. civ., sez. II, 29 agosto 2011, n.

ziari. *Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*" con il Provvedimento del 9 febbraio 2011 che integra il Provvedimento del 29 luglio 2009. Le disposizioni di trasparenza si applicano all'acquisto di prodotti bancari e finanziari tradizionali (ad es. conti correnti e altre forme di deposito, finanziamenti, strumenti di pagamento) e in ogni fase del rapporto tra intermediario e cliente: la fase precontrattuale, quella cioè che precede la sottoscrizione del contratto (documento sui diritti del cliente e foglio informativo, diffusione di indicatori sintetici di costo, prevenzione del contenzioso attraverso presidi organizzativi), la fase di stipula del contratto (documento di sintesi, forma dei contratti) e quella post-contrattuale, ossia la relazione tra intermediari e clienti (documentazione periodica, gestione del contenzioso).

17716 cit.; Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2008, n. 21250; Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23273).

D'altra parte, è la stessa Corte di legittimità a precisare che il contenuto della regola della buona fede deve in ogni caso essere adattato al caso concreto; ciò in quanto essa ha la funzione di integrare, di volta in volta, il contenuto dell'obbligazione del debitore costituendo un limite all'esercizio delle corrispondenti pretese (Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22819).

E, in questo senso, l'impegno solidaristico trova il *“suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte”* ma, pur sempre, *“nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”* (Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14605).

Viene da sé che l'eventuale o il concreto aggravio dei costi nella conclusione di un contratto di mutuo è un elemento fondamentale che ha importanti ripercussioni nel processo soggettivo della determinazione a contrarre.

Ciò premesso, le conseguenze in ordine alla violazione del principio della buona fede in senso oggettivo, di cui all'art. 1375 c.c., sono del tutto differenti da quelle concernenti la responsabilità precontrattuale.

Invero, quanto alla natura giuridica della responsabilità ex art. 1375 c.c., è oramai principio consolidato che si tratti di una responsabilità di tipo contrattuale (v. in dottrina: Caringella, Buffoni, Manuale di diritto civile, Roma, 2009, 758 ss.; in giurisprudenza Cass. civ., sez. I, ordinanza 27 dicembre 2019, n. 34535)⁹.

D'altra parte, essa *“trova comunque la sua base sui diritti e doveri che il contratto – la cui interpretazione ed esecuzione deve rispettare, tra l'altro, appunto, il principio della buona fede – e la legge attribuiscono ai contraenti in quanto tali”* (Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2002, n. 14726).

⁹ Anche la giurisprudenza di merito ha avuto occasione di ribadire che, mentre la violazione degli obblighi che precedono ovvero accompagnano la stipulazione del contratto (d'intermediazione) *“(ove non si traduca in situazioni tali da determinarne l'annullabilità – mai comunque la nullità – per vizi del consenso) è destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto, in quanto, la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido od inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”*, la violazione dei doveri (dell'intermediario) riguardanti, invece, la fase successiva alla stipulazione del contratto (d'intermediazione) *“può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale, giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili, e, sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità di cui all'art. 1455 c.c., portare anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria”* (così, Trib. Bari, sez. IV, 28 giugno 2011, n. 21429; negli stessi termini, ancora, Trib. Bari, sez. IV, 9 novembre 2010, n. 3326).

Pertanto, i rimedi esperibili, a fronte della violazione degli obblighi di tenere comportamenti conformi al principio della buona fede, trovano il loro fondamento nella considerazione che l'obbligo in questione è un obbligo contrattuale, tale, quindi, da innescare i normali rimedi offerti dall'ordinamento (di cui all'art. 1455 c.c. *Importanza dell'inadempimento*¹⁰, nonché all'art. 1460 c.c. *Eccezione d'inadempimento*¹¹ e principalmente all'art. 1427 c.c. *annullabilità del contratto per errore*) e rivolti a contrastare l'inadempimento.

Quanto al danno risarcibile, esso va risarcito nella misura del c.d. "*interesse positivo*", ovvero nella misura dei vantaggi economici che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto secondo buona fede. Tuttavia, la gravità dell'inadempimento con il conseguente danno può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale, giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili, e, sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti.

Ne consegue che la loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità di cui all'art. 1455 c.c., portare anche alla risoluzione del contratto.

In ogni caso, la mera presenza del suddetto "*prezzo occulto*" nel contratto di mutuo con piano di ammortamento c.d. *alla francese* può rilevare, altresì, quale indice rilevatore della sussistenza di un vizio del consenso nel contratto medesimo, posto che le parti, ove avessero avuto contezza del suddetto prezzo occulto, non avrebbero concluso quel contratto alle stesse condizioni, con ogni relativa conseguenza, anche ai sensi dell'art. 1427 c.c.¹².

In altri termini, la divergenza tra il "*prezzo*" del mutuo con applicazione degli interessi capitalizzati con l'interesse semplice, rispetto al "*prezzo*" ottenibile in capitalizzazione composta, induce a ritenere che sussiste altresì un c.d. "*effetto sorpresa*" nel cliente, rilevante per l'applicazione della struttura rimediale di cui all'art. 1195 c.c. (Quietanza con imputazione) al fine di ottenere la diversa imputazione delle rate del piano.

Inoltre, sussiste l'assoluta incertezza del tasso di interesse di fatto applicato, in palese violazione dell'art. 1284 c.c., atteso che il costo occulto e/o latente di fatto applicato al mutuatario, quale effetto del piano di ammortamento, non era stato concordato.

È appena il caso di aggiungere, al riguardo, che a norma dell'art. 1284, comma 3, c.c. gli "*interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti*

¹⁰ "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" Dalla formulazione della norma si deduce che la gravità dell'inadempimento si deve determinare considerando la posizione di entrambe le parti, quindi sia l'inadempimento della banca, professionista del credito, che l'interesse all'adempimento del cliente che ha interesse a contrarre al minor prezzo possibile. Per quanto attiene all'onere probatorio che grava sulla parte che agisce in giudizio, la giurisprudenza ha chiarito che questa deve provare il titolo costitutivo del rapporto mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento, gravando sulla controparte l'onere della prova contraria (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

È illegittimo il comportamento della Banca che violi la disposizione di cui all'art. 1176 c.c. risultando così inadempiente al canone generale di buona fede e correttezza. Trib. Pisa, 5 dicembre 2019.

¹¹ Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede [1375].

¹² ERRORE, VIOLENZA e DOLO, "Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto [1441 ss.] secondo le disposizioni seguenti".

ti sono dovuti nella misura legale”, con l’ovvia conseguenza che, essendo nullo il tasso di interesse pattuito, perché non corrispondente a quello reale ed effettivo, sarebbero dovuti interessi nella misura legale, salvo il rilievo assorbente della eventuale natura usuraria degli interessi applicati.

Nella fase delle trattative e della stipulazione del contratto la banca deve informare il cliente se le condizioni dichiarate in contratto subiscono delle modifiche a lui sfavorevoli a seguito del piano di ammortamento in concreto adottato, o a seguito del regime degli interessi.

L’attenzione del cliente è attratta, al momento della lettura dell’atto da parte del funzionario della banca o del notaio, dalle seguenti clausole:

- a) la somma erogata al netto delle spese ed oneri;
- b) la durata del contratto ovvero il tempo della restituzione;
- c) il *tantumdem* ovvero il prezzo del mutuo, espresso nel tasso di interesse (*ex art. 1284 c.c.*);
- d) la cadenza delle rate ed il loro importo (fisso o variabile a seconda della tipologia del mutuo).

Solitamente, nulla si legge in contratto relativamente all’incidenza del tipo di piano di ammortamento prescelto, né del regime di interessi che viene adottato.

