

## Profili della garanzia SACE dopo il Decreto “Liquidità”

Tiziana Rumi

SOMMARIO: 1. La garanzia SACE nell'ambito degli strumenti di sostegno finanziario alle imprese danneggiate da Covid-19. – 2. Il privilegio SACE? Considerazioni a margine della più recente giurisprudenza di legittimità – 3. La qualificazione della garanzia SACE come garanzia autonoma ed i suoi riflessi sulla disciplina del credito. – 4. Conclusioni.

### 1. *La garanzia SACE nell'ambito degli strumenti di sostegno finanziario alle imprese danneggiate da Covid-19*

Tra le misure messe a punto per contrastare la crisi economica scaturita dall'attuale emergenza sanitaria, un posto significativo è occupato dal sistema di garanzie statali connesse ai finanziamenti che le banche (e in generale gli intermediari finanziari) erogano a favore delle imprese danneggiate dal Covid 19.

Queste misure di sostegno economico, volte ad incrementare la liquidità dei soggetti finanziati, sono articolate in base a specifici parametri (dimensioni dell'impresa, anche in base al numero di dipendenti, fatturato, importo dei finanziamenti, sede de svolgimento dell'attività), in modo da offrire un ventaglio di soluzioni adeguato alle diverse realtà produttive del Paese. I vari strumenti messi in campo, già in passato impiegati come misure anti-crisi, sono stati adattati nel tempo alle nuove esigenze economiche.

Ad esempio, il Fondo di garanzia PMI, creato nel 1996 (ed attivo dal 2000) con la funzione di sostenere il sistema bancario ed imprenditoriale italiano, è stato oggetto di diversi interventi normativi<sup>1</sup> volti ad incrementare la platea dei poten-

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione delle diverse tappe evolutive dell'istituto cfr. E. Olivieri, *La riforma del Fondo di Garanzia per le Piccole Medie Imprese. Un difficile equilibrio tra diritto ed esigenze operative*, in *IlCaso.it*, 31.1.2020.

ziali beneficiari, fino agli ultimi decreti “Cura Italia” e “Liquidità” che hanno dato nuovo impulso a questa forma di garanzia, aumentandone il valore e semplificando le modalità di accesso al beneficio. Indubbiamente, il Fondo di Garanzia rappresenta la misura di maggiore impatto perché rivolta alle realtà produttive di piccole e medie dimensioni, che rappresentano il *tessuto connettivo* dell’economia italiana.

Ma, accanto ad esso, operano anche altre forme di garanzia, offerte dalla società SACE e dalla Cassa Depositi e Prestiti, che si rivolgono alle grandi imprese ed agli enti pubblici. Per quanto riguarda, in particolare, la garanzia SACE – della quale ci occuperemo nel presente contributo, e che originariamente era stata prevista per dare sostegno alle imprese italiane svolgenti attività all’estero (e all’evidente scopo di favorire il processo di internazionalizzazione della nostra economia)<sup>2</sup> – va detto che le normative degli ultimi mesi ne prevedono l’impiego per «assicurare necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia, colpite dall’epidemia COVID-19», mediante la concessione, fino alla fine dell’anno 2020, (scadenza ora prorogata al 30 giugno 2021 dall’art. 35 della Legge di Bilancio)<sup>3</sup> di garanzie «in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e degli altri soggetti abilitati all’esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle suddette imprese» (art. 1, comma 1, d. l. n. 23/2020).

Secondo le normative più recenti, la garanzia rilasciata da SACE non assicura una copertura totale dei prestiti erogati dal sistema bancario, ma li copre in percentuali diverse e decrescenti al crescere del fatturato e del numero di dipendenti dell’impresa beneficiaria<sup>4</sup>. In ogni caso, l’importo massimo del prestito

<sup>2</sup> Sull’argomento cfr. S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 24.4.2020.

<sup>3</sup> L’art. 35 DDL 18.11.2020 (Legge di Bilancio per il 2021), nel prorogare le misure di sostegno per la liquidità alle imprese ha introdotto alcune novità. La garanzia riconosciuta dalla SACE a partire dal 1° gennaio 2021 viene estesa anche alle cessioni di crediti effettuate dalle imprese in favore di banche ed intermediari finanziari senza garanzia di solvenza del cedente (*pro soluto*). Sempre per le garanzie concesse dopo il 31 dicembre 2020, è data la possibilità di richiedere la copertura SACE anche alle operazioni di finanziamento con rinegoziazione del debito, nel rispetto dei seguenti requisiti: erogazione di un’ulteriore finanziamento pari almeno al 25% del credito rinegoziato a patto che il rilascio della garanzia consenta di determinare un minor costo e/o una maggior durata del finanziamento rispetto a quello rinegoziato. Un intervento specifico è, inoltre, rivolto alle imprese da 250 a 499 dipendenti (le imprese definite *mid-cap*). Dal 1° gennaio 2021 e fino al 30 giugno, le garanzie SACE saranno concesse a titolo gratuito fino al 90% del finanziamento, e per un importo massimo di 5 milioni di euro, anche considerando la quota di garanzia concessa dal Fondo per le PMI. La disciplina prevista per le imprese *mid-cap* sarà caratterizzata, da febbraio 2021, da un passaggio di competenze dal Fondo per le PMI allo strumento Garanzia Italia, gestito da SACE. Sempre per le imprese con almeno 250 dipendenti, infine, la Legge di Bilancio prevede dal 1° luglio 2021 la possibilità di accedere alla garanzia a condizioni di mercato con copertura dell’80% del finanziamento richiesto.

<sup>4</sup> Difatti è prevista una copertura del 90% dell’importo finanziato per imprese con non più di 5000 dipendenti in Italia e valore del fatturato fino a 1,5 miliardi di euro; dell’80% qualora il fatturato dell’impresa sia compreso tra 1,5 e 5 miliardi di euro o il numero di dipendenti in Italia sia superiore a 5000; del 70% per imprese con fatturato superiore a 5 miliardi (cfr. art.1, comma 2, lett. *d*) decreto Liquidità). Tale disposizione va integrata con quella dettata al 4° comma della stessa disposizione dove si prevede che «Ai fini dell’individuazione della percentuale di garanzia indicata dal comma 2, lettera *d*), si fa riferimento al valore su base consolida-

garantito è ancorato a due parametri ben precisi: non può essere superiore al 25% del fatturato annuo dell'impresa realizzato nel 2019 o al doppio dei costi del personale dell'impresa relativi allo stesso periodo e risultanti dal bilancio o da apposita certificazione (art. 1, comma 2, lett. c, decreto Liquidità)<sup>5</sup>. Oltre a questo requisito, per il rilascio della garanzia è richiesta la presenza di altre due condizioni: la durata non superiore a sei anni del finanziamento e la circostanza che l'impresa beneficiaria non versi in situazione di difficoltà (secondo la normativa europea<sup>6</sup>) o non risulti, alla data del 29 febbraio 2020, tra le esposizioni deteriorate<sup>7</sup> presso il sistema bancario.

Trattandosi di finanziamenti prevalentemente rivolti alle grandi imprese, la nuova normativa – a differenza di quanto avviene per i mini-prestiti di cui all'art. 1, comma 1, lett. m), dell'art. 13 decreto Liquidità – tiene ferma la valutazione del merito di credito, prescrivendo che la garanzia sia «conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della migliore mitigazione del rischio»<sup>8</sup>. E ciò a partire dalla fascia più bassa dei beneficiari dei prestiti, rappresentata dalle imprese con non più di 5000 dipendenti in Italia e con valore del fatturato inferiore a 1,5 miliardi di euro. Tali imprese, infatti, qualora intendano ottenere finanziamenti con garanzia statale SACE, dovranno inoltrare la richiesta di prestito ad uno o più finanziatori, coordinati tra loro, che verificheranno il merito di credito della richiedente in base ai consueti parametri economici e daranno comunicazione dell'esito positivo della verifica a SACE Spa, che – a propria volta – istruirà le richieste al fine di rilasciare la garanzia. Ove l'impresa si collochi in una fascia più alta di quella descritta (avendo dipendenti o fatturato superiori rispettivamente a 5000 o ad 1,5 miliardi di euro), per il rilascio della garan-

---

ta del fatturato e dei costi del personale del gruppo, qualora l'impresa beneficiaria sia parte di un gruppo. L'impresa richiedente è tenuta a comunicare alla banca finanziatrice tale valore. Le percentuali indicate al comma 2, lett. d) si applicano sull'importo residuo dovuto, in caso di ammortamento progressivo del finanziamento».

<sup>5</sup> Connessa a questa disposizione è quella contenuta al comma 3 del medesimo articolo dove si specifica che «Ai fini dell'individuazione del limite di importo garantito indicato dal comma 2, lett. c), si fa riferimento al valore del fatturato in Italia e dei costi del personale sostenuti in Italia da parte dell'impresa ovvero su base consolidata qualora l'impresa appartenga ad un gruppo. L'impresa richiedente è tenuta a comunicare alla banca finanziatrice tale valore. Ai fini della verifica del suddetto limite, qualora la medesima impresa sia beneficiaria di più finanziamenti assistiti dalla garanzia di cui al presente articolo ovvero da altra garanzia pubblica, gli importi di detti finanziamenti si cumulano. Qualora la medesima impresa, ovvero il medesimo gruppo quando la prima è parte di un gruppo, siano beneficiari di più finanziamenti assistiti dalla garanzia di cui al comma 1, gli importi di detti finanziamenti si cumulano».

<sup>6</sup> Il decreto n. 23/2020 richiama, a tal riguardo, i Regolamenti (UE) nn. 651/2014, 702/2014 e 1388/2014.

