

**AMMISSIONE AL PASSIVO AL PRIVILEGIO DEL CREDITO DI SACE
S.P.A. IN CASO DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA IN CORSO DI
PROCEDURA E SENZA CHE IL DEBITO DEL BENEFICIARIO FALLITO
SIA INTEGRALMENTE ESTINTO**

ELENA MARINUCCI
*Professore associato
nell'Università di Milano*

1. – In questa decisione¹ la Suprema Corte prende posizione sulla disciplina da riservare al credito vantato da S.A.C.E. S.p.A. nel fallimento del beneficiario del finanziamento allorché la prima, a seguito della revoca del beneficio, abbia ‘subito’ la escussione della garanzia (prestata nel caso di specie a norma dell’art. 11 *quinquies* D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e recante la disciplina del “Sostegno all’internazionalizzazione dell’economia italiana”).

La decisione è importante soprattutto in considerazione del potenziamento del ruolo di S.A.C.E. S.p.A. nella legislazione emergenziale varata per fronteggiare la pandemia da Covid 19².

In questa pronuncia, in estrema sintesi, la Suprema Corte afferma che, in caso di “*inadempimento del rapporto concessorio*”, di fallimento del beneficiario e di escussione della garanzia dopo la apertura del fallimento, l’art. 61, comma 2, l. fall., che preclude al coobbligato escusso di insinuarsi al passivo finché il creditore principale non sia stato soddisfatto integralmente, non trova applicazione: il credito di S.A.C.E. S.p.A. va ammesso al passivo e per giunta in via privilegiata, benché l’istituto di credito sia ammesso al passivo al chirografo.

Per giungere alla decisione di cui sopra, la Cassazione segue un percorso argomentativo in cui ribadisce il proprio precedente orientamento su alcune questioni ‘pregiudiziali’.

Anzitutto la Suprema Corte conferma l’orientamento secondo cui la disciplina della revoca del beneficio di cui all’art. 9 D. Lgs. n. 123/1998 vige

¹ Già pubblicata ne *Il Fallimento*, 2022, p. 493 ss., con nota di M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*.

² Cfr. sul punto M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*, cit., p. 497 ss., nonché F. ATTANASIO, *In tema di revoca del finanziamento pubblico garantito da SACE s.p.a., disciplina generale del concorso e tutela del ceto creditorio*, in *Dir. fall.*, 2022, 1352.

non solo per le ipotesi ivi espressamente previste di “patologie inerenti alla fase genetica dell'erogazione”, ma anche per quelle di inadempimento del beneficiario (la Corte richiama sul punto la propria decisione del 20 aprile 2018, n. 9926).

La Cassazione, poi, dà seguito al proprio consolidato orientamento – anch'esso estensivo – secondo cui il credito da restituzione dell'amministrazione pubblica è privilegiato non solo nell'ipotesi in cui la stessa abbia erogato un finanziamento, ma anche in quella in cui abbia concesso una garanzia; e ciò benché l'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/1998 si riferisca letteralmente ai “crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo”³. La Cassazione conferma l'orientamento pur dando atto del fatto che, in caso di revoca, le due fattispecie (finanziamento e garanzia) differiscano perché, nel caso del finanziamento, va regolato un rapporto tra due soggetti – l'ente erogante cui spetta la restituzione del finanziamento dal beneficiario verosimilmente secondo le regole dell'indebito oggettivo –, mentre nel caso della garanzia, il rapporto corre tra tre soggetti, l'ente erogante, il beneficiario e l'istituto di credito finanziatore⁴.

L'ultimo tassello del percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte anch'esso confermativo di un pregresso orientamento è il seguente: in caso di revoca, il credito di SACE S.p.A. sorge *ex lege* nel momento in cui si verificano i relativi presupposti (la Corte richiama la propria decisione 30 gennaio 2019, n. 2664). Secondo la Cassazione (che richiama istituti quali la condizione risolutiva espressa e la decadenza), il provvedimento di revoca ha natura meramente dichiarativa, sicché la circostanza che esso sia successivo all'accesso del beneficiario a una procedura concorsuale non fa venire meno la natura concorsuale del credito di SACE S.p.A.. In altri termini, nella sentenza in commento si afferma il principio secondo cui l'ente garante esercita un diritto che non si colloca nell'ambito del rapporto

³ Cfr. nello stesso senso: Cass. 13 maggio 2020, n. 8882; Cass. 30 gennaio 2019, n. 2664; in dottrina cfr., per tutti, anche per richiami di dottrina e giurisprudenza, nonché per un esame delle ricadute di questo orientamento sulle garanzie prestate da SACE S.p.A. sulla base della legislazione emergenziale varata per fronteggiare la pandemia da Covid 19, D. ROSSANO, *La natura privilegiata del credito vantato da SACE S.p.A.*, in *Supplemento Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 135 ss. e A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.dirittodellacrisi.it*.