Il piano di ammortamento è una tabella che descrive la dinamica di un’operazione di scambio, in base ad un tasso stabilito e alla struttura della rata definendo, ad ogni scadenza, la quota capitale e interessi da imputare sulla singola rata. Infatti, il piano di ammortamento può essere costruito solo dopo aver calcolato il valore della rata, per cui l’operazione di rimborso è in equilibrio in relazione al rapporto dare avere tra le parti. Ne consegue, necessariamente, che per definire il piano di ammortamento debba essere stabilito, oltre al tasso di interesse, il regime di interessi da utilizzare per l’imposizione del principio di equità finanziaria da cui scaturisce il valore della rata (Cfr. Trib. Cremona, sent. 28 marzo 2019 n. 227).

Nella prassi i piani di ammortamento vengono allegati ai contratti di mutuo (o finanziamento) con lo scopo di consentire ai mutuatari di avere evidenza delle singole rate dovute e della composizione delle stesse di quote di capitale e di interessi.

Esistono svariate tipologie di piani di ammortamento, ad esempio:

- a) quello c.d. “*alla francese*” dove la quota di interessi è più alta nel primo periodo e decresce nel corso dell’ammortamento, mentre, al contrario, la quota di capitale è più bassa all’inizio e cresce progressivamente;
- b) quello c.d. “*all’italiana*” caratterizzato dall’avere una quota di capitale costante e una quota di interessi decrescente¹³;
- c) quello c.d. “*alla tedesca*” in realtà molto simile al piano francese, poiché prevede anch’esso il pagamento di una rata costante, ma con la caratteristica del pagamento degli interessi in via anticipata, cioè all’inizio del periodo in cui matureranno;

¹³ Nel piano “*all’italiana*” con quota di capitale costante e quota interessi si ottiene la determinazione di una rata decrescente nel tempo e, dunque, una spesa di interessi più contenuta rispetto ad un piano “*alla francese*” a rata costante a causa della maggiore rapidità con cui viene abbattuto il capitale.

d) quello c.d. “*all’americana*” detto anche a due tassi, in quanto presuppone due operazioni, una di finanziamento e l’altra di investimento¹⁴.

Quindi, la prassi conosce molteplici, forse infiniti, metodi di composizione delle rate e di imputazione delle stesse a capitale ed interessi, si pensi, ad esempio:

a) ai finanziamenti c.d. “*bullet*”¹⁵, caratterizzati dalla restituzione del capitale in una soluzione unica, quindi “*in un colpo solo*” con la corresponsione del solo interesse durante tutto il periodo di ammortamento;

b) ai finanziamenti c.d. “*zero coupon bond*” che sono, invece, delle obbligazioni prive di cedola (detta per l’appunto *coupon*) che non prevedono, quindi, il pagamento di un interesse periodico, ma, la somma rimborsata alla scadenza del titolo è superiore rispetto al valore nominale dello stesso, perché incorpora il costo dell’operazione¹⁶.

In tutti questi modelli è applicabile:

a) sia il regime dell’interesse composto, quando alla maturazione degli interessi il montante verrà riutilizzato come capitale iniziale per il periodo successivo, ovvero, quando l’interesse produce interesse ed in detto regime gli interessi non sono proporzionali al tempo;

b) sia il regime dell’interesse semplice, quando gli interessi, maturati da un dato capitale nel periodo di tempo considerato, non vengono aggiunti al capitale che li ha prodotti (capitalizzazione) e, quindi, non maturano a loro volta interessi, ai sensi dell’art. 821 c.c. ed in detto regime gli interessi non sono proporzionali al tempo;

L’assunto generale è che in tutti i piani di ammortamento, la composizione delle rate ed il regime adottato sono leciti (salvo le limitazioni, ad esempio, di cui all’art. 1283 c.c. ove ne ricorrano i requisiti), purché vengano chiaramente esplicitati espressamente nel contratto letterale.

Quindi, come si può bene evidenziare, la questione attiene alla trasparenza del contratto e non è una questione di illiceità *tout court* collegata ad un piano e/o regime.

Il problema è, che molto raramente, un contratto di finanziamento riporta espressamen-

¹⁴ Nel piano di rimborso “*all’americana*” la rata viene scissa in due parti. La prima destinata a sostenere il costo degli interessi del prestito, il cui debito rimane invariato per tutto il tempo. L’altra indirizzata ad un piano di accumulo retribuito ad un tasso differente, di solito inferiore. L’obiettivo è che al termine dell’operazione le somme capitalizzate nell’ambito dell’investimento, denominate “fondo di ammortamento”, diano origine ad un importo pari al debito contratto, che potrà così essere estinto.

¹⁵ *Bullet*, parola inglese, significa letteralmente “*proiettile*”. Le modalità di rimborso di questo tipo di prestito o finanziamento, prevedono un piano di ammortamento con la corresponsione del solo interesse durante tutto il periodo di ammortamento, mentre il capitale erogato inizialmente viene restituito in un’unica soluzione alla scadenza. Un prestito *bullet* offre alla banca un maggior rendimento in quanto la quota capitale del prestito non si riduce progressivamente nel corso del tempo, di conseguenza gli interessi pagati dal cliente vengono sempre calcolati sull’intero capitale iniziale. Infatti, la struttura del finanziamento *bullet* prevede che il cliente paghi unicamente le rate degli interessi, ma allo scadere del piano di ammortamento, che in genere è di breve o al massimo medio termine, oppure anche prima se espressamente previsto dal contratto, deve restituire l’intero importo concesso come finanziamento, oppure rinegoziare un allungamento del prestito stesso.

¹⁶ Il più noto e diffuso titolo *zero coupon* italiano è il Buono Ordinario del Tesoro (BOT), cioè un titolo senza interessi pagati attraverso una cedola, di durata inferiore o pari a 12 mesi. Solitamente queste obbligazioni sono di breve durata, inferiore ad un anno, ma ne esistono anche di molto lunghe.

te l'indicazione di come il metodo di ammortamento utilizzato modifichi sensibilmente il prezzo finale del finanziamento a parità di tasso nominale TAN.

Il dovere di correttezza e buona fede in ambito bancario implica l'obbligo di fornire informazioni esatte e di non addebitare poste indebite dando luogo ad una responsabilità contrattuale (*ex multis*: SC, sez. I civ., ordinanza 27 dicembre 2019, n. 34535).

I contratti di mutuo originari celano, al di là del piano di ammortamento prescelto, un ulteriore costo occulto: quello della capitalizzazione composta della rata.

La banca, nella determinazione delle rate e nella distribuzione degli interessi, utilizza il più diffuso tra i piani di ammortamento per i mutui: quello c.d. "*alla francese*", cioè a rata costante, ma con regime composto (quello a regime semplice sarebbe di gran lunga più economico per il cliente).

Nel piano di ammortamento, allegato al contratto, la banca ha eseguito, senza notificare il cliente, il calcolo degli interessi corrispettivi applicando la nota formula attuariale della capitalizzazione dell'interesse composto, al posto di quella dell'interesse semplice.

Detto calcolo determina in concreto un aumento degli interessi e, dunque, della rata, con conseguente applicazione di tassi di interesse nel piano di ammortamento maggiori a quelli preliminarmente pattuiti nel contratto di mutuo.

Nelle consulenze econometriche effettuate su detti piani di ammortamento, i consulenti riscontrano una discrasia tra la parte letterale del contratto, rispettosa della normativa civilistica della maturazione dei frutti civili (cfr. art. 821, comma 3, c.c.; 1284 c.c. e 1283 c.c.), e la parte relativa al piano di ammortamento, dove è prevista la restituzione degli interessi con una proporzione più elevata di quanto contrattualmente dovuti, in quanto contiene una formula di matematica attuariale, giusta la quale l'interesse applicato è quello composto e già non quello semplice (previsto dal nostro codice civile all'art. 821, comma 3, c.c.).