<sup>7</sup> Il riferimento è, in particolare al Regolamento (UE) n. 575/2013 come modificato dal Regolamento (UE) n. 630/2020.

<sup>8</sup> Sul merito creditizio nella disciplina pandemica cfr. T. Rumi, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, n. 4, 63 ss., e M. Condemi, *Il «Merito creditizio» nel contesto normativo conseguente alla pandemia Covid-19*, in *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, *Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna e A. Sciarone Alibrandi, Pisa, 2020, 238 ss.

zia SACE occorrerà un decreto ministeriale (del MEF, sentito il MiSE), che terrà conto in particolare del ruolo strategico che l'impresa ricopre in Italia<sup>9</sup>.

Un ulteriore elemento di distinzione è poi rappresentato dal fatto che si tratta di una garanzia onerosa, perché la sua attivazione prevede il pagamento di alcune commissioni annuali che variano in base all'importo garantito ed alla grandezza dell'impresa<sup>10</sup>. In ogni caso, le commissioni devono essere limitate al recupero dei costi, ed il costo dei finanziamenti garantiti deve essere inferiore a quello che i medesimi finanziamenti avrebbero avuto in mancanza di garanzia (art. 1, comma 2, lett. h).

Esistono, poi, specifiche condizioni per la concessione del beneficio, quali l'impegno dell'impresa di non approvare la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni, di gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali, di destinare il finanziamento a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali localizzati in Italia<sup>11</sup>. Grava, inoltre, sui soggetti finanziatori l'obbligo di rendiconto periodico a SACE S.p.a. per consentirle il monitoraggio sul rispetto, da parte di finanziatori e finanziati, dei requisiti prescritti dalla legge.

SACE S.p.a. viene controgarantita dallo Stato per le obbligazioni assunte in virtù delle garanzie che essa concede. La controgaranzia (che opera "a prima richiesta") è incondizionata, irrevocabile e si estende al rimborso del capitale, al pagamento degli interessi e ad ogni altro onere accessorio, al netto delle commissioni che SACE ha ricevuto per le garanzie rilasciate.

## 2. *Il privilegio SACE? Considerazioni a margine della più recente giurisprudenza di legittimità*

Un aspetto molto interessante da esaminare è sicuramente quello relativo alla qualificazione del credito spettante alla società SACE a seguito dell'escussione della garanzia da parte dei soggetti finanziatori. Si tratta di un tema che anche in passato ha suscitato un vivace dibattito, soprattutto in giurisprudenza.

<sup>9</sup> In questo caso i parametri per il rilascio della garanzia SACE sono i seguenti: 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 (art. 1, comma 7, decreto Liquidità).

<sup>10</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. e) decreto Liquidità le commissioni annuali dovute alle imprese per il rilascio della garanzia sono le seguenti: 1) per i finanziamenti di piccole e medie imprese sono corrisposti, in rapporto all'importo garantito, 25 punti base durante il primo anno, 50 punti base durante il secondo e terzo anno, 100 punti base durante il quarto, quinto e sesto anno; 2) per i finanziamenti di imprese diverse dalle piccole e medie imprese sono corrisposti, in rapporto all'importo garantito, 50 punti base durante il primo anno, 100 punti base durante il secondo e terzo anno, 200 punti base durante il quarto, quinto e sesto anno.

<sup>11</sup> Sul vincolo di destinazione delle somme erogate dalla normativa emergenziale cfr. D. Rossano, *La natura privilegiata del credito vantato da SACE S.p.A.*, in *NGCC*, 2020, 5, 132 ss.

L'orientamento prevalente riteneva che la SACE S.p.a., nel prestare garanzie di tipo fideiussorio per il rischio di mancato rimborso di finanziamenti bancari all'internazionalizzazione, operasse nel quadro del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 143, con la conseguenza che, in caso di inadempimento dell'impresa e di escussione della garanzia da parte della banca finanziatrice, SACE si sarebbe surrogata nei diritti spettanti a quest'ultima nei confronti dell'impresa finanziata<sup>12</sup>. Si escludeva, peraltro, che al credito della banca finanziatrice “ereditato” da SACE potesse competere il privilegio previsto dall'art. 9, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, ai sensi del quale i crediti restitutori conseguenti alla revoca di un intervento di finanziamento pubblico diretto<sup>13</sup> venivano considerati come crediti «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»<sup>14</sup>.

Questa disposizione, inizialmente è stata infatti ritenuta applicabile – come già accennato – solo al credito di rimborso scaturente da finanziamenti “diretti”, e non anche a quello derivante da finanziamenti c.d. “indiretti” (ossia quelli consistenti nella concessione di una garanzia a favore dell'impresa, finanziata da altri) nell'ipotesi in cui il garante avesse subito l'escussione della garanzia, e si fosse surrogato al creditore nella posizione creditoria verso il soggetto finanziato.

Anche a voler ipotizzare un'applicazione (analogica) del cit. art. 9 al credito SACE, l'interpretazione (restrittiva) suddetta, impediva di considerare questo credito, quando esso fosse sorto a seguito della escussione di una garanzia concessa da SACE (e non di un finanziamento “diretto”), come munito di natura “privilegiata”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Entrambi i provvedimenti normativi citati furono emanati in attuazione della delega contenuta nell'art. 4, comma 4, lett. c) l. Bassanini: il primo (d.lgs. n. 123/1998) recante la disciplina fondamentale dei finanziamenti pubblici alle imprese, in qualsiasi forma e a qualunque livello erogati, il secondo (d.lgs. n. 143/1998) concernente specificamente le funzioni di SACE.

<sup>13</sup> Quindi, la norma si riferiva (almeno, testualmente) all'ipotesi in cui il finanziamento all'impresa fosse stato (direttamente) erogato dal soggetto pubblico, non anche all'ipotesi in cui quest'ultimo avesse assunto semplicemente il ruolo di garante della restituzione di un finanziamento erogato all'impresa da una Banca o da altro soggetto finanziatore.

<sup>14</sup> Con riguardo alla revoca dei benefici economici, la norma (ai commi 1, 3 e 4) elenca le ipotesi in cui la stessa possa avere luogo e, precisamente: quando l'intervento di sostegno sia stato accordato in «assenza di uno o più requisiti», ovvero a fronte di «documentazione incompleta o irregolare»; o quando «i beni acquistati con l'intervento siano alienati, ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione, ovvero prima che abbia termine quanto previsto dal progetto ammesso all'intervento»; o, infine, «per azioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria». Sul punto *amplie* M. Arsi, *Le “revoche” delle agevolazioni finanziarie alle imprese*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2007, 3-4, 527 ss., per il quale le revoche delle agevolazioni pubbliche rientrano nell'ambito delle revoche «per sopravvenienza», cioè sono atti amministrativi con cui la PA, nell'esercizio del potere di autotutela, rimuove un provvedimento considerato – a seguito di una diversa valutazione degli interessi in gioco o in conseguenza di fatti sopravvenuti – non più adeguato al soddisfacimento dell'interesse pubblico che mirava a soddisfare. In senso conforme anche C. Trentini, *Privilegio dei crediti di restituzione derivanti da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive*, in *Il Fallimento*, 2019, n. 5, 618 ss.

<sup>15</sup> Così, infatti, la giurisprudenza dell'epoca. Cfr. Trib. Milano, 17.2.2011, in *Il Fallimentarista.it.*; Trib. Tolmezzo, 11.3.2013, in *Il Fallimento*, n. 2/2014, 224 ss., con nota di L. Andretto; Trib. Milano 2.7.2014, n.

È noto, peraltro, come questa interpretazione restrittiva risulti oggi (definitivamente) abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza n. 2664/2019, e confermata da alcune pronunce ancora più recenti, come la sentenza n. 8882/2020<sup>16</sup>.

Secondo questo più recente orientamento la nozione di «finanziamento» utilizzata dall'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 deve intendersi in senso lato, ed è idonea a ricomprendere non soltanto le «erogazioni *dirette* di somme di denaro», ma anche la concessione di garanzie a favore dell'impresa. A corroborare questa impostazione, secondo i giudici di legittimità, militerebbero due circostanze. Innanzitutto, il fatto che il d.lgs. n. 123/1998 non detti una definizione del termine finanziamento e che tale espressione non assuma, comunque, nel quadro del nostro ordinamento un significato costante, tale da potersi legittimamente ritenere che con essa si faccia esclusivo riferimento alla «erogazione diretta in denaro»<sup>17</sup> e, secondariamente, la considerazione che «le diverse forme di intervento pubblico di sostegno alle attività produttive individuate dal d.lgs. n. 123/1998 (e descritte dall'art. 7) appaiono espressione di un disegno di impianto unitario, sicché con specifico riferimento al tema del privilegio di cui all'art. 9, comma 5 non sembrano profilarsi ragioni giustificatrici di trattamenti normativi differenziati a seconda delle diverse forme di intervento previste, aventi la medesima finalità di sostegno economico». Né trattamenti differenziati troverebbero

---

1762 in banca dati *De Jure*; Trib. Torino, 2.7.2014, in *IlCaso.it*; Trib. Pistoia 21.5.2015, n. 3178, in *IlCaso.it*, con nota di M. Mancini e T. Stanghellini; Trib. Roma 2.3.2017, in *FallimentieSocietà.it*; Trib. Bari 10.1.2018 in *Redazione Giuffrè*; Trib. Milano, 22.2.2018, in *IlCaso.it*, ma già nella giurisprudenza di legittimità Cass. SS. UU., 6.2.1993, n. 5246 e Cass. SS. UU., 17.5.2010, n. 11930. In dottrina critica l'estensione della norma contenuta nell'art. 9, comma 5, d.lgs. 123/1998 al credito vantato dal Fondo per le PMI, prima della novella intervenuta con l'art. 8-bis d.lgs. n. 3/2015, A. Zanellato, *La natura privilegiata del credito del fondo di garanzia per le PMI*, in *filodiritto*, 9.5.2019, nonché Id., *L'ipotesi del mutuo di scopo e il privilegio di tipo speciale del credito del Fondo di garanzia per le PMI*, in *iusinitinere.it*; V. Palladino, *Finanziamenti alle imprese: presupposti e limiti del privilegio*, in *IlFallimentarista.it*, del 10.2.2015. Favorevoli al privilegio del Fondo di garanzia per le PMI sono, invece, Trib. Monza, 10.11.2017, in *IlCaso.it*; Trib. Treviso, 4.1.2017, in *IlCaso.it*; Trib. Ravenna, 10.11.2016, in *IlCaso.it*; Trib. Como, 28.9.2016, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 29.12.2015, in *IlCaso.it*; Trib. Padova, 23.7.2012, in *IlCaso.it*.

