

GIURI | METRICA

RIVISTA DI DIRITTO, BANCA E FINANZA

ANNO 5
NUMERO 1
GENNAIO/GIUGNO
2021

ISSN 2785-2547

Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva e questioni irrisolte

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi, attività e funzionamento. – 3. Soggetti. – 4. Il contenzioso: tre tipologie. – 5. Il contenzioso: questioni incidentali. – 5.1. La rappresentanza. – 5.2. La giurisdizione. – 5.3. La legittimità. – 6. Il contenzioso: questioni di diritto e di merito. – 6.1. Diniego e/o revoca dell'agevolazione. – 6.2. Escussioni di garanzia e/o controgaranzia. – 6.3. Surrogazione nel credito e recupero. – 7. Il contenzioso: le sintesi. – 8. Una prospettiva a breve ed a medio termine.

1. *Introduzione* – La SARS-CoV-2 o Covid-19 (*CORONA VIRUS DISEASE 2019*) ha condotto alla ribalta del grande pubblico il Fondo di Garanzia per le PMI; sono stati, infatti, veramente numerosi gli articoli di stampa su questa realtà, non così nota tra gli operatori del diritto, i quali, forse, potrebbero aver presto necessità di doverla approfondire.

Se sono tristemente note le drammatiche conseguenze sulla vita delle persone, non sono meno noti gli effetti negativi di carattere economico, andati a rialimentare una crisi che si trascinava e si trascina dagli anni 2007-2008 senza una stabile inversione di tendenza. Una delle soluzioni percorse per cercare di arginare gli impatti economici avversi della pandemia è stata, appunto, quella di veicolare quasi per intero il tessuto produttivo del Paese, composto da professionisti di vario genere e milioni di piccole e medie imprese (PMI), verso il Fondo di Garanzia per le PMI ed il suo strumento principe: la garanzia dello Stato. Il Fondo, istituito nel 1996 ed operativo dal 2000¹, è il destinatario finale di molte

* Avvocato, giurista d'impresa, si occupa da oltre un decennio della materia. Citazioni sprovviste di fonte identificata sono derivanti da documenti inerenti le operazioni gestite. La giurisprudenza, se non altrimenti specificato, è ottenibile attraverso la piattaforma Pluris di Wolters Kluwer Italia o è frutto di segnalazioni pervenute direttamente all'autore, mentre le fonti tratte da siti *web* sono state verificate il 19 maggio 2021.

¹ I primi quattro provvedimenti di cui dar conto sono: l'art. 2, co. 100, lett. a) della l. 23 dicembre 1996, n. 662, recante *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*; il successivo art. 15 della l. 7 agosto 1997, n. 266 contenente *Interventi urgenti per l'economia*; il d. interm. 31 maggio 1999, n. 248 con l'approvazione del *Regolamento recante criteri e modalità per la concessione della garanzia e per la gestione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese*; nel dicembre dello stesso anno, infine, l'allegato al d.m. 3 dicembre 1999 in G.U. 13/12/1999, S.G. n. 291, che rende pubbliche le prime *Condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del*

delle più importanti misure contenute nei provvedimenti di legge emanati durante il 2020² e gli è stato affidato un ruolo, forse non il più importante, ma di certo significativo, sul versante economico: assicurare la sopravvivenza del sistema produttivo, onde evitarne un irreversibile tracollo, ed affidandogli le speranze di ripresa.

Poiché ci si augura che la scelta politica si riveli efficace, questo contributo non verte su pregi o difetti delle misure legislative, bensì intende cogliere l'occasione per svolgere una ricognizione di precedenti questioni connesse alla operatività quotidiana del Fondo, al fine di capire se e come possano considerarsi risolte o se siano ancora in attesa di. Visto infatti il volume di attività che la cd. legislazione emergenziale ha prodotto³, la ragione è prospettica: è difficile credere che un così intenso ricorso alla garanzia del Fondo non darà luogo negli anni a venire, fosse pure in percentuali ridotte⁴, ad una qualche forma di contenzioso e sembra quindi utile dar conto di una serie di situazioni in cui ci si potrebbe trovare, se quelle questioni non saranno risolte strada facendo. Il tema però, benché esistente da oltre un ventennio, non risulta aver suscitato l'interesse scientifico che in realtà meriterebbe e dunque, per agevolare il lettore e

fondo di garanzia per le piccole e medie imprese di cui all'art. 2, comma 100, lettera a) della legge 23 dicembre 1996 n. 662. Il sito web del Fondo è www.fondidigaranzia.it

² In considerazione del profluvio di norme di ogni genere che si è abbattuto sui cittadini durante il periodo pandemico, senza pretesa di esaustività citiamo: il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 25), il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. Cura Italia (art. 49, poi abrogato, e art. 56), il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. Liquidità (art. 13), il d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (artt. 64 e 65), la l. 30 dicembre 2020 n. 178 di bilancio per il 2021 (art. 1, commi 213, 246, 254). Nel merito, A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. Banc.*, 2020, II, 253, ancorché il contributo si concentri di più sulla garanzia di SACE S.p.A., che non su quella del Fondo di Garanzia per le PMI.