In dottrina e giurisprudenza, si è fatta una notevole confusione in materia: infatti, ciò che è illegittimo, è sempre l'assoluta opacità con cui viene sollecitato e *venduto* dalla banca un prodotto che cela dei costi occulti, sia nella fase della scelta del piano di ammortamento più oneroso per la clientela¹⁷, quanto la preventiva previsione (direttamente inserita occultamente nel piano di ammortamento alla francese) del pagamento di interessi corrispettivi capitalizzati, anche al di fuori dei parametri di cui all'art. 1283 c.c.

La Cassazione ha dettato i principi fondamentali in tema di esatta determinazione degli interessi e loro maturazione:

"Come è stato ricordato da Cass. n. 2374 del 1999: Le finalità della norma sono state identificate, da una parte, nella esigenza di prevenire il pericolo di fenomeni usurari e, dall'altra, nell'intento di consentire al debitore di rendersi conto del rischio dei maggiori costi che comporta il protrarsi dell'inadempimento (onere della domanda giudiziale) e, comunque, di calcolare, al momento di sottoscrivere l'apposita convenzione, l'esatto ammontare del suo debito. Richiedendo che l'apposita convenzione sia successiva alla scadenza degli interessi, il legislatore mira anche ad evitare che l'accettazione della clausola

¹⁷ Si è infatti discusso se sia in radice ammissibile nell'ordinamento italiano l'ammortamento c.d. *alla francese*, dacché il pagamento del capitale prima e degli interessi dopo (regola dell'interesse semplice o "*ammortamento all'italiana*") contro regola dell'interesse composto o "*ammortamento alla francese*") infatti proprio nella modalità di calcolo finanziario l'ammortamento alla francese prevede che il tasso di interesse "*T*" sia elevato al tempo "*T*" e questo per la legge italiana è vietato.

anatocistica possa essere utilizzata come condizione che il debitore deve necessariamente accettare per potere accedere al credito. Finalità, va anche detta, che lungi dall'apparire anacronistiche, per quanto riguarda gli intenti antiusurai, sono di grandissima attualità, perché la lotta all'usura ha trovato in tempi recenti nuove motivazioni e nuovi impulsi e ha portato all'approvazione della legge 7 marzo 1996, n. 108, che ha radicalmente innovato la disciplina preesistente, rendendo più agevole l'applicazione delle sanzioni penali e civili (con la modifica del secondo comma dell'art. 1815 cod. civ.), anche con l'introduzione di un meccanismo semplificato di accertamento della natura usuraria degli interessi, consistente nel mero superamento obbiettivo di un tasso-soglia determinato dal Ministro del tesoro per ogni trimestre. Ora, pur rimanendo nei limiti del tasso soglia, le conseguenze economiche sono diverse a seconda che sulla somma capitale si applichino gli interessi semplici o quelli composti. È stato, infatti osservato che, una somma di denaro concessa a mutuo al tasso annuo del cinque per cento si raddoppia in venti anni, mentre con la capitalizzazione degli interessi la stessa somma si raddoppia in circa quattordici anni" (cfr. Cass. civ. n. 2374/1999).

Detti principi sono stati fatti propri anche dalla Corte di legittimità con la sentenza n. 602 dell'11 gennaio 2013 (Relat. Cons. Massimo Dogliotti, Pres. Fioretti) che conferma l'illegittimità del piano di ammortamento contenente la previsione di fatto della restituzione degli interessi sul capitale maggiorati dalla capitalizzazione composta:

"Quanto al primo motivo del ricorso principale, va precisato che la Corte di Appello esclude, nella specie, l'esistenza di anatocismo: non vi sarebbero illegittime forme di capitalizzazione degli interessi, trattandosi di contratto di finanziamento, nel quale la restituzione di singole rate di mutuo costituirebbe l'adempimento di un'unica obbligazione, determinata fin dall'inizio sia nel capitale che negli interessi, secondo il piano di ammortamento contrattualmente stabilito. L'argomentazione non ha pregio: a nulla rileva l'eventuale "ammortamento" comprendente capitale ed interessi. In qualsiasi contratto di mutuo o finanziamento, è sempre possibile distinguere capitale ed interessi corrispettivi. Il divieto di produzione di interessi su interessi è fissato dall'art. 1283 c.c., ai sensi del quale è ammesso soltanto dal giorno della domanda giudiziale o per l'effetto di convenzione posteriore alla scadenza degli interessi stessi (sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi) salvo usi contrari (ma dovrà trattarsi di usi normativi, e non negoziali o interpretativi). Il motivo è dunque fondato e va accolto".

La banca, quindi, quando sceglie il piano di ammortamento alla francese, da un lato predilige il piano di ammortamento più caro ai danni dell'utente (*ergo* più vantaggioso per sé), dall'altro applica la formula attuariale della capitalizzazione composta al piano di ammortamento, non rispettando sia i dettami sull'obbligo della buona fede e correttezza dell'informazione, che violando i principi fondamentali posti dall'art. 1284, comma 3, c.c., in quanto il piano di ammortamento costituisce parte integrante del contratto di mutuo bancario e non si può qualificare come un elemento esterno al rapporto contrattuale (cfr. A. Maccarone, in *Contratti*, 2009, 221, *Capitalizzazione trimestrale nei contratti di mutuo*).

Gli artt. 1283 c.c., 1284, comma 3, c.c., e l'art. 1815, comma 2, c.c., pongono, dunque, dei limiti inderogabili alla libera determinazione convenzionale degli interessi.

Si prevede, infatti, che gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale (cfr. Cass., 20 ottobre 2003, n. 15643, in *Contratti*, 2004, 593).

“Affinché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell’art. 1284 terzo comma c.c., che è norma imperativa, deve avere forma scritta ed un contenuto assolutamente univoco in ordine alla puntuale specificazione del tasso di interesse” (Cass. civ. n. 1227/2010).

Da quanto esaminato, risulta corretta l’interpretazione della giurisprudenza di merito citata, in quanto volta a tutelare il contraente debole (la Corte di Cassazione, sent. 11 dicembre 1974, n. 4208, ha considerato che *“il legislatore, in considerazione dello sviluppo economico, non ha voluto porre limiti all’economia privata in ordine all’ammontare degli interessi, ma ne ha solo condizionato la pattuizione alla esigenza che il relativo importo, se eccedente il tasso legale, risulti da atto scritto: ciò non solo o non tanto come remora alla richiesta di interessi usurari, ma soprattutto per rendere certa e più seriamente impegnativa l’obbligazione del debitore, spesso assillato dal bisogno di denaro e più incline a concessione onerose per ottenerlo”*), non certamente la banca, verso il rischio dell’introduzione nel contratto di mutuo bancario di interessi ultralegali indeterminati e, non di rado, usurari.

Il *“piano di ammortamento”* non va assolutamente confuso con il *“documento di sintesi”*, (previsto dalla disciplina sulla c.d. *“trasparenza bancaria”* e contenente le principali condizioni economiche del finanziamento) posto che lo scopo del piano di ammortamento è proprio quello di far conoscere la composizione delle singole rate, effetto non conseguito dal documento di sintesi.

Analizzando un piano di ammortamento redatto secondo il metodo alla *“francese”*, con il regime della capitalizzazione composta, si osserva che, una volta determinato il c.d. *“monte complessivo interessi”*, tali interessi vengono sommati al capitale e ripartiti nelle singole rate di rimborso del prestito (comprehensive di *capitale* ed *interessi*) per essere *“spalmati”* per tutto il tempo di durata del rimborso del finanziamento.

In realtà, il c.d. *monte complessivo interessi* è soltanto *“apparente”* infatti, in verità, gli interessi non sono calcolati solo sul capitale residuo, ma in applicazione dell’algoritmo proprio della capitalizzazione composta. Il *“capitale residuo”* è di per sé stesso impregnato della *“quota interessi”* (in altre parole non si distingue tra capitale ed interessi, ma si tiene conto del residuo dare) che sono stati via via già pagati con il pagamento delle singole rate in cui si articola il piano.