<sup>16</sup> Si tratta di Cass. 13.5.2020, n. 8882, in *Il Fallimento*, n. 11/2020, 1378 ss., con note di L. D'Orazio e M. Fabiani, e in *www.diritto bancario.it* con nota di E. Pagani, *Natura del credito di Sace conseguente all'escussione della garanzia prestata*.

<sup>17</sup> Tra le norme richiamate dalla S.C., nelle pronunce nn. 2664/2019 e 8882/2020, per sostenere una nozione ampia dell'espressione «finanziamento», figurano: l'art. 47 T.U.B. (rubricato «Finanziamenti agevolati e gestione di fondi pubblici»), per il quale rientrerebbero tra le attività ordinarie di finanziamento, oltre alle operazioni di prestito, anche il «rilascio di garanzie e di impegni di firma»; l'art. 2447-*decies* c.c., che nell'ambito dei finanziamenti destinati ad uno specifico affare ricomprende, oltre ai contratti di credito, le strutture negoziali di stampo partecipativo e pure le operazioni di finanza strutturata; l'art. 106, comma 1, T.U.B. che nel lungo elenco di operazioni con cui la normativa secondaria dà corpo al lemma «finanziamento» di cui alla legge, individua le operazioni di «rilascio di garanzie», di «acquisto di crediti a titolo oneroso», di «apertura di credito documentaria», di «avallo» e «girata», e, infine l'art. 2467 c.c., concernente i finanziamenti dei soci nelle s.r.l. e l'art. 182-*quater* l. fall.

giustificazione nel diverso rischio imprenditoriale dell'ente che concede la garanzia rispetto al soggetto che eroga direttamente la somma di denaro al mutuatario. In entrambi i casi la causa del credito sarebbe identica: la tutela del credito del soggetto pubblico – che sostiene direttamente (attraverso l'erogazione di somme di denaro) o indirettamente (attraverso la concessione di garanzie a copertura dei finanziamenti bancari) le attività delle imprese beneficiarie – consentendogli nelle ipotesi di "revoca" e "restituzione" (di cui al suddetto art. 9) di recuperare il sacrificio patrimoniale sopportato in funzione dello sviluppo delle attività produttive, con preferenza rispetto a tutti gli altri creditori dell'impresa finanziata.

Senonché, il richiamo all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 su cui la giurisprudenza di legittimità fonda il carattere privilegiato del credito SACE, nel tentativo di rendere una soluzione ottimale per le casse dello Stato legittima anche sotto il profilo giuridico<sup>18</sup>, continua a suscitare non poche perplessità con riguardo sia al principio di tassatività dei privilegi (ed al carattere eccezionale delle norme che li prevedono), sia ai principi generali in tema di *par condicio creditorum* e di surrogazione.

Il principio di tassatività dei privilegi, infatti, preclude che possano crearsi privilegi al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge a tutela del principio generale della *par condicio creditorum* che, a sua volta, è espressione del principio di uguaglianza<sup>19</sup>. Le cause di prelazione previste dalla legge si presentano, infatti, come deroghe alla parità di trattamento dei creditori che, nel caso dei privilegi, si giustificano in considerazione della particolare causa del credito, ritenuto dalla legge meritevole di maggiore tutela e, quindi, di essere preferito rispetto agli altri. Ne consegue che, in questa materia, l'inammissibilità dell'interpretazione analogica è un punto fermo<sup>20</sup>, ma anche l'interpretazione estensiva – laddo-

<sup>18</sup> Lo evidenzia bene S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, cit., 5 che intravede, dietro il *favor* della giurisprudenza per le ragioni di SACE, una particolare attenzione alle esigenze del creditore "pubblico", meritevole di una tutela forte e decisa, anche a "scapito" dei creditori privati, che si trovano costretti entro l'ambito della *par condicio* in difetto di specifici titoli di prelazione. Si tratterebbe, per questa impostazione, di una visione "sostanzialista" caratterizzata da passaggi argomentativi non sempre condivisibili.

<sup>19</sup> Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile 7, Le garanzie reali e la prescrizione*, Milano, 2012, 12. Per l'incidenza del privilegio sulla *par condicio creditorum* cfr., altresì, G. Tucci, *Cause di prelazione e principi costituzionali*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di Rescigno, Napoli, 2006, 255 ss.

<sup>20</sup> Cfr. ad es., Cass. 12.01.2021, n. 281 e Cass. 26.8.2005, n. 17396 (che hanno ritenuto inammissibile l'interpretazione analogica dell'art. 2751-bis, n. 5, c.c. ad un credito per appalto d'opera); Cass. 2.3.2012, n. 3335 (che ha escluso l'applicabilità dell'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 ed il riconoscimento della natura privilegiata ai crediti restitutori vantati dalla Regione Veneto derivanti dalla revoca di finanziamenti di tipo europeo la cui causa non era quella di aiutare le imprese a fronteggiare la situazione di difficoltà economica in cui versavano, ma a favorire la formazione di realtà imprenditoriali solo potenziali e future); Cass. 10.11.2011, n. 23491 (per l'inapplicabilità analogica del privilegio ex art. 2751-bis, n. 1, c.c. ai congiunti del prestatore di lavoro subordinato); Cass. 5.3.2009, n. 5297 (che ha negato l'applicazione analogica dell'art. 2752, u.c., c.c. alla TIA); Cass. 14.1.2008, n. 598 (per l'inapplicabilità analogica del privilegio ex art. 2751-bis n. 4 c.c. ai crediti del coltivatore diretto per prodotti conferiti alla cooperativa di cui è socio), tutte in banca dati *Pluris*. Ribadiscono



ve non sia espressamente esclusa<sup>21</sup> – viene comunque limitata alle sole ipotesi in cui ad istituire i privilegi siano le norme del codice civile<sup>22</sup>. In tutti gli altri casi, quando cioè ad istituire privilegi siano norme settoriali (come nell'ipotesi del privilegio introdotto dall'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 per i crediti restitutori derivanti dalla revoca delle misure di sostegno pubblico alle imprese), le stesse, per il loro carattere di *ius singulare*, non potranno che essere di stretta interpretazione, proprio al fine di scongiurare il pericolo di deroghe ingiustificate al principio della parità di trattamento dei creditori, principio «voluto dal legislatore quale rimedio di giustizia alternativa, distributiva e commutativa, per esigenze di parità sostanziale (e non solo formale dei cittadini) dinanzi alla legge; non-

---

il carattere eccezionale delle norme che disciplinano i privilegi, con conseguente divieto di applicazione analogica anche Cass. 30.5.1960, n. 1398, in *Mass. Giust. civ.*; 1960, Cass. 27.2.1990, n. 1510, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1797; Cass. 14.4.1992, n. 4549, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 1, 155. Anche in dottrina l'orientamento prevalente esclude l'analogia. Sul punto, *ex multis*, G. P. Gaetano, *I privilegi*, *Trattato di dir. civ. Vassalli*, Torino, 1949, 52 s.; F. Parente, *Sub art. 2745 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti* a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, artt. 2643-2783 *ter*, Torino, 2016, 1013 s.; A. Ravazoni, *Privilegi*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 373; S. Ciccarello, *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 726.

<sup>21</sup> Nel senso dell'esclusione dell'interpretazione estensiva del privilegio perché derogativa della regola generale v., tra le altre, Cass. 6.11.2013, n. 24970, in banca dati *Pluris*; Cass. 26.8.2005, n. 17396, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Trib. Genova, 26.7.1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 640.