⁴ Cfr. sul punto criticamente: L. PANZANI, *Profili critici della disciplina dei finanziamenti alle imprese con garanzia pubblica nell'ambito della crisi pandemica*, in S. Pacchi, A. Pisaneschi (a cura di), *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, Torino, 2020, p. 82.

privatistico scaturente dalla concessione della garanzia, ma sorge dal sopravvenuto difetto di causa accertato dallo stesso ente con proprio provvedimento⁵.

Muovendo dalle descritte premesse, la Suprema Corte afferma che al credito vantato da SACE S.p.A. non si applicano le regole di cui agli artt. 61 ss. l. fall., perché non vengono in considerazione le regole proprie delle obbligazioni solidali. Trattandosi di sopravvenuto difetto di causa dell'intervento pubblico – ritiene la Cassazione – l'Ente non agisce in via di regresso (non trattandosi “di un nuovo diritto derivante dal pagamento effettuato in favore del creditore garantito”)⁶, né esso si surroga nei diritti del creditore (“non costituendo esercizio del diritto precedentemente spettante al creditore garantito”)⁷. La pretesa restitutoria di S.A.C.E. S.p.A. sorge *ex lege*, sicché essa si colloca su un terreno pubblicistico connesso a finalità di interesse generale: la sua azione di recupero non integra pertanto né esercizio del diritto prima spettante al creditore garantito, né di un nuovo diritto derivante dal pagamento effettuato in favore del creditore garantito. Il diritto di SACE S.p.A. trova il proprio fondamento nell'atto di concessione o nella convenzione che costituiscono il presupposto della garanzia: la revoca del beneficio accordato alla società fallita *ex art. 9 D.Lgs. n. 123/1998* fa sorgere in capo al beneficiario del finanziamento un'obbligazione restitutoria *ex lege* a beneficio dell'operatore pubblico che così recupera il sacrificio patrimoniale “sopportato in funzione dello sviluppo delle attività produttive, e ciò anche al fine di procurare la provvista per lo svolgimento di ulteriori e futuri interventi di sostegno”. Discende da quanto sopra – secondo la

⁵ Per un panorama degli orientamenti circa la natura costitutiva o dichiarativa del provvedimento di revoca cfr. A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it*.

⁶ Discorre per contro di regresso R. FIORELLA, *Finanziamenti alle imprese assistiti da garanzia pubblica nell'emergenza pandemica: tipologia e profili applicativi*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2021, 1139 ss..

⁷ Nel senso della surroga cfr. invece A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it* sub nota 52. In questa prospettiva si pone il problema di giustificare come il credito fatto valere in via di surroga dal *solvens* divenga privilegiato se originariamente non lo era, tenuto conto che si assiste ad un subentro nella medesima posizione del creditore garantito: cfr., sul punto, S. DELLE MONACHE, *Garanzie rilasciate da SACE S.p.A. e privilegi*, in *Giustiziacivile.com* 2020. Si tratta, comunque, di un rilievo che è sembrato da altri superabile, sulla scorta del fatto che “È l'escussione della garanzia che mette in gioco il denaro pubblico ed è questo che giustifica l'attribuzione del privilegio”: cfr. R. RORDORF, *È privilegiato il credito spettante a SACE in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

Suprema Corte – che, in caso di “inadempimento del rapporto concessorio” e di fallimento del beneficiario, l’ente concedente può insinuare il proprio credito al passivo in deroga all’art. 61 l. fall., ossia anche nel caso in cui l’istituto di credito, ammesso al passivo per l’intero credito, non sia stato integralmente soddisfatto in corso di procedura; e può essere ammesso in via privilegiata benché il credito dell’istituto di credito sia ammesso al chirografo.