In pratica, è come se ad ogni scadenza si estinguesse il mutuo e poi si ricominciasse da capo.

In altri termini, facendo un esempio di insiemistica (e/o di algebra) di base e, pertanto, ipotizzando che l’insieme costituito dal *“capitale”* si sommi all’insieme costituito dal c.d. *“monte complessivo interessi”* (calcolato in regime di capitalizzazione composta) e poi il risultato venga suddiviso per la durata del finanziamento in base al numero delle singole rate del piano, risulta evidente che la *“rata costante”* (cui vengono imputati *“capitale”* ed *“interessi”*), mediante il quale il finanziamento viene rimborsato (sulla base del piano di ammortamento), sia impregnata degli interessi capitalizzati, che sono stati rimborsati con il pagamento delle rate precedenti, cioè di ogni singola rata del piano.

In particolare, il *“capitale”* risulta frazionato in tante unità tali da supportare il ristoro rata per rata degli *“interessi capitalizzati in regime composto”* e, ovviamente, del capitale (rata = capitale + interessi) decurtando, pertanto, dal capitale residuo la sola quota di *“capitale rimborsata”*, e non la quota di *“interessi”*; è evidente che gli interessi (calcolati in

regime di capitalizzazione composta) pagati con ogni singola rata, proprio per effetto dell'algoritmo della capitalizzazione composta, vengono ad essere incorporati anche nel capitale residuo della rata successiva e così via, rata per rata.

A differenza del regime della capitalizzazione semplice, il quale prevede che l'interesse sia sempre direttamente proporzionale al capitale iniziale e all'ampiezza dell'intervallo di tempo, in conformità alle prescrizioni dell'art. 821, comma 3, c.c.¹⁸, il regime di capitalizzazione composta si caratterizza per il fatto che, al termine di ogni periodo di contabilizzazione degli interessi, il capitale impiegato incorpora gli interessi maturati, in modo tale che anche questi ultimi producano interessi nei periodi seguenti (generando anatocismo). In questo secondo caso, l'interesse, che si forma, risulta proporzionale al montante accumulato.

Non si pone, pertanto, un problema di interessi "maturati" o "scaduti" a norma dell'art. 1283 c.c., perché ogni singola rata del piano di rimborso alla francese in capitalizzazione composta contiene interessi su interessi, cioè interessi anatocistici.

Inoltre, il suddetto effetto anatocistico si verifica sia nel piano di ammortamento con capitale "decescente", sia in quello con capitale "crescente" (che poi è la tipologia più utilizzata). Anzi, la matematica finanziaria conosce numerosissime formule di sviluppo del piano di ammortamento in regime di capitalizzazione composta, che è inutile enumerare, visto che l'effetto anatocistico sopra indicato è sempre lo stesso, anche se con diversa incidenza pratica, e sussiste sempre (perché non è vero che compare e riemerge).

Con questi parametri, non può negarsi l'effetto anatocistico dei piani di ammortamento alla francese, ovvero l'utilizzo di algoritmi che implicano fenomeni di capitalizzazione composta e complessa.

All'interno della categoria degli interessi convenzionali, il cui tasso è determinato da convenzioni private, si colloca la sottospecie degli interessi usurari.

La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, art. 644 c.p.; ma sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avendo riguardo alle concrete modalità del fatto al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altre utilità, ovvero all'operazione di mediazione, quando chi li ha promessi si trova in condizione di difficoltà economica o finanziaria.

Il prezzo occulto ovviamente influisce sulla determinazione del TAEG del contratto e, dunque, rileva anche ai fini della verifica della conformità dell'operazione finanziaria alla disciplina antiusura (i.e. l. n. 108/1996).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno da tempo stabilito che "*Il Giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio*" (cfr. Cass., sez. un., n. 26242/2014).

Ed ancora: la Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza 21 maggio 2018 n. 12455 della 1° Sezione, ha ribadito che "... le norme che prevedono la nullità di patti contrattuali

¹⁸ Quanto al riferimento all'art. 821 c.c., ci limitiamo ad osservare che costituisce *ius receptum* quello secondo cui l'obbligazione pecuniaria, a norma dell'art. 821 c.c. matura giorno per giorno (come accade nel regime di capitalizzazione semplice) e non giorno su giorno (come accade nel regime di capitalizzazione composta).

che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura, introdotte con l'art. 4 della l. n. 108/1996, pur non essendo retroattive, comportano l'inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti conclusi prima della loro entrata in vigore sulla base del semplice rilievo, operabile anche d'ufficio dal giudice, che il rapporto giuridico, a tale momento, non si era ancora esaurito" (cfr. fra le più recenti Cass. civ. sez. I n. 17150 del 17 agosto 2016)¹⁹ ...".

Nessun contratto di finanziamento esplicita come il metodo di ammortamento imposto, nonché e soprattutto il regime di capitalizzazione prescelto, modifichino sensibilmente il prezzo finale del finanziamento a parità di tasso nominale TAN.

Ad esempio, tangibile differenza nasce dalla diversa scelta del piano di ammortamento del prestito; infatti, un calcolatore della rata del mutuo trasparente è reperibile sul portale https://www.ammministrazionicomunali.it/strumenti/piano_ammortamento.php# in cui dà la facoltà all'utente di formulare un calcolo della rata di mutuo utilizzando diverse tipologie di ammortamento, nel caso di specie francese o italiano: questa è correttezza ed educazione finanziaria.

Ma vi è di più.

Infatti, bisogna tener conto che sia nel piano di ammortamento all'italiana, che nel piano di ammortamento alla francese, il calcolo degli interessi passivi per il cliente della banca potrà essere sviluppato o in regime semplice o in regime composto, giungendo ovviamente a risultati visibilmente differenti: in quanto l'applicazione del regime composto, come già detto, determina un pagamento di interessi, ben più gravoso rispetto a quello semplice.

Detta circostanza, così rilevante in un negozio che ha come oggetto la vendita del denaro, deve essere evidenziata chiaramente in contratto, onde evitare che il cliente della banca cada in errore a causa di un comportamento evidentemente doloso da parte di un professionista del credito come la banca.

Detta opacità permane perfino nel portale di BankItalia, istituzione preposta al controllo dell'attività bancaria, dove nel "*Calcolatore della rata del mutuo*" omette di specificare che il calcolo è operato con il regime della capitalizzazione composta, quando il regime codicistico naturale è quello semplice²⁰, operando così una perfetta *mala educación* finanziaria!

La circostanza è stata valorizzata dal Tribunale di Roma, con la sentenza del 29 Maggio 2019, della Dott.ssa Antonella Zanchetta, che ha sottolineato come tra gli elementi essenziali del contratto di mutuo rientrano, tra gli altri, l'indicazione della tipologia più onerosa del piano di ammortamento (francese o, ad esempio, italiano) e del regime di capitalizzazione (semplice o composto), sottolineando come la mancata indicazione di tali elementi configura anche la violazione dell'obbligo informativo *ex art.* 117 TUB.

Quella parte della magistratura che ha veramente colto la problematica (non limitandosi alla mera copiatura di concetti avulsi dalla realtà matematica partoriti dalla nota *cultura*

¹⁹ La conseguenza del superamento del tasso soglia usura da parte degli interessi moratori semplicemente pattuiti, comporta la gratuità del mutuo ai sensi dell'art 1815, comma 2, c.c. (Cass. n. 23192/2017). Trib. di Ferrara, sent. 20 aprile 2018, n. 287.

²⁰ G. Aretusi, *Qual è il codice di calcolo utilizzato da Bankitalia per le rate di un mutuo?*, 25 marzo 2020, su LinkedIn.