<sup>22</sup> È quanto afferma Cass. SS.UU., 17.05.2010, n. 11930, in *Foro it.*, 2010, 2032 che, per i soli privilegi previsti dal codice civile, consente l'interpretazione estensiva «non solo nei limiti consentiti dalla massima espansione della portata semantica dell'espressione legislativa, ma anche quando l'estensione della norma a un caso non compreso nella lettera legislativa sia giustificata da un giudizio di meritevolezza del medesimo trattamento, fondato sulla *ratio legis* indipendentemente dalla somiglianza al caso previsto» e sulla causa del credito. Per l'interpretazione estensiva dei soli privilegi previsti dal codice civile cfr. Cass. 12.8.2016, n. 17087 e Cass. 23.12.2015, n. 25932, in banca dati *Pluris*; Cass. 17.2.2012, n. 2320, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, 665. A sua volta, la Corte Costituzionale – chiamata a pronunciarsi più volte sulla legittimità di norme attributive di privilegi sotto il profilo della mancata inclusione di alcuni crediti nella categoria privilegiata – proprio in considerazione del carattere politico-economico dei criteri che presidono al riconoscimento della natura privilegiata di dati crediti, non solo ha escluso che si potesse utilizzare lo strumento del giudizio di legittimità costituzionale per introdurre ulteriori cause di prelazione, ma ha ribadito che «il sistema delle cause di prelazione – derogatorio del principio della *par condicio creditorum* – ancorché esse siano divenute sempre più numerose – va riguardato tenendo conto delle norme che regolano i rapporti tra i crediti che ne godono, ossia della loro graduazione, sicché l'attribuzione della qualità privilegiata ad un credito non può mai andar disgiunta dalla sua collocazione nell'ordine dei privilegi; collocazione che richiede valutazioni economico-politiche, rimesse al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità» (C. Cost. 6.4.2004, n. 113). La stessa Corte, fermo restando questo principio generale e al fine di evitare soluzioni contrarie ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza, ha comunque ammesso la possibilità di sindacare, all'interno di una specifica norma attributiva di un privilegio, la mancata inclusione in essa di fattispecie omogenee a quelle cui la causa di prelazione è riferita (v. il richiamo anche a C. Cost. 23.2.1996, n. 40 e 4.3.1992, n. 84). Così, ad esempio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751-bis, n. 2, c.c. in quanto non comprendeva le retribuzioni dei prestatori d'opera non intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione, ritenendo tale credito omogeneo a quello dei prestatori d'opera intellettuale (C. Cost. 29.1.1998, n. 1). Occorre evidenziare, però, che in tutte le ipotesi in cui la Corte Costituzionale si è pronunciata il sindacato ha avuto sempre ad oggetto norme del codice civile istitutive di privilegi, mai leggi di settore.



ché per svolgere una funzione riequilibratrice a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>23</sup>.

Che l'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 rappresenti una "coperta troppo corta" per includere nel proprio raggio di azione anche i crediti restitutori derivanti da finanziamenti bancari con garanzia statale lo dimostra, altresì, la vicenda relativa alle garanzie concesse dal Fondo PMI. Il legislatore, infatti, per attribuire natura privilegiata al credito per la restituzione delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia per le PMI ha ritenuto necessario introdurre una norma specifica, l'art. 8-bis d.lgs. n. 3/2015<sup>24</sup>. Così, mentre l'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/1998 riconosce il privilegio facendo riferimento «alle restituzioni di cui al comma 4» ovvero ai crediti restitutori nascenti da finanziamenti erogati direttamente dallo Stato e poi revocati, l'art. 8-bis si riferisce proprio al diritto alla restituzione spettante al Fondo PMI per la garanzia pubblica prestata.

Ad analoga soluzione normativa non si è giunti, invece, per i crediti SACE. Con l'emanazione del Decreto Liquidità il legislatore, volendo, avrebbe potuto cogliere l'occasione per attribuire carattere di privilegio al credito restituto-

<sup>23</sup> Cfr. ancora, in motivazione, Cass. SS.UU. n. 11930/2010 per la quale a differenza dei privilegi istituiti da norme settoriali che costituiscono *ius singulare*, i privilegi (e le altre cause legittime di prelazione) previsti dal codice civile «rispondono ad un criterio di equità discendente dallo stesso art. 3 della Costituzione» che giustifica la deroga al principio della *par condicio creditorum*. In altri termini – dice la Corte – «le norme del codice civile che stabiliscono privilegi in favore di determinati crediti possono essere oggetto di interpretazione estensiva, la quale costituisce il risultato di un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale; e di identificare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo 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 specie i giudici di legittimità hanno ritenuto che il privilegio generale sui beni mobili istituito dall'art. 2752 c.c., sui crediti per le imposte, tasse e tributi comuni previsti dalla legge per la finanza locale, dovesse essere riconosciuto anche per i crediti dei comuni relativi all'ICI, introdotta dal d.lgs. n. 504/1992, pur se successiva e, quindi, non compresa tra i tributi contemplati dal r.d. n. 1175 del 1931.

<sup>24</sup> Il comma 3 dell'art. 8-bis l. n. 33/2015, infatti, prevede 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'art. 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'art. 2751-bis del codice civile fatti salvi i precedenti diritti di relazione 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'art. 17 del d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni». La norma chiude definitivamente la questione sulla natura privilegiata del credito restitutorio spettante al Fondo di Garanzia PMI. Si è discusso, in dottrina ed in giurisprudenza, sul carattere innovativo o di interpretazione autentica da attribuire alla norma. Per la prima soluzione, cfr. in dottrina, D. Manente, *Nuovo privilegio per ius superveniens e fallimento. Note a margine di un caso di recupero in sede concorsuale di interventi pubblici di sostegno alle imprese erogati dal fondo di garanzia PMI*, in *Dir. fall.*, 2018, 5, 980; L. D'Orazio, *Il privilegio Sace ex d.lgs. n. 123/1998 tra revoca provvedimentale e risoluzione di diritto nella fase esecutiva del rapporto*, cit. 1390. Ritengono che l'art. 8-bis sia norma di interpretazione autentica, invece, Trib. Como, 28.9.2016 e Trib. Monza, 10.11.2017, in *Il Caso.it*. Considerano, invece, l'art. 8-bis, comma 3, l. 33/2015 disposizione ripetitiva e confermativa del regime già vigente Cass. 31.5.2019, n. 14915 e Cass. 25.11.2019, n. 30621, in banca dati *Pluris*.

rio spettante a SACE a seguito dell'escussione della garanzia da parte del soggetto finanziatore per l'insolvenza dell'impresa finanziata. Se ciò non è avvenuto è perché, probabilmente, il legislatore non ha ritenuto che la causa di questo credito fosse meritevole di derogare al principio della *par condicio creditorum*.

Escludendo la natura privilegiata del credito restitutorio SACE si risolve anche il problema (affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con argomenti poco persuasivi) di conciliare l'operatività di questo privilegio con l'istituto della surrogazione. È a tutti noto, infatti, che la surrogazione, qualunque ne sia la fonte, fa subentrare il *solvens* nella stessa posizione giuridica del creditore soddisfatto.

Determina, cioè, una successione nel credito per la quale il soggetto che paga, nel nostro caso il garante, surrogandosi al creditore può beneficiare delle stesse garanzie ed accessori che caratterizzavano il credito originario (similmente a quanto avviene nell'istituto della cessione del credito<sup>25</sup>), con la precisazione che se il credito garantito è chirografario lo "eredita" come tale<sup>26</sup>.

A fronte di ciò, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, nonostante la surrogazione, il credito SACE rimanesse privilegiato, a ciò non ostando la circostanza che di tale privilegio non disponesse il creditore che aveva erogato il mutuo e che si era avvantaggiato della garanzia. Per il Supremo Collegio, infatti, «non vi è alcuna necessità – sotto il profilo strutturale come pure sotto quello logico – che la posizione del creditore garantito si avvantaggi di un privilegio, perché di un privilegio possa disporre il garante: la posizione del creditore, cioè, non si pone come medio logico inevitabile in proposito»<sup>27</sup>, anche perché, si aggiunge (in un'altra pronuncia di poco successiva), il soggetto garantito «già fruisce della possibilità di escussione immediata (che è a prima richiesta, incondizionata ed irrevocabile) del soggetto pubblico in caso di inadempimento del soggetto finanziato»<sup>28</sup>.

Non v'è chi non veda, però, come tali affermazioni invertano chiaramente i termini del problema in quanto, per effetto della surrogazione, è il garante a subentrare nella posizione del creditore garantito, non il contrario. Ma, soprattutto, che un credito nato chirografario, in virtù di una mera vicenda circolatoria, possa subire una «trasmutazione genetica» è apparso alla dottrina più accorta e ad una parte della giurisprudenza (rimasta, purtroppo, minoritaria) abbastanza strano.

Il problema, ovviamente, non avrebbe più ragione di porsi qualora si accettasse la tesi che esclude la natura privilegiata del credito restitutorio SACE.

<sup>25</sup> Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile 4, L'obbligazione*, Milano, 1990, 364.

<sup>26</sup> In questo senso anche Cass. 7.7.2017, n. 16870, nonché Trib. Pistoia 21.5.2015, n. 3178, con nota di M. Mancini e 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 *IlCaso.it*, 3.5.2015; nonché D. Galletti, *Il privilegio generale, anzi speciale, di SACE nel concordato preventivo omologato*, in *www.ilfallimentarista.it*, 11.4.2012.

<sup>27</sup> Così Cass. civ. n. 2664/2019 in banca dati *Pluris*.

<sup>28</sup> Così, in motivazione, Cass. civ. n. 6508/2020 cit., in *Il Fallimento* n. 2020, 11, 1382.

### 3. *La qualificazione della garanzia SACE come garanzia autonoma ed i suoi riflessi sulla disciplina del credito*

Un altro profilo degno di attenzione è rappresentato, a nostro avviso, dalla possibilità di configurare il rapporto tra la SACE S.p.a. e le banche finanziarie come contratto autonomo di garanzia<sup>29</sup>. Questa qualificazione, desumibile dall'art. 1 del decreto Liquidità, laddove si dice che la garanzia concessa da SACE S.p.a. «è a prima richiesta»<sup>30</sup>, sembra trovare conferma nel *Manuale operativo della garanzia*<sup>31</sup> e nelle *Condizioni Generali del contratto* di garanzia predisposte dalla stessa SACE<sup>32</sup>.