2. – Così statuendo la Corte deroga doppiamente alle regole dettate nell’art. 61 l. fall. perché, in base alle stesse, il diritto di credito di S.A.C.E. S.p.A. non potrebbe essere fatto valere fino alla integrale estinzione del debito e anche il privilegio, essendo venuto in essere dopo l’apertura del concorso, dovrebbe essere inopponibile alla massa. E si badi, la doppia insinuazione ‘asimmetrica’ si verificherà il più delle volte perché, come è stato puntualmente osservato, nel caso delle garanzie prestate da S.A.C.E. S.p.A. la “estinzione integrale del debito non vi può essere per la semplice ragione che la garanzia di S.A.C.E. S.p.A. copre solo una percentuale variabile tra il 70% e il 90% il che vuol dire che, fisiologicamente, S.A.C.E. S.p.A. non potrà [*rectius*: non avrebbe potuto] partecipare al concorso sino a che la banca non venga soddisfatta – per la quota residua, tra il 10% e il 30% – dal debitore”⁸.

Inoltre, come è stato correttamente osservato, questo orientamento deroga anche alle regole della esecuzione individuale, posto che, a norma dell’art. 2916, n. 3, c.c. “nella distribuzione non si tiene conto dei privilegi per crediti sorti dopo il pignoramento”⁹. La Corte, dunque, smentisce le previsioni di chi, criticandone l’orientamento che assegnava rango privilegiato al credito di S.A.C.E. S.p.A., aveva affermato che “l’operatività del privilegio incontrerebbe, in concreto, un sicuro limite nei principi dettati dalla disciplina concorsuale”¹⁰. Come era stato correttamente rilevato, “postulare che il credito è privilegiato, infatti, non equivale a poter sostenere

⁸ M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 507.

⁹ M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 504.

¹⁰ A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it*, p. 13.

che quel privilegio produce effetti rispetto agli altri creditori quando è stata aperta una procedura espropriativa singolare o concorsuale¹¹.

3. – La decisione della Suprema Corte scardina molti principi base della materia concorsuale (ed esecutiva) e, sul piano applicativo, produce conseguenze dirompenti sugli ‘stati passivi’ dei fallimenti (che vedranno la sovrapposizione di insinuazioni al passivo per lo stesso credito al privilegio e al chirografo) e sui concordati preventivi, la cui fattibilità rischia di essere messa in discussione per sopravvenuta trasformazione di parte rilevante di un credito da chirografario a privilegiato¹². Infine, questo orientamento incide anche sulle valutazioni di rischio che l’ente finanziatore dovrà compiere sulla parte di credito non garantita perché, a valle della escussione, la massa dei creditori privilegiati comprenderà anche il credito di S.A.C.E. S.p.A..

La Cassazione compie una chiara scelta di campo: nel conflitto tra due discipline di settore, va assegnata prevalenza a quella in cui è considerato più marcato l’interesse pubblico¹³. Della soluzione adottata dalla Suprema Corte non resta che prendere atto; è tuttavia auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore per ragioni di certezza del diritto: come è emerso ripercorrendo la motivazione della sentenza qui in commento, la conclusione cui giunge la Cassazione e, prima ancora, il percorso argomentativo seguito, non trovano riscontro nel diritto positivo, fondandosi piuttosto su una lettura (parecchio) estensiva del dato normativo.

Abstract

**ADMISSION OF SACE S.P.A.'S CLAIM AS A PREFERENTIAL CLAIM IN THE
EVENT OF ENFORCEMENT OF THE GUARANTEE DURING THE
PROCEEDINGS AND WITHOUT THE BANKRUPT BENEFICIARY'S DEBT
BEING PAID OFF IN FULL**

L’A. esamina criticamente la decisione con cui la Corte di cassazione enuncia il principio secondo cui, a valle della escussione della garanzia prestata da Sace, il credito di quest’ultima nei confronti della impresa finanziata fallita può essere

¹¹ Con queste parole M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 506.

¹² M. FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese*, cit., p. 509.

¹³ Per queste considerazioni cfr.: A. MIGLIORINO, *Revoca dei finanziamenti e privilegio dei garanti pubblici*, in *www.diritto dellacrisi.it*.

ammesso al passivo in via privilegiata anche se il credito della banca finanziatrice non è stato integralmente soddisfatto in corso di procedura.

The A. critically examines the decision by which the Court of cassation enunciated the principle that, following the enforcement of the guarantee provided by Sace, the latter's claim against the bankrupt financed company may be listed among preferential claims even if the lender bank's claim has not been fully satisfied during bankruptcy.