*filobancaria*²¹), non manca di porre nelle CTU dei quesiti, semplici e lineari, volti a smascherare il *sofisma*²² utilizzato dal *ceto bancario* – ma non solo – per celare il dolo contrattuale utilizzato per indurre in errore il cliente: ad esempio il Tribunale civile di Lecce, Dott. Agnese Di Battista, ordinanza in proc. n. 4038/2017, del 15 aprile 2020, è un ottimo esempio di quesito utilizzato da un magistrato per capire “*il sofisma bancario*”²³.

Ciò a riprova che il normale consumatore, cliente della banca, non è in grado di cogliere il prezzo dell’interesse reale che va a corrispondere alla banca e, non cogliere il prezzo significa non potersi autodeterminare consapevolmente nella conclusione del negozio, in quanto la sua volontà non si è formata correttamente ma ha seguito un percorso viziato e distorto con la conseguenza che l’utente si è determinato verso una scelta errata e, com’è noto, “*errantis nulla voluntas est*”, specialmente quando la banca è un “*deceptor*”, in quanto professionista del credito.

A parità di condizioni, la scelta della tipologia di ammortamento comporterà una sensibile variazione degli esborsi finali sopportati dall’utente.

Sempre a parità di condizioni, compreso anche il piano di ammortamento prescelto (che sia francese o italiano non importa), il *solo* diverso regime di capitalizzazione prescelto, farà variare sensibilmente sia il totale degli interessi sborsati dall’utente, sia il tasso effettivo (TAE) dell’operazione, potendosi configurare un TAE in semplice e un TAE in composto, che portano a risultati in termini assoluti sensibilmente diversi, con un piano di ammortamento in composto sempre e qualunque esso sia (francese, italiano, ecc.) più oneroso di quello in semplice.

Finché la magistratura non recepirà nelle proprie sentenze questo elementare meccanismo utilizzato dalle lobby bancarie e finanziarie per falsare il mercato del credito, continueremo ad assistere alla sottoscrizione di contratti opachi ed a leggere articoli ancora più confusionari intrisi di formule matematiche la cui comprensione sfugge agli occhi dei clienti della banca.

²¹ Da ultimo cfr. Corte di Appello di Roma, sentenza 30 gennaio 2020, n. 731, che ha ribadito l’incongruente, illogica ed anche matematicamente assurda impostazione filobancaria “*tradizionale*” che esclude qualunque effetto anatocistico (palese o occulto) nel piano di ammortamento alla francese, asserendo, in forma follemente dogmatica il principio: “si deve escludere che l’ammortamento alla francese implichi l’indeterminatezza del tasso di interesse, l’applicazione di un tasso superiore a quello dichiarato in contratto, la violazione del divieto di anatocismo”.

²² “Con sofisma si fa riferimento ad un’argomentazione capziosa e fallace, apparentemente valida ma fondata in realtà su errori logici formali o ambiguità linguistiche determinate dall’atteggiamento eristico e dall’intento volutamente ingannevole. Si differenzerebbe dal paralogismo, in cui l’errore sarebbe inconsapevole” così G. Aretusi, *Regime composto e generazione di interessi sugli interessi*, 27 novembre 2019, su LinkedIn.

²³ Per i matematici, in buona fede, che volessero realmente approfondire gli aspetti matematici e tecnici, in queste pubblicazioni è stato dimostrato in maniera rigorosa come il regime composto produce, sempre e comunque, interessi sugli interessi. Nei medesimi elaborati è stato proposto il modello naturale (ai sensi dell’art. 821 3 c.c.) per la elaborazione di piani di ammortamento in regime semplice: C. Mari, G. Aretusi, *Sull’ammortamento dei prestiti in regime composto e in regime semplice: alcune considerazioni concettuali e metodologiche*, in *Il Risparmio*, 2019, 115-151; C. Mari, G. Aretusi, *Sull’esistenza e unicità dell’ammortamento dei prestiti in regime lineare*, in *Il Risparmio*, 2018, 25-25.

IL PIANO ATTESTATO “RAFFORZATO”–COVID-19

Giuseppe Schiavo

SOMMARIO: 1. L’approccio aziendalistico. – 2. Cosa intendere per azienda “sana” ante Covid-19. – 3. Analisi eziologica dello stato di crisi aziendale. – 4. Lo strumento agile per rilanciare l’azienda.

1. L’Approccio aziendalistico

L’ipotesi di piano di risanamento attestato *ex art. 67, l. fall.* “rafforzato” potrebbe essere lo strumento straordinario, opportunamente modificato, rivolto a sostenere le imprese sane, garantire la continuità aziendale ed i conseguenziali livelli occupazionali. In questo modo viene data una risposta agile agli effetti economici negativi causati dall’emergenza epidemiologica da Covid-19.

Il piano di risanamento attestato, attualmente in essere, non ha avuto una grande applicazione nel corso del tempo.

Con la crisi economica finanziaria sistemica in corso, il piano attestato adeguatamente rivisto e “rafforzato” potrebbe invece garantire una *fresh start* e costituire un valido strumento per le aziende “sane” per uscire dalle *secche* della crisi di *illiquidità* e ripartire in “sicurezza” commerciale, nella ormai popolare “fase 2”.

Questo è un approccio aziendalistico e privatistico alle complesse problematiche sollevate dal *lockdown da Corona virus* con l’obiettivo di assicurare la continuità aziendale ed i livelli occupazionali.

Iniziamo la nostra disamina per gradi.

2. Cosa intendere per azienda “sana” ante Covid-19

Sono “sane” quelle migliaia di imprese che fino al gennaio 2020 erano in grado di adempiere regolarmente e puntualmente alle obbligazioni contratte e generavano ricchezza e posti di lavoro. Gestite da imprenditori capaci, prodotti adeguati al mercato e richiesti regolarmente dai consumatori e con credibilità bancaria.

Le misure adottate dal Governo, sintetizzate dall’hashtag *#iorestoacasa*, e la chiusura di molte attività *ope legis* (*lockdown*) stanno generando crisi d’impresa a catena, con effetto domino di probabili dichiarazioni di insolvenza.

Affrontando, per esempio, il caso plastico delle aziende turistiche, della ristorazione (pizzerie, bar, pub, ristoranti) ed alberghiere, va rilevato che sono state chiuse in seguito ai provvedimenti governativi, adottati per mitigare gli effetti del contagio da corona virus, anche durante il periodo pasquale, con la conseguente e prevedibile disdetta di tutte le prenotazioni ed anche di quelle in corso per la prossima estate.

I ricavi di queste imprese sono uguali a zero e sono state fermate, mentre molte marciavano regolarmente nel mercato.

È il provvedimento governativo Covid-19 che ha gettato nello stato di crisi l'azienda turistica e non l'incapacità o l'inadeguatezza delle politiche di gestione dell'imprenditore.

3. Analisi eziologica dello stato di crisi aziendale

Analizzando l'eziologia della crisi aziendale Covid-19, questa ha natura esogena all'impresa ed involontaria per l'imprenditore. Quest'ultimo è impotente, la subisce inerme e relegato in casa, pena sanzioni amministrative e in alcuni casi penali.

La soluzione della liquidazione giudiziale del patrimonio aziendale porterebbe soltanto ad una svendita delle attività¹.

La crisi generata dall'azzeramento dei ricavi della gestione ordinaria caratteristica dell'impresa, qualifica la stessa quale "economica" di primo livello.

L'effetto immediato generato dal *lockdown* è rappresentato quindi dall'improvviso arresto dei flussi di cassa (*sudden stop cash flow*)². La sopraggiunta impossibilità per causa di forza maggiore di proseguire l'attività commerciale, determina l'interruzione del ciclo attivo dell'impresa (*produzione-fatturazione-incasso crediti*). In questo modo si interrompe il *cash-flow operativo* in entrata che alimenta il ciclo finanziario. Appare logico ipotizzare che il portafoglio crediti commerciali *ante lockdown*, verosimilmente non si trasformerà in liquidità di cassa alle scadenze previste. I clienti tenderanno a richiedere di posticipare i pagamenti e l'impresa sana a sua volta sarà costretta anch'essa a posticipare i pagamenti verso i fornitori. Vi è l'asimmetria del *cash-flow operativo*.