Tralasciando la descrizione delle fasi che scandiscono la procedura di rilascio della garanzia<sup>33</sup> è necessario piuttosto soffermarsi sul profilo della sua effi-

<sup>29</sup> Sul contratto autonomo di garanzia la bibliografia è sterminata. In questa sede ci limitiamo a segnalare, *ex multis*, F. Macario, *Le garanzie personali*, vol. X, in *Trattato di diritto civile Sacco*, Torino, 2009, 411 ss.; E. Navarretta, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, 523; G. Stella, *Le garanzie del credito*, vol. I, in *Trattato Iudica – Zatti*, Milano, 2010, 783 ss.; P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006; M. Lobuono, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; F. Mastropalo, *I contratti autonomi di garanzia*, sec. ed., Torino, 1995; F. Nappi, *La garanzia autonoma*, Napoli 1992; Id., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *BBTC*, 2010, II, 425 ss.; G. Bozzi, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1982, I, 171 ss.; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 127 ss.; R. Cicala, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 143 ss.

<sup>30</sup> Sulla qualificazione della garanzia SACE come contratto autonomo di garanzia cfr., in dottrina, A.A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, n. 2/2020, 265, sebbene l'A. evidenzi l'assenza nel dettato legislativo della formula «senza eccezioni» idonea ad escludere ogni dubbio su tale configurazione, formula di cui si auspica l'inserimento nei testi contrattuali esecutivi del decreto.

<sup>31</sup> Tale Manuale è disponibile sul sito [www.sacesimest.it](http://www.sacesimest.it), e risulta aggiornato al 10 novembre 2020.

<sup>32</sup> Cfr. circolare ABI del 21.4.2020, *Emergenza COVID-19 – Modalità operative per il rilascio delle garanzie di cui all'art. 1 del d. l. 8.4.2020 n. 23*, in cui si dà comunicazione delle modalità operative, concordate tra SACE e ABI, per l'accesso alla garanzia statale per i finanziamenti sotto qualsiasi forma erogati alle imprese colpite dall'epidemia Covid-19 da parte di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali ed altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia.

<sup>33</sup> Per il rilascio della garanzia è prevista una procedura differenziata, che può essere semplificata o ordinaria, a seconda del fatturato, del numero dei dipendenti (in Italia) dell'impresa e dal valore del finanziamento. La procedura "semplificata" si articola in diverse fasi, prima fra tutte, la richiesta di finanziamento assistito da garanzia SACE da parte dell'impresa al Soggetto Finanziatore che dovrà svolgere un'istruttoria interna per deliberare se il cliente possiede i requisiti per accedere al finanziamento e, all'esito della positiva delibera, presenterà a SACE la richiesta di garanzia (Fase 2), aderendo alle CG di contratto ed ai relativi allegati da questa unilateralmente predisposti, presso il Portale telematico "Garanzia Italia", sul sito di SACE. Il Soggetto Finanziatore dovrà dichiarare, alternativamente, di aver ricevuto dall'impresa beneficiaria tutte le dichiarazioni previste dalla richiesta di finanziamento o di aver concluso favorevolmente la propria istruttoria e di voler concedere il finanziamento, previo ottenimento della garanzia SACE. Spetterà, altresì, al Soggetto Finanziatore fornire a SACE le informazioni relative alle caratteristiche del finanziamento (importo, scopo, durata, piano di ammortamento, ecc.) o gli ulteriori elementi richiesti per le imprese ammesse solo con procedura "ordinaria" e di raccogliere la copia della richiesta di finanziamento con allegata Autocertificazione Antimafia da parte dell'Impresa Beneficiaria. A questo punto si instaura la Fase 3, concernente l'esito della richiesta di garanzia. Difatti, SACE, cui pervie-

cazia. Le condizioni generali di contratto predisposte da SACE, nel disciplinare puntualmente gli effetti della garanzia, dettano importanti regole (per il profilo che qui interessa) sulla sua escussione (art. 6 CG), sulla surroga di SACE nei diritti del Soggetto Finanziatore (art. 7 CG) e sulle azioni di recupero del credito che il Soggetto Finanziatore è tenuto ad intraprendere, autonomamente o anche su mandato della stessa SACE (art. 8 CG)<sup>34</sup>.

L'escussione della garanzia, infatti, è il momento tipico per capire di che tipo di garanzia si discute.

L'art. 6.3 delle CGC SACE prevede che, ricevuta la richiesta di escussione, «SACE verserà, a prima richiesta e con rinuncia, ai sensi dell'articolo 1944, comma 2° cod. civ., ad ogni obbligo di preventiva escussione dell'Impresa Beneficiaria – ma fermo restando il diritto di sollevare in sede di escussione eccezioni in relazione ad eventuali inadempimenti del Soggetto Finanziatore agli impegni di cui agli Articoli 4 (Remunerazione della Garanzia SACE), 6.1 (Escussione della Garanzia SACE), 9.1 (Impegni del Soggetto Finanziatore) (i), (ii) (con esclusivo riferimento all'impegno di cui alla lettera (a)) e da (iii) a (ix) – le somme dovute ai sensi della Garanzia SACE entro la successiva tra le seguenti date: - 30 (trenta) giorni dalla ricezione della Richiesta di Escussione, completa delle informazioni e degli allegati richiesti; - 90 (novanta) giorni dal mancato pagamento delle somme dovute ai sensi del Contratto di Finanziamento».

---

ne la richiesta di garanzia, verificherà l'esito positivo della delibera del soggetto finanziatore e la completezza delle informazioni presentate e comunicherà al soggetto finanziatore il Codice Unico Identificativo ("CUI") della garanzia, confermando l'avvenuta emissione della stessa mediante il rilascio della Lettera di Garanzia ("Garanzia Emessa)". La procedura si conclude con la Fase 4, rappresentata dall'erogazione del finanziamento. È importante sottolineare l'unica causa di decadenza dalla garanzia che si verifica, dopo la sua emissione, qualora il soggetto finanziatore non proceda all'erogazione del finanziamento e alla relativa comunicazione a SACE (entro 30 giorni, per la procedura semplificata, o 45 giorni, per quella ordinaria). Non costituiscono, invece, eventi idonei a far venir meno la garanzia SACE: l'eventuale non veridicità delle informazioni fornite al Soggetto Finanziatore dall'Impresa Beneficiaria in relazione alle dichiarazioni richieste alle lettere (c), (e), e (f) del paragrafo (iii) della Richiesta di Garanzia SACE; le modalità di svolgimento dell'istruttoria creditizia; l'eventuale inesattezza o incompletezza del report periodico cui è tenuto il soggetto finanziatore nei confronti di SACE; e, infine, l'inadempimento dell'Impresa Beneficiaria a corrispondere a SACE il Corrispettivo Annuale per il finanziamento come ricalcolato a causa della violazione da parte dell'Impresa Beneficiaria degli impegni di cui al punto (I), lettere (a), (b) e (c), e delle dichiarazioni di cui al punto (II) del paragrafo (iv) dell'art. 9.1 CGC SACE.

<sup>34</sup> A tal riguardo occorre precisare che «Gli importi riscossi dal Soggetto Finanziatore in forza del mandato conferito da SACE, dovranno essere distribuiti, entro e non oltre 10 giorni dalla relativa disponibilità, come segue: (i) in primo luogo, a copertura dei costi, diversi da quelli interni di natura meramente amministrativa o gestionale, e delle spese debitamente documentati non rimborsati precedentemente da SACE, sostenuti in relazione alle azioni intraprese, e (ii) in secondo luogo, dovranno essere ripartiti tra SACE e il Soggetto Finanziatore in proporzione alle rispettive ragioni di credito. Nel caso in cui gli importi riscossi non siano sufficienti a pagare i costi e le spese sostenuti in relazione alle azioni condotte anche in nome e per conto di SACE in forza del mandato conferito, tali costi e spese, dedotti gli importi eventualmente riscossi, saranno rimborsati da SACE in proporzione alla quota garantita entro 90 (novanta) Giorni Lavorativi dalla relativa richiesta» (art. 8 CGC SACE).

Questa disposizione sembra confermare la qualificazione della garanzia *de qua* come garanzia autonoma, del tipo – in particolare – di quella che, nel commercio internazionale, prende il nome di *performance bond*<sup>35</sup>. Il garante si obbliga a corrispondere una determinata somma di denaro, nel caso di inadempimento della prestazione dedotta nel contratto di finanziamento stipulato tra il garantito e l'Impresa Beneficiaria, "a prima richiesta" e con la possibilità di opporre al Soggetto Finanziatore solo le eccezioni specificamente consentite dalle CGC SACE<sup>36</sup>. In particolare, la richiesta di escussione può essere rifiutata se il Soggetto Finanziatore non rispetta precisi oneri formali o letterali (c.d. eccezioni letterali), perché ad es. non presenta la richiesta osservando le prescrizioni dell'art.

<sup>35</sup> Si tratta, cioè, della garanzia che, nella prassi del commercio internazionale, è diretta a garantire al beneficiario la "buona esecuzione" del contratto, e quindi a "coprire" il rischio di inadempimento del contratto principale che, nel nostro caso, è un finanziamento di scopo intercorso tra la banca e l'impresa in difficoltà economica a causa della pandemia Covid-19. Altre ipotesi di garanzia autonoma sono quelle di rimborso (*repayment bond*) e quelle di mantenimento dell'offerta (*bid bond*). Per un esame di queste garanzie cfr., tra gli altri, M. Viale, *La fideiussione e il contratto autonomo di garanzia, I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tratt. di diritto comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da Galgano, I, Torino, 1995, 772; M. Bastianni, *Bonds*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, II, Torino, 1987, 269 ss.; U. Draetta, *Le garanzie bancarie*, in AA. VV., *Le garanzie contrattuali – Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, 1994; M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 455; M. Lobocono, *I contratti di garanzia*, Napoli, 2007, 108 ss.