Il Comitato Esecutivo del CERIL³, infatti, esorta l'Unione Europea ed i legislatori nazionali ad agire prontamente per rispondere alle seguenti due priorità, adattando o modificando la propria legislazione:

- 1) Temporanea perdita di ricavi;
- 2) Temporanea impossibilità di approntare previsioni sui flussi finanziari.

Secondo lo Special Report elaborato da CRIF Ratings "Il 45% del campione di PMI analizzato si trova ad affrontare l'attuale emergenza partendo da situazioni di liquidità

¹ G. Corno, L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, 2020.

² R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressione e spunti di riflessione*, in www.ilcaso.it, 2020.

³ CERIL è una organizzazione no profit indipendente composta da 60 fra avvocati ed altri operatori nel campo del diritto della crisi di impresa, professori di diritto e giudici delegati, impegnati nel miglioramento della legislazione dell'insolvenza e delle prassi in Europa.

*non adeguate. Secondo le stime di CRIF Ratings oltre 37.000 aziende mostreranno nel corso del 2020 esigenze di liquidità per circa EUR 60mld, di cui solo una parte minoritaria sarà coperta dai flussi di cassa generati*⁴.

Ritornando al nostro tema, le strutture finanziarie e patrimoniali per ora non sono intaccate dagli effetti della pandemia aziendale da Covid-19. Sono ancora adeguate e corrette. L'impresa non è in crisi strutturale. Lo stato di insolvenza è lontano.

Questa complessa situazione socio-economica da emergenza Covid-19 si auspica che venga studiata, compresa e riportata sia nelle procedure per la concessione di credito e valutazione del merito creditizio che in quelle dell'Agenzia delle Entrate ed Agenzia Entrate Riscossione.

È uno stato di emergenza, sicché si deve intervenire con procedure straordinarie, studiate per questa emergenza che ha caratteristiche mondiali; non comprenderlo porta alla desertificazione aziendale con effetto domino dello stato di crisi e nei casi più gravi di insolvenza, la disoccupazione, la povertà.

4. Lo strumento agile per rilanciare l'azienda

Diversi studiosi e addetti ai lavori delle scienze giuridiche della crisi d'impresa e dell'insolvenza stanno analizzando e proponendo sul tavolo tecnico del confronto costruttivo il ricorso a procedure semplificate straordinarie per dare sostegno al mondo delle imprese. Queste, fatte salve alcune eccezioni, sono per la maggior parte in stato di crisi da illiquidità per gli effetti da Covid-19⁵.

Vogliamo partecipare al confronto mettendo sul tavolo la nostra proposta.

L'ammodernamento del piano di risanamento attestato alle esigenze di mercato generate dal COVID-19, tale da renderlo quasi un agile *super-piano attestato*, è basato sui seguenti principi:

1) Evitare l'accesso alle ordinarie procedure concorsuali con il rischio di intasare le cancellerie fallimentari dei Tribunali o quelle della Volontaria giurisdizione nel caso di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento o di liquidazione del patrimonio ex l. n. 3/2012, che tra l'altro sarebbero del tutto inadeguate considerata l'origine sistemica straordinaria della crisi.

2) Gli effetti psicologici negativi sull'imprenditore capace ed onesto ma sfortunato perché incappato nella palude economica del *lockdown* da Covid-19. Questi, verosimilmente si rifiuterebbe di "*portare i libri in tribunale*" anche se per un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis, l. fall. (strumento ordinario inadatto di soluzione della crisi in un contesto diffuso e straordinario di scarsa liquidità e di conseguenti inadempimenti a catena con ef-

⁴ CRIF Ratings, *L'impatto finanziario dell'emergenza corona virus sulle PMI Italiane*, Special Report, 2020.

⁵ F. Benassi, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da coronavirus*, in www.ilcaso.it, 2020. G. Limitone, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'O.C.C.-Covid-19*, in www.ilcaso.it, 2020. M. Ferro, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno 2020 e immediato cordone societario*, *Il Quotidiano Giuridico*, 9 aprile 2020. R. Brogi, *Diritto emergenziale della crisi d'impresa all'epoca del Covid-19*, in www.oci.it, 2020.

fitto domino). L'azienda verrebbe esposta anche agli attacchi della concorrenza che approfitterebbe di questo stato di debolezza temporanea.

3) La prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza da covid-19 – rischio usura. Queste fattispecie criminose potrebbero accadere a seguito dell'indebolimento economico di famiglie e imprese che naturalmente accresce i rischi di usura e può facilitare l'acquisizione diretta o indiretta delle aziende da parte delle organizzazioni criminali; gli interventi pubblici a sostegno della liquidità possono determinare tentativi di sviamento e appropriazione, anche mediante condotte collusive; il mutamento improvviso delle coordinate di relazione sociale aumenta l'esposizione di larghe fasce della popolazione al rischio di azioni illegali realizzate anche on line⁶.

4) Avere uno strumento agile e professionale di soluzione della crisi temporanea che traghetti l'azienda momentaneamente illiquida, non eccessivamente costoso per le casse sociali.

Il piano di risanamento attestato ex art. 67, l. fall. (art. 56 C.C.I.), ha le caratteristiche sopra enunciate, già garantisce la non revocabilità dei pagamenti effettuati in forza del piano, la neutralità fiscale per le eventuali sopravvenienze attive, l'esenzione dal reato di bancarotta fraudolenta preferenziale in caso di successiva dichiarazione di fallimento ex art. 217-bis, l. fall. A questi validi principi andrebbe aggiunta la possibilità, in modo straordinario per mitigare e gestire gli effetti dell'illiquidità da *lockdown*, il blocco delle eventuali azioni esecutive e cautelari (*automatic stay*) per un determinato periodo (appare ragionevole sei mesi, si sta operando su aziende sane che hanno sia credibilità bancaria che presso i fornitori, sicché non dovrebbe essere di ostacolo la direttiva 20 giugno 2019, n. 1023, 38° considerando). Il *piano attestato rafforzato* potrebbe prevedere la prededuzione dei crediti bancari ristrutturati e/o della nuova finanza, in modo da rendere più agevole e veloce sia la ristrutturazione dell'indebitamento (con previsione dell'esdebitazione negoziale volontaria ex art. 1236 c.c.) che la concessione di nuove linee di credito. Queste ultime potrebbero sopperire alla carenza di liquidità ed agevolare le procedure di valutazione del merito creditizio⁷ anche ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. g) *Fondo centrale di garanzia PMI* d.l. 8 aprile 2020, n. 23. Questa ipotesi di *super piano attestato* potrebbe essere studiato e adattato anche per le mini procedure di sovraindebitamento ex l. n. 3/2012, rivolte alle micro imprese e professionisti.

La predisposizione del piano non dovrebbe costituire ostacolo alle proposte di rateizzazione delle eventuali cartelle di pagamento notificate da Agenzia Entrate della Riscossione (anche in questo settore potrebbe intervenire il legislatore del Covid-19 con idonea misura). Né dovrebbe incidere sulla classificazione bancaria del credito già erogato.

Potrebbe essere inserito anche lo scudo penale sia per gli operatori bancari che per l'imprenditore⁸ nella ipotesi sfortunata e remota che le imprese beneficiarie dei finanziamenti finissero poi in procedura fallimentare.

⁶ Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria, *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza da covid-19*, in www.bancaditalia.it, 2020.

⁷ V. De Sensi, *Allerta, crediti deteriorati e crisi sistemiche*, in *Executivis – La Rivista telematica dell'esecuzione forzata*, 2020.

⁸ Italia Oggi, *L'Abi: per i prestiti superiori ai 25 mila euro serve scudo penale per le banche. Per prestiti fino a 25 mila euro risorse in forse*, 22 aprile 2020.