<sup>36</sup> Vale la pena evidenziare che proprio l'esigenza di rendere il rapporto di garanzia meno esposto alle vicende del rapporto principale ha favorito lo sviluppo nell'ordinamento tedesco, probabilmente anche per l'operatività in esso del principio di astrazione, del *Garantievertrag* (cfr. R. Stammler, *Der Garantievertrag, Eine civilistische abbadlung*, in *Arch. Civ. Prax*, 1886, 1 ss.), ovvero di «un impegno "puro e incondizionato", il cui tratto caratterizzante è rappresentato dalla recisione del legame di accessorietà con il rapporto garantito». Così F. Macario, *Le garanzie personali*, cit., 412 che richiama B. Kleiner, *Bankgarantie. Die garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, Zurigo, 1979, 33 ss. In virtù di questo contratto si realizza una garanzia personale autonoma dal debito nella quale il creditore può escutere il garante senza che questi possa opporre alcuna eccezione riguardante il rapporto principale, né ripetere quanto ha pagato, tranne casi particolari. Nel diritto tedesco il *Garantievertrag* veniva utilizzato «non solo per catalogare quei negozi – non riconducibili né al contratto di assicurazione, né a quello di fideiussione – in cui una parte assumeva la garanzia di un certo successo o risultato (ad es., garanzia di un utile minimo a favore dell'acquirente di una partecipazione sociale), ma anche per tenere obbligato il promittente ogni volta che la nullità del negozio principale o la mancanza della forma scritta (§766 BGB) escludeva la ricorrenza di una valida fideiussione, come pure ancora per inquadrare quei contratti in cui il c.d. fideiussore rinunciava preventivamente a far valere tutte le eccezioni spettanti al debitore principale [...], contratti che – si precisava nei *Motive* del BGB – non era possibile ricondurre ad una promessa fideiussoria (*Bürgschaftsversprechen*), ma ad un diverso tipo di promessa da valutare secondo i principi generali». Così G.B. Portale (*Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 8 ss.6) descrive l'utilità del *Garantievertrag* e del suo inserimento del BGB, utilità apprezzata ancor più dopo la seconda guerra mondiale per la ripresa del commercio con l'estero. Difatti, nel commercio internazionale l'impiego di garanzie di tipo fideiussorio, comportando la legittimazione del garante a sollevare eccezioni relative al rapporto di base (anche se infondate e dilatorie) avrebbe impedito l'incasso della garanzia accessoria e costretto il creditore garantito ad instaurare giudizi contro il debitore principale ed il garante in Paesi stranieri. Il *Garantievertrag*, invece, grazie alla clausola "pagamento a prima richiesta" permetteva non soltanto di staccare il contratto di garanzia dal rapporto principale, rendendolo autonomo, ma anche di eliminare ogni rischio di contestazione sulla ricorrenza o meno dei presupposti che legittimavano la richiesta di pagamento al garante. Sul punto anche M. Viale, *La fideiussione e il contratto autonomo di garanzia*, cit., 771.

6.1 CGC SACE<sup>37</sup>, oppure perché non rispetta gli impegni assunti verso SACE (c.d. eccezioni personali), in quanto: non remunera la garanzia (non paga la prima annualità del Corrispettivo dovuto a SACE)<sup>38</sup>; non svolge adeguata attività istruttoria e rende a SACE dichiarazioni non veritiere<sup>39</sup>; l'ammontare complessivo delle sue esposizioni nei confronti dell'impresa beneficiaria non risulta superiore, dopo l'erogazione del finanziamento, all'ammontare di esposizioni detenute alla data del 9 aprile 2020; non eroga il finanziamento all'Impresa Beneficiaria sul conto corrente a ciò dedicato o solleva all'impresa medesima eccezioni di compensazione con il finanziamento garantito da SACE; non indica nel contratto di finanziamento gli impegni che si è assunta l'impresa beneficiaria; modifica le condizioni del contratto di finanziamento o le garanzie reali e personali incidendo, indirettamente, sulla garanzia SACE o intraprende azioni che possono pregiudicare diritti o interessi di SACE; non svolge diligentemente le attività di gestione del finanziamento, né adotta gli stessi rimedi necessari a preservare il credito eventualmente adottati nei confronti dell'impresa beneficiaria per finanziamenti non garantiti da SACE; non invia a SACE il report periodico trimestrale; non dà atto nel contratto di finanziamento che SACE richiederà all'Impresa Beneficiaria la certificazione antimafia la cui mancanza determinerà la risoluzione del contratto di finanziamento, il recesso o la decadenza dell'Impresa Beneficiaria dal beneficio del termine oltre a conseguenze di tipo penale e amministrativo.

Il fatto che SACE possa opporre al Soggetto Finanziatore queste eccezioni non cambia la sostanza del fenomeno<sup>40</sup>. La dottrina che si è occupata del contratto autonomo di garanzia, infatti, concorda nel considerare compatibile con la fisionomia della garanzia autonoma la circostanza che il garante possa far valere

---

<sup>37</sup> Più precisamente non utilizza l'apposito Allegato n. 5 alle CGC SACE (Richiesta di escussione), disponibile on-line sul portale Garanzia Italia, contenente l'indicazione della prova dell'inadempimento, delle erogazioni effettuate, della diffida ad adempiere inviata all'Impresa Beneficiaria, delle iniziative già avviate per preservare e recuperare il credito e della documentazione che consente il subentro di SACE nei diritti verso l'impresa Beneficiaria.

<sup>38</sup> Mentre per il primo anno di premio il Soggetto Finanziatore è ritenuto unico responsabile del pagamento e, pertanto, si dovrà accollare il rischio del mancato versamento, da parte dell'Impresa Beneficiaria, della commissione annuale, per le annualità successive l'art. 4.4 (ii) delle CGC SACE prevede che il Soggetto Finanziatore e SACE condividono il rischio di un pagamento del Corrispettivo solo parziale da parte dell'Impresa Beneficiaria e che in tale ipotesi le somme pagate andranno ripartite tra SACE ed il soggetto Finanziatore pro quota, in proporzione alle rispettive ragioni di credito.

<sup>39</sup> Il Soggetto Finanziatore non risponde, però, delle dichiarazioni non veritiere che gli ha fornito l'Impresa Beneficiaria.

<sup>40</sup> Ritiene, invece, che le garanzie di cui al d.l. n. 23/2020 e, quindi, anche la garanzia SACE costituiscano un contratto caratterizzato da una clausola che introduce un obbligo di pagamento secondo la modalità del c.d. *solve et repete*, che segue la disciplina della fideiussione, con la conseguenza che il garante, seppure dopo il pagamento, potrà comunque opporre al beneficiario le eccezioni relative al rapporto fondamentale. R. Fiorella, *Profili della garanzia pubblica per i finanziamenti bancari alle imprese al tempo del Covid-19*, in G. Palmieri (cur.), *Oltre la pandemia, Società salute economia e regole nell'era post covid-19*, vol. 1, Napoli, 2020, 506.



le eccezioni relative *al (suo) rapporto con il soggetto garantito*<sup>41</sup>, in quanto il divieto di sollevare eccezioni, in deroga al principio dell'accessorietà, implica soltanto che il garante non possa opporre al creditore le eccezioni *attinenti al contratto di finanziamento* (o contratto principale) intercorso tra l'ente creditizio e l'Impresa Beneficiaria.

Sotto quest'ultimo profilo (che è quello rilevante ai fini della qualificazione come garanzia "autonoma"), la garanzia SACE si differenzia con tutta evidenza dalla garanzia fideiussoria<sup>42</sup> (cui ancora la giurisprudenza<sup>43</sup> e parte della dottrina<sup>44</sup> sembrano ricondurla), proprio per la sua deroga all'art. 1945 c.c. e per il diverso

<sup>41</sup> Cfr. sul punto, in particolare, M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 1994, 188 ss., F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 362 ss. e, successivamente, F. Macario, *Le garanzie personali*, cit., 467 ss.; G. Stella, *Le garanzie del credito*, cit., 828 ss., per il quale il garante non può rifiutarsi di onorare la garanzia per vizi relativi al contratto base, ma può farlo per eventuali vizi relativi allo stesso rapporto di garanzia intercorso direttamente con il beneficiario e, quindi, potrà opporgli le eccezioni letterali, quando il beneficiario non rispetti determinati requisiti o condizioni formali contenuti nello stesso testo del contratto autonomo di garanzia; le eccezioni attinenti alla validità del contratto di garanzia (ad es. perché il contratto è stato stipulato da un rappresentante senza poteri o in ipotesi di errore sulla persona del beneficiario o di dolo) e le eccezioni dirette e personali (es. eccezione di compensazione in relazione a un credito concesso in precedenza dal garante al beneficiario (es. credito derivante da un mutuo fatto in precedenza dal garante al beneficiario). In giurisprudenza sull'opponibilità, da parte del garante, delle eccezioni relative al contratto di garanzia cfr. Cass. 24.4.2008, n. 10652, in *Mass. Foro it.*, 2008; Cass. 10.2.2004, n. 2464, in *Dir. banc.*, 2005, I, 451, con nota di Barillà; Cass. 14.2.2007, n. 3257, in *Foro it.*, 2007, I, 2810; Cass., 7.3.2002, n. 3326, in *Giust. civ.*, 2002, 1205.

<sup>42</sup> Se ne trova conferma, peraltro, anche nell'art. 6 delle CGC SACE dove è previsto che SACE paghi subito il garantito, con rinuncia al beneficio di preventiva escussione dell'impresa beneficiaria, derogando alla regola della solidarietà tra coobbligati che, salvo patto contrario, caratterizza la fideiussione (all'art. 1944, commi 1 e 2, c.c.). La garanzia SACE esclude, sempre a differenza di quanto accade nella fideiussione, un rapporto diretto tra garante e garantito. Così, ad esempio, al garante non si applicano norme come quella sul rilievo del fideiussore (1953 c.c.); il pagamento del corrispettivo della Garanzia viene versato dal Soggetto finanziatore e non dal debitore, sebbene l'obbligo del primo sia subordinato all'effettivo pagamento del relativo ammontare da parte dell'Impresa Beneficiaria e, soprattutto, la garanzia è fornita in concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito per cui, l'eventuale inadempimento dell'Impresa Beneficiaria relativo al pagamento del costo della garanzia viene sopportato in parti uguali tra (art. 4 CGC SACE). La differenza con l'istituto della fideiussione emerge anche dalla norma (art. 9.2 CGC SACE) che prescrive al Soggetto Finanziatore di tenere indenne il garante per qualunque pregiudizio dovesse derivargli, anche in sede di regresso, da azioni, eccezioni, rivendicazioni, pretese che l'Impresa Beneficiaria oppone al Soggetto finanziatore. Nella fideiussione, infatti, non è il soggetto garante a subire le eccezioni del debitore, ma il comune creditore.

<sup>43</sup> Vedi Cass. 30.1.2664, par. 11.4, dove si legge: «... Trascura pure, tra le altre cose, che, nel sistema vigente, l'impegno di garanzia personale prende natura di obbligazione solidale e che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di questa Corte, il garante neppure gode del c.d. *beneficium ordinis* (ritengono, tra le altre, che il creditore garantito da fideiussione non abbia oneri di preventiva richiesta della prestazione al debitore principale, Cass. SS.UU. 25.10.1979, n. 5572; Cass. 5.6.2002, n. 8150; Cass., 1.12.2010, n. 24391)».

<sup>44</sup> Afferma L. D'Orazio, *Il privilegio SACE ex D.Lgs. n. 123 del 1998 tra revoca provvedimentale e risoluzione di diritto nella fase esecutiva del rapporto*, cit., 1387 s., che «La posizione dello Stato è quella di fideiussore, a prima richiesta, senza però il *beneficium ordinis*, con esclusione dell'onere della banca di preventiva richiesta della prestazione al debitore principale, sicché dinanzi all'inadempimento della impresa, la banca escute immediatamente la garanzia dello Stato. Questi versa il dovuto alla banca (creditrice chirografaria), ma poi si surroga alla creditrice nei suoi diritti verso l'impresa, ai sensi dell'art. 1949 c.c., in base al quale il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore, con un rimando espresso all'art. 1203, comma 1, n. 3, c.c. (surrogazione legale)».



modo di atteggiarsi del requisito dell'accessorietà, anche in considerazione della diversa causa<sup>45</sup> che caratterizza i due istituti<sup>46</sup>.

La funzione della fideiussione, infatti, è quella di garantire l'adempimento del debito altrui: carattere ribadito dagli artt. 1939, 1941 e 1945 c.c. da cui è possibile desumere non solo che la fideiussione presuppone sempre l'esistenza di un'obbligazione altrui derivante da una valida fonte, ma anche la dipendenza dell'obbligazione fideiussoria da quella principale per cui l'obbligazione del fideiussore esiste soltanto fino a quando esiste l'obbligazione principale ed entro i limiti circoscritti da quest'ultima. E, a rigor di logica, non può che essere così perché è naturale che la posizione del garante acceda e si aggiunga a quella del debitore sì da allargare il patrimonio aggredibile dal creditore. Il rapporto di dipendenza accessoria tra obbligazione di garanzia ed obbligazione garantita, poi, determina che le vicende negative che colpiscono l'obbligazione principale (invalidità, impossibilità sopravvenuta, ecc.) si riverberano automaticamente sull'obbligazione accessoria, precludendo al creditore di far valere le sue ragioni di credito.

Nel caso del contratto autonomo di garanzia, che ha lo scopo di rafforzare la pretesa del creditore, è possibile riscontrare, invece, solo una sua accessorietà genetica (e non anche causale) rispetto al contratto-base, che intercorre tra il creditore garantito ed il suo debitore, rapporto che, se rimane inadempito, giustifica lo spostamento di ricchezza dal garante al creditore garantito. Il garante, infatti, si assume specificamente solo il rischio dell'inadempimento del debitore del contratto-base, mentre tutte le altre vicende del rapporto principale e, quindi, anche dell'obbligazione che da esso deriva per il debitore non incidono sul con-

---

<sup>45</sup> Vale la pena evidenziare che l'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia ha dovuto fare i conti nel nostro ordinamento, fondato sul principio causalistico degli spostamenti patrimoniali, con la sua presunta mancanza di causa, dovuta all'astrattezza dell'obbligazione di garanzia. Da qui anche le oscillazioni dei primi orientamenti giurisprudenziali volti o a ricondurre il fenomeno del contratto autonomo di garanzia al contratto di fideiussione, forzandone lo schema (v. ad es. Cass. 31.8.1984, n. 4738, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 65), o a considerare il fenomeno inammissibile, sul presupposto che l'obbligazione di garanzia fosse necessariamente accessoria e che la mancanza di accessorietà rendesse questa obbligazione nulla perché priva di causa (v. ad es. Trib. Roma, 27.5.1985, in *Fallimento*, 1985, 1106). Sull'importanza di riconoscere cittadinanza al contratto autonomo di garanzia intervennero, però, sia le S.U. della Cassazione (v. sent. 1.10.1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, 103), sia la dottrina (v. G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in Id., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, 1045 ss., ma anche G.F. Campobasso, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, 98 ss.) che evidenziò l'errore della giurisprudenza di sovrapporre la causa della garanzia personale con la causa della fideiussione poiché garantire personalmente non significa sempre garantire tramite fideiussione. Si fece, così, strada l'idea che si potesse garantire anche con un contratto atipico, diverso dalla fideiussione, funzionale non ad adempiere il debito altrui ma a consentire di riversare il rischio di inadempimento sul garante e, quindi a rafforzare la pretesa del creditore a trovare soddisfazione (v. ad es. Cass. 6.10.1989, n. 4006, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 5 ss.). Ammesso il contratto autonomo di garanzia come contratto atipico a sé stante e trovata la sua giustificazione nel disposto dell'art. 1322 c.c. restava il problema di identificarne la causa. Sul punto si è da subito registrata, in dottrina, la divergenza di opinioni su cui, diffusamente, F. Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile Sacco, I singoli contratti. 10*, Torino, 2009, 415 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. Ceolin, *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017, 137 ss.

tratto di garanzia a meno che non si tratti di vicende che, anche indirettamente, ne inficino l'oggetto o la causa<sup>47</sup>.

Ne deriva che il creditore garantito (banca) riceve, per effetto della garanzia autonoma SACE una tutela maggiore rispetto a quella che riceverebbe configurando la stessa come garanzia di tipo fideiussorio.

La circostanza, poi, che l'obbligazione del garante, quantunque equivalente, sia diversa e non dipenda da quella che il debitore ha nei confronti del creditore garantito, esclude anche l'applicazione delle norme che, in presenza dell'adempimento del fideiussore disciplinano la surroga ed il regresso di quest'ultimo nei diritti spettanti al creditore nei confronti del debitore principale. Il garante, infatti, non essendo un coobbligato<sup>48</sup> in solido con il debitore, effettuando il

---

<sup>47</sup> Sul punto cfr. F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 362-365. A queste ipotesi va aggiunta anche quella in cui il garante fa valere nei confronti del garantito l'eccezione generale di dolo per il comportamento abusivo del beneficiario, ovvero il caso di escussione della garanzia con dolo, mala fede o abuso manifesti da parte del creditore garantito, in maniera inconfutabile e documentata da prove certe e non contestate. Con l'*exceptio doli*, infatti, «si mira a reprimere l'abuso del diritto da parte del beneficiario della garanzia, che si verifica qualora la richiesta appaia *prima facie* fraudolenta e manchi del tutto la buona fede del beneficiario. Il rimedio dell'*exceptio doli* è esperibile in tutti i casi in cui vi sia escussione della garanzia con dolo o mala fede, abuso manifesto da parte del beneficiario (come ad esempio accade nell'ipotesi in cui il soggetto garantito provi in modo certo e immediato di avere già pagato le somme di cui il beneficiario si dichiara essere creditore) o infine nel caso di nullità del contratto principale» (Cass. 16.1.2019, n. 1006). Ma, mentre in queste due ipotesi l'eccezione di frode sarebbe, comunque, un'eccezione di difetto di causa (cfr. G. Grippo, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. e impr.*, 1986, 389; P. De Sanna, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 86 e, in giurisprudenza App. Milano, 21.2.1984, in *BBTC*, 1985, II, 188, con nota di Randicati di Brozolo), più difficili da giustificare sono state le ipotesi di *exceptio doli* per inadempimento non dovuto a causa imputabile al debitore. Per superare questo inconveniente la dottrina (F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 127) ha evidenziato come, anche negli altri ordinamenti, sia presente il principio *fraus omnia corrumpit*, per cui sarebbe sempre possibile, in presenza di un comportamento fraudolento o doloso del garantito, di sollevare l'*exceptio doli generalis*, rimedio che troverebbe giustificazione nelle clausole generali di correttezza e buona fede (in Italia, negli artt. 1175 e 1375 c.c.). Così G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 78 ss.; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1982, I, 183; M. Viale, «Performance bonds e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità», in *Foro it.*, 1987, I, 305; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, cit. 385 ss., dove anche riferimenti alla legislazione straniera; E. Navarretta, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. e impr.*, 1991, 285 ss.; L. Garofalo, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 629, 642 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. 1.10.1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, 139, con nota di Lamanuzzi; Cass. 24.10.2008 n.25719; Cass. 6.12.2011, n. 26215; Cass. 21.6.2018 n. 16345 e Cass. 22.11.2019, n. 30509, in banca dati *Pluris*.