Questa concezione moderna, rivisitata e potenziata di *piano attestato rafforzato* ha una ottica molto privatistica ma certamente veloce ed efficace. Il sistema potrebbe avere fiducia dell'imprenditore che già ha dato prova di essere onesto, valido e di saper produrre ricchezza, posti di lavoro e valore aggiunto con la gestione della propria impresa.

La figura del professionista attestatore ex art. 67, comma 3, lett d), l. fall.⁹ è centrale e fondamentale in questa nuova ipotesi di *piano di risanamento attestato rafforzato*. Deve essere un professionista esperto della crisi d'impresa, adeguatamente costantemente formato sulle discipline economiche, finanziarie, gestionali, amministrative, programmazione e controllo e fiscali della crisi d'impresa (per esempio i dottori commercialisti hanno le Scuole di Alta Formazione – S.A.F.). La legge fallimentare all'art. 236-bis – *Falso in attestazioni e relazioni*¹⁰, prevede un regime idoneo di sanzioni penali e pecuniarie.

I costi dei professionisti sono molto contenuti per lo studio, redazione e controllo dell'applicazione di questo *piano attestato rafforzato*. Vi sono i costi del professionista che redige il super piano attestato e quello dell'attestatore anche per il successivo controllo nella fase di attuazione. I tempi saranno veloci, poiché è ragionevole presumere che un'azienda *in bonis* abbia la documentazione contabile, amministrativa e fiscale in ordine. L'imprenditore abbia adeguata preparazione culturale per fare nuove ed aderenti previsioni di bilancio per il prossimo futuro del tutto alterato e sconosciuto dagli effetti *lockdown* e Covid-19, coadiuvato dai suddetti professionisti esperti.

Rimane aperto il nodo della pubblicità da dare a questo *super piano attestato rafforzato*. Attualmente con la normativa in vigore va fatta con il deposito presso la C.C.I.A.A.

Trattandosi di aziende sane che devono solo essere traghettate per un breve periodo fuori dalle secche della illiquidità finanziaria si potrebbe considerare il predetto *super piano attestato* come una scrittura privata, da sottoporre a registrazione a tassa fissa per dare la data certa. Così si garantirebbe la dovuta ed opportuna riservatezza al fine di evitare attacchi dalle imprese concorrenti.

Le imprese che registrano presso l'Agenzia delle Entrate il *super piano attestato* possono continuare l'attività e deve essere loro garantita la partecipazione alle gare d'appalto bandite dal settore della Pubblica Amministrazione.

⁹ Art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.: "III. ... *Omissis* ..., un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore".

¹⁰ Art. 236-bis – Falso in attestazioni e relazioni – I. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 3, 182-bis, 182-quinquies, 182-septies (1) e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.

II. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

III. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.

IL RUOLO DEI PROFESSIONISTI IMPEGNATI NELLE PROCEDURE CONCORSUALI DURANTE L'EMERGENZA COVID

Francesco Corbello

1. Con tali e tanti illustri relatori, mi risulta particolarmente difficile ritenere che il mio intervento possa apportare un concreto contributo scientifico e, dunque, mi limiterò ad alcune osservazioni, di taglio pratico, quale operatore del settore da circa 25 anni.

E quello che ho osservato in questo periodo di pandemia è che il nostro sistema Giustizia si è dimostrato totalmente inadeguato a rispondere all'emergenza sanitaria, atteso che il Legislatore ha ben pensato di chiudere i Tribunali, al pari dei più comuni esercizi commerciali, negando i più elementari diritti costituzionalmente garantiti, che ancora oggi, dopo circa 4 mesi dall'inizio della diffusione del contagio, nella migliore delle ipotesi funzionano a singhiozzo.

Ricordando le parole del Prof. Giovanni Verde pronunciate durante un recente incontro sul tema, occorre chiedersi se è possibile in un sistema democratico sospendere a tempo indeterminato la giustizia e quale sarà il prezzo che pagheremo in termini economici. Noi Commercialisti siamo sempre soliti tradurre tutto in termini economici ma, in questo caso, quali ripercussioni avrà ed ha avuto sull'economia del Paese il blocco totale della giustizia nella fase dell'emergenza sanitaria? Probabilmente, non lo potremo mai sapere ma, osservando lo stato di crisi del Paese, sicuramente pagheremo alti prezzi sul piano sociale e dell'economia in genere.

2. Come detto dal Dott. Giuseppe Dongiacomo nel precedente intervento, nelle disposizioni emergenziali relative al funzionamento della Giustizia, con riferimento al settore civile, va ravvisata una distinzione per fasi.

Nella prima fase, dal 9 marzo all'11 maggio 2020 (il termine era originariamente fissato al 15 aprile 2020), sono state sospese le udienze dei procedimenti civili pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con rinvio d'ufficio a data successiva all'11 maggio 2020; ciò insieme ad ulteriori misure che hanno, di fatto, provocato una stasi completa della giustizia. Ed infatti, il d.l. n. 18/2020 al comma 2 dell'art. 83 ha previsto la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili (e penali) intendendo, pertanto, sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti “... *per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi* ...” mentre, con la l. di conversione 24 aprile 2020, n. 27, all'art. 53 è stata disposta la sospensione

delle procedure esecutive sulla “*prima casa*” del debitore per la durata di sei mesi (a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto).

Dunque, anche per i procedimenti esecutivi e concorsuali ha operato, nella c.d. prima fase, il rinvio di ufficio delle udienze e la sospensione dei termini stabiliti dal d.l. n. 18/2020, fatta salva la possibilità di dichiarazione di urgenza prevista dall’art. 83, comma 3, lett. a) dello stesso decreto.

Inoltre, ricordiamo che – per le procedure fallimentari – l’art. 10 del c.d. “Decreto liquidità, approvato dal Consiglio dei ministri dello scorso 6 aprile”, al comma 1 ha disposto che “*tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili*”.

Nella seconda fase, che si è aperta il 12 maggio e terminerà il 31 luglio 2020, le modalità di svolgimento delle attività sono rimesse alle indicazioni fornite dai dirigenti dei singoli Uffici mediante gli ormai noti “*Protocolli di Intesa per la trattazione delle Udienze Civili*”, previsti dal d.l. n. 18/2020 e con le enormi difficoltà operative che tutti conosciamo.

Appare evidente che tale blocco dell’attività giudiziaria, erroneamente considerata “non urgente”, ha inciso in maniera significativa sulle procedure esecutive, individuali o collettive che, invece, sono punti essenziali della giustizia economica del Paese e per la circolazione della liquidità da esse derivanti.

3. Fatte queste premesse e considerata la crisi in atto, ritengo che noi professionisti impegnati nell’esercizio delle funzioni di curatore, commissario giudiziale, liquidatore, custode o delegato alle vendite, dobbiamo approfondire, per etica e responsabilità, il massimo impegno per attenuare le ripercussioni economiche negative derivanti dall’emergenza in atto e connesse al blocco di importanti segmenti dell’economia del Paese, accelerando tutte le attività relative alla liquidazione dei beni e al riparto delle liquidità conseguite nelle Procedure a favore dei creditori.

Il tutto, nonostante le enormi difficoltà derivanti dall’applicazione dei “*Protocolli di Intesa per la trattazione delle Udienze Civili*” previsti dal d.l. n. 18/2020 che, stipulati per singolo Tribunale, hanno creato confusione tra gli addetti ai lavori, i quali si sono trovati, per situazioni in tutto analoghe, ad adottare procedure diverse sulla base delle disposizioni dettate dal singolo Ufficio giudiziario.

Dunque, attesa anche la diffusa assenza nei Protocolli di cui al d.l. n. 18/2020 di specifiche disposizioni per le procedure esecutive e concorsuali, dobbiamo, nei limiti dei compiti che ci sono assegnati dalla Legge e nel rispetto delle norme sanitarie straordinarie adottate per fronteggiare l’emergenza sanitaria in corso, essere propulsori della immissione in circolo delle risorse ricavate dalla liquidazione dei beni, poiché le stesse potrebbero, in molti casi, risultare determinanti per la sopravvivenza delle imprese e dei creditori delle procedure.

Pertanto, dobbiamo innanzitutto accelerare le operazioni di riparto, parziale e finale, delle somme già ricavate dalla liquidazione dell’attivo ed evitare che le stesse rimangano inutilmente depositate sui conti bancari delle procedure.

A tal fine, fatte salve le opportune valutazioni connesse ai casi concreti, dobbiamo porre in essere tutti gli adempimenti propedeutici al deposito dei progetti di riparto, quali, ad

esempio, l'abbandono di beni non liquidabili e di crediti non esigibili, la presentazione dei rendiconti, delle istanze di liquidazione dei compensi e delle altre somme da liquidare in prededuzione.

E sempre in tale ottica, occorre concordare con i GD la modalità di svolgimento delle udienze propedeutiche ai riparti nei fallimenti come l'approvazione del rendiconto oppure le udienze di accertamento dello stato passivo; si pensi, ad esempio, al caso in cui sia necessario verificare i crediti di lavoratori dipendenti, professionisti e artigiani da ammettere in vista di un imminente riparto o del pagamento, nel caso di lavoratori dipendenti, da parte dell'INPS a valere sul Fondo di garanzia del TFR e dei Crediti di Lavoro, di cui all'art. 2 della l. n. 297/1982 e degli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 80/1992.

Analoga necessità di concordare con i Giudici le modalità di svolgimento delle udienze si rinviene nelle procedure di concordato preventivo, con particolare riferimento all'adunanza dei creditori e alla udienza di omologazione atteso che, nella quasi totalità delle procedure, i termini previsti per i pagamenti in favore dei creditori decorrono dall'omologa del concordato.

Considerato che le tipologie delle udienze e degli adempimenti che ho citato sono funzionali all'immissione di liquidità nel sistema e a fronteggiare le difficoltà cagionate dall'emergenza ai danni dei principali attori del sistema economico, quali imprese, lavoratori e professionisti, la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio, si potrebbe valutare da parte del Giudice l'adozione della declaratoria di urgenza prevista dall'art. 83, comma 3, lett. a) del d.l. n. 18/2020, laddove tali attività non siano già state inserite tra le procedure da trattare ed attività da svolgere nei *"Protocolli di Intesa per la trattazione delle Udienze Civili"*.

In questa "Fase 2" è altresì necessario dare impulso all'attività liquidatoria procedendo, ad esempio, in caso di fallimenti dichiarati prima della sospensione disposta dal d.l. n. 18/2020, alle operazioni di inventario con opportuna celerità, dipendendo dalle stesse un rapido avvio della liquidazione. Poiché nell'attuale fase di emergenza epidemiologica le cancellerie operano con una notevole riduzione dell'organico, appare oltremodo virtuosa la prassi adottata in alcuni Tribunali che (anticipando, la scelta operata dal legislatore nel Codice della crisi e in assenza di personale in grado assistere alle operazioni ai sensi dell'art. 87 l. fall.) autorizzano il curatore a provvedere in autonomia a tali attività, se del caso, con l'ausilio del solo esperto stimatore.

Inoltre, occorre riprendere e promuovere le operazioni di vendita dei beni mobili ed immobili ogni qualvolta sussistano le condizioni per consentire ai potenziali interessati all'acquisto la visione degli stessi, osservando le prescrizioni di "distanziamento sociale" e sanitarie attualmente imposte.

Con riferimento alla liquidazione di aziende e beni immobili, anche in questa fase, possiamo e dobbiamo celermente promuovere gli esperimenti di vendita di beni ad uso abitativo o non abitativo liberi, ovvero di immobili ad uso commerciale o industriale, sia liberi che occupati, anche con aziende in esercizio; ed infatti, in tale ultimo caso, può presumersi che, ove lo svolgimento dell'attività nel periodo di emergenza sia in corso in aderenza ai decreti in vigore, possa essere consentito l'accesso ai professionisti e ai potenziali interessati all'acquisto.

Se a seguito dell'emergenza sanitaria sia stata disposta la sospensione delle vendite e le stesse non si riferiscono ad immobili ad uso abitativo occupati, sarà altresì possibile tenere

gli esperimenti di vendita già fissati e per i quali i termini per le offerte non sono decorsi avendo cura di verificare, da un lato, il rispetto dei termini di cui agli artt. 107 della legge fallimentare e 490 del codice di procedura civile nella parte in cui prevedono che la pubblicità sia effettuata almeno trenta giorni prima dell'inizio della vendita e, dall'altro, che il luogo fisico presso il quale si tiene la vendita consenta il rispetto delle normativa vigente per il contenimento dei contagi.

Per evitare assembramenti in fase di gara, anche avvantaggiandoci della massiccia digitalizzazione del Paese nell'attuale periodo Covid (uno dei pochi aspetti positivi dell'emergenza dei quali l'odierna riunione ne è un chiaro esempio), nella fissazione dei nuovi esperimenti di vendita dei beni immobili si potrebbe procedere con modalità telematica pura, adottando tale modalità anche per la vendita dei beni mobili ove gli stessi non siano custoditi in immobili residenziali e siano visionabili dagli interessati.

4. Concludendo, ritengo che nell'attuale fase dobbiamo tutti approfondire il massimo impegno per evitare che le risorse acquisite alle procedure esecutive e concorsuali restino infruttuosamente immobilizzate con un ulteriore aggravio per la situazione economica del Paese e, dunque, contribuire a una efficace ed utile ripresa dell'attività liquidatoria e distributiva del ricavato.

In tal caso, potremmo dire di aver dato il nostro modesto apporto al Paese nella fase emergenziale, a favore di imprese e lavoratori che in tali risorse confidano, soprattutto in questo periodo di crisi, per la risoluzione di problematiche finanziarie, aziendali e personali.

GLI AUTORI

Stefano Ambrosini – *Ordinario di Diritto commerciale nell'Università del Piemonte Orientale*

Maria Cristina Arcuri – *Ricercatore di Economia degli intermediari finanziari nell'Università di Firenze*

Francesco Corbello – *Dottore commercialista in Napoli Nord*

Fabio Di Vizio – *Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze*

Lorenzo Gai – *Ordinario di Economia degli intermediari finanziari nell'Università di Firenze*

Sabrina Galmarini – *Avvocato del Foro di Milano – La Scala società tra Avvocati*

Gianvito Giannelli – *Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Bari*

Elena Gori – *Associato di Economia aziendale nell'Università di Firenze*

Giovanna Greco – *Dottore commercialista in Vasto*

Federica Ielasi – *Associato di Economia degli intermediari finanziari nell'Università di Firenze*

Giuseppe Limitone – *Giudice delegato presso il Tribunale di Vicenza*

Michele Monteleone – *Presidente della sezione civile del Tribunale di Benevento*

Stefania Pacchi – *Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Siena*

Luciano Panzani – *Già Presidente Corte di Appello di Roma*

Andrea Pisaneschi – *Ordinario di Diritto costituzionale e diritto dei mercati internazionali nell'Università di Siena*

Niccolò Pisaneschi – *Associato di Diritto processuale civile nell'Università di Siena – La Scala società tra Avvocati*

Maria Lucetta Russotto – *Dottore commercialista in Prato*

Giuseppe Schiavo – *Dottore commercialista in Vasto*

Giovanni Staiano – *Consulente di impresa – esperto in normativa bancaria e finanziaria*

Antonio Tanza – *Presidente Nazionale di ADUSBEF – Avvocato del Foro di Lecce*

Franca Vianello – *Avvocato del Foro di Padova*