<sup>48</sup> Difatti, il garante autonomo, a differenza del fideiussore, non assicura l'adempimento, affiancando al debitore un altro soggetto chiamato a rispondere con tutto il proprio patrimonio ex art. 2740 c.c., del debito contratto dal primo, ma offre una riparazione economica ad un interesse delle parti che viene leso (Cfr. G. Portale, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, 1989, 35 ss.), nel senso che offre una prestazione diversa rispetto a quella garantita «trasferendo da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale» (Così Cfr. Cass. SS.UU., 18.2.2010, n. 3947, in *I contratti*, 2010, 453 ss. Da ultimo cfr. Cass. 21.1.2020, n. 1186, in *www.eclegal.it*, dove si afferma che: «[...] il contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale ex art.1322 cod. civ., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbliga-

pagamento, non subentrerà al creditore ex artt. 1949 c.c., norma che, rinviando all'art. 1203, n. 3, c.c. farebbe subentrare, per legge, il fideiussore nei diritti del creditore, ma gli subentrerà o automaticamente (*ex lege*)<sup>49</sup> o perché a surrogarlo è lo stesso creditore (ex art. 1201 c.c.)<sup>50</sup>.

Proprio in questo senso si sono orientate le CGC SACE dove, all'art. 7, viene disciplinata l'azione di surroga e si chiarisce che, a seguito dell'escussione della garanzia, SACE «sarà automaticamente surrogata in tutti i diritti del Soggetto Finanziatore derivanti dal Contratto di finanziamento, dalle eventuali garanzie reali e personali, nei confronti dell'Impresa Beneficiaria e/o di terzi, nella misura del pagamento effettuato e fermo restando l'autonomo diritto di regresso di SACE nei confronti dell'Impresa Beneficiaria». Ma ancora, il Soggetto Finanziatore «a) surrognerà SACE in tutti i suoi diritti, garanzie reali o personali nei confronti dell'Impresa Beneficiaria e/o di terzi anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 1201 c.c. (surrogazione per volontà del creditore) mediante la sottoscrizione ed invio a SACE dell'Atto di Surroga, alla data di pagamento da parte di SACE delle somme richieste ai sensi della Garanzia SACE e, in ogni caso, entro e non oltre 5 giorni di calendario da tale data; e b) su richiesta di SACE, effettuerà a favore di SACE una cessione irrevocabile di tutti i diritti, inclusi quelli di pagamento, e le azioni vantate ai sensi del Contratto di Finanziamento e delle eventuali garanzie reali o personali nei confronti dell'Impresa beneficiaria ed eventuali garanti e/o terzi obbligati), da inviare a SACE entro e non oltre 5 giorni di calendario dalla relativa richiesta».

---

zione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da l'inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale)».

<sup>49</sup> Secondo A. Magazzù, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1522 ss. la surrogazione ha un «effetto tipico, di natura successoria: il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto col pagamento, è disposto direttamente dalla legge, anche nei casi di cosiddetta «surrogazione volontaria»; in questi casi il meccanismo surrogatorio funziona per impulso del creditore o del debitore, il suo funzionamento è rimesso dalla legge alla discrezionalità dell'uno o dell'altro, ma ciò non significa che quell'effetto sia (o possa essere) negozialmente voluto. Perciò, la surrogazione può sempre considerarsi di fonte legale, anche se non sempre essa opera di diritto, come quando appunto ha luogo per volontà del creditore o del debitore. La surrogazione è disposta dalla legge in favore del *solvens*: l'avente titolo è colui che paga (semplice terzo: art. 1201; terzo mutuante: art. 1202; chi si trova in una delle tassative situazioni tipizzate dalla legge: art. 1203). È dunque la legge che designa l'unico possibile beneficiario della surrogazione, che cioè lo legittima al subingresso. Il pagamento surrogatorio provoca, come si è visto, una modificazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio; in termini descrittivi, il *solvens* è sostituito al precedente creditore, ne prende il posto nell'originario rapporto; più precisamente, egli viene surrogato, ossia succede, nei diritti del creditore soddisfatto, credito e suoi accessori, che acquista in via derivativa».

<sup>50</sup> Peraltro, la logica della surrogazione per volontà del creditore si coniuga perfettamente con quella del contratto autonomo di garanzia perché consente al garante, escusso dal garantito, di recuperare la prestazione con cui ha soddisfatto l'interesse del creditore o ne ha reso possibile il soddisfacimento.

La surrogazione cui fa riferimento l'art. 7 delle CGC SACE, quindi, è una successione nel lato attivo del credito, formulata oltre che come surrogazione automatica, e con possibilità per SACE di far valere un autonomo diritto di regresso nei confronti dell'Impresa Beneficiaria, anche come surrogazione per volontà del creditore, con esplicito richiamo all'art. 1201 c.c., per cui SACE, che entro 5 giorni dall'escussione della garanzia riceve espresso Atto di surroga, succederà nel credito del Soggetto Finanziatore con tutte le garanzie reali o personali che quest'ultimo aveva nei confronti dell'Impresa Beneficiaria. Inoltre, al fine di rafforzare ulteriormente la posizione di SACE la disposizione prevede che il Soggetto Finanziatore debba, su richiesta di SACE, cederle tutti i diritti di credito e le azioni già esperite (sulla base del Contratto di Finanziamento e di garanzie reali o personali) nei confronti dell'Impresa beneficiaria.

#### 4. Conclusioni

Da quanto detto in precedenza, riteniamo possibile trarre elementi sufficienti per qualificare il contratto concluso tra SACE ed il Soggetto Finanziatore come contratto autonomo di garanzia. In questa direzione sembrano orientarci oltre all'art. 1 del decreto Liquidità, contenente la definizione dell'istituto, e all'art. 6.3 delle Condizioni generali di contratto SACE, anche le seguenti considerazioni: SACE potrà opporre al Soggetto Finanziatore soltanto le eccezioni relative al suo rapporto con il soggetto garantito e non anche quelle attinenti al contratto di finanziamento tra l'ente creditizio e l'impresa beneficiaria, come accadrebbe, invece, se si trattasse di una comune fideiussione; il garante si assume solo il rischio dell'inadempimento del debitore del contratto-base, mentre tutte le altre vicende del rapporto principale (e, quindi, anche dell'obbligazione che da esso deriva per il debitore) non incidono sul contratto di garanzia a meno che non si tratti di vicende che, anche indirettamente, ne inficiano l'oggetto o la causa.

La disciplina del decreto Liquidità e le CGC SACE confermano, infine, anche la tesi che la società SACE, a seguito dell'escussione della garanzia, potrà vantare, nei confronti dell'impresa beneficiaria, un credito che non è assistito da privilegio *ex lege* ma che ha lo stesso carattere di quello spettante al finanziatore surrogato, perché l'effetto tipico della surrogazione per volontà del creditore è rappresentato da una modifica "di tipo successorio" del soggetto attivo del rapporto obbligatorio, con la conseguenza che il *solvens* (SACE) subentrerà nella stessa posizione del precedente creditore in relazione sia al credito che agli accessori.

*Profili della garanzia SACE dopo il Decreto "Liquidità"*

Il lavoro ha ad oggetto la garanzia SACE che – introdotta, originariamente, per dare sostegno alle imprese italiane svolgenti attività all'estero e favorire l'internazionalizzazione della nostra economia – costituisce, oggi, una delle principali misure messe a punto dal legislatore con il Decreto Liquidità per contrastare la crisi economica scaturita dall'attuale emergenza sanitaria e per favorire le banche (e in generale gli intermediari finanziari) che erogano finanziamenti a favore delle grandi imprese danneggiate dal Covid-19. La legislazione dell'emergenza, disciplinando i requisiti della garanzia, le condizioni per poterne beneficiare e le modalità della sua escussione, ha offerto l'occasione non soltanto per riflettere sulla qualificazione del contratto che intercorre tra SACE ed il Soggetto finanziatore come contratto autonomo di garanzia, ma anche per riesaminare criticamente la questione della natura privilegiata del credito (restitutorio) SACE, rispetto alla posizione attualmente assunta dalla giurisprudenza di legittimità.

*Profiles of the SACE guarantee after the Decree "Liquid assets"*

The work relates to the SACE guarantee which – originally introduced to support Italian companies carrying out activities abroad and to encourage the internationalization of our economy – is today one of the main measures developed by the legislator with the Decree Liquidity to counter the economic crisis resulting from the current health emergency and to favor banks (and financial intermediaries in general) that provide loans to large companies damaged by Covid-19. The emergency legislation, governing the requirements of the guarantee, the conditions to be able to benefit from it and the methods of its enforcement, has offered the opportunity not only to reflect on the qualification of the contract between SACE and the lender as an independent guarantee contract, but also to critically review the question of the privileged nature of the SACE (repayable) credit, with respect to the position currently taken by the jurisprudence of legitimacy.