³ Le dimensioni del fenomeno sono enormi. Basti pensare che il 23/12/2019 il Ministro dello Sviluppo Economico – con riferimento al periodo che andava dalla prima operatività del Fondo alla data della dichiarazione e quindi all'arco di un ventennio – comunicava superata la soglia di 1 milione di operazioni agevolate, per oltre 152 miliardi di euro di finanziamenti erogati alle PMI, di cui oltre 97 miliardi garantiti dal Fondo (www.mise.gov.it; ultima verifica 19 maggio 2021). A distanza di poco più di un anno, il 19/05/2021 il gruppo di monitoraggio sui risultati della legislazione emergenziale, di cui fanno parte MEF, MiSE, Banca d'Italia ed altri, ha segnalato che le misure legislative emanate hanno prodotto 2,119 milioni di domande di agevolazione, per un controvalore garantito superiore a 168,5 miliardi di euro (con tasso di accoglimento superiore al 99%): l'operatività nel solo periodo pandemico (un anno e due mesi da marzo 2020) ha doppiato quella dei venti anni precedenti.

⁴ Sulla base di cifre e volumi in nota precedente, tra residuo di operazioni in corso ed operazioni nuove si può ipotizzare un numero ampiamente superiore a 2 milioni di operazioni di garanzia in gestione: se solo lo 0,5% di esse, stima volutamente bassa, dovesse evolvere in contenzioso, ciò si tradurrebbe in ben oltre 10.000 controversie di primo grado, con una media di tre parti coinvolte per ciascuna di esse.

raggiungere degnamente lo scopo, intuibili ragioni di sintesi costringono a chiedere soccorso a sé stessi⁵.

2. Principi, attività e funzionamento. – PRINCIPI. Il Fondo di Garanzia per le PMI non è un soggetto dotato di personalità giuridica, bensì uno strumento di politica economica istituito «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*» (l. 662/1996). Nonostante una formulazione leggermente infelice, in cui si parla di un'assicurazione che non esiste, il compito è chiaro: si tratta di agevolare le piccole e medie imprese nell'accesso al credito, specialmente (ma non solo) quello bancario, mediante il rilascio di una garanzia che tuteli il finanziatore dal rischio di inadempimento del debitore. Per un paragone, si pensi ai confidi ed alla cd. *legge confidi* di qualche anno successiva⁶. Non siamo quindi in ambito assicurativo, bensì nell'ambito bancario delle garanzie sul credito, prestate con la riserva di impiegare, in caso di escussione, denaro pubblico drenato direttamente dal bilancio dello Stato⁷. Benché a chi scrive non risulti indagata la qualificazione giuridica di questo strumento, l'esame della monumentale opera di regolamentazione di primo, secondo, terzo e quarto livello (che talvolta presenta anche livelli successivi), affastellatasi nel corso di decenni, induce ad escludere

⁵ E. OLIVIERI, *La riforma del Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese: un difficile equilibrio tra diritto ed esigenze operative*, in www.ilCaso.it, ripreso anche da <http://gladyscastellano.it>. Lo studio esamina vent'anni di attività normativa ed operativa del Fondo.

⁶ Dimenticando l'ormai desueto art. 29, comma 1, della l. 5 ottobre 1991 n. 317, l'attuale definizione di confidi è contenuta nell'art. 13, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito da l. 24 novembre 2003 n. 326. Si tratta di una norma di oltre 60 commi, più volte modificata nel tempo e comunemente nota come *legge confidi*, al cui comma 1 si legge che si intende per: «“confidi”, i consorzi con attività esterna nonché quelli di garanzia collettiva dei fidi tra liberi professionisti, anche non organizzati in ordini o collegi, secondo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2, della legge 14 gennaio 2013, n. 4, le società cooperative, le società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, che svolgono l'attività di garanzia collettiva dei fidi; per “attività di garanzia collettiva dei fidi”, l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione (...) di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario;». Se non fosse improprio, si potrebbe quasi pensare che il Fondo di Garanzia per le PMI sia stato istituito nel 1996 per affiancare l'attività dei confidi (il cui fenomeno è databile agli anni 50-60); con il trascorrere del tempo però la presenza del Fondo si è, di fatto, sovrapposta ai confidi e, se non ha del tutto disintermediato il loro ruolo, lo ha seriamente marginalizzato.

⁷ Nella realtà, ciò avviene a seguito di ripetute norme di legge che, ogni volta se ne ravvisi la necessità, prevedono il ri-finanziamento della dotazione patrimoniale del Fondo. L'osservazione (per la verità non l'unica, perché si accompagna anche ad altre) indica che il Fondo in quanto tale non è un istituto di credito, che l'attività non è soggetta a vigilanza di Banca d'Italia, che non si applicano le normative domestiche o europee cui sono soggetti gli istituti di credito, nonostante l'intero meccanismo sia estremamente somigliante e sia perciò possibile cadere in equivoco, equivoco facilitato dal fatto che il gestore del Fondo è, a tutti gli effetti, esso stesso un istituto di credito.

che si tratti di una garanzia tipica, non ha natura reale e, nonostante le somiglianze, è poco giustificabile il ricorso all'analogia con la disciplina della fideiussione, non fosse altro perché appaiono di ostacolo ad un simile esercizio interpretativo gli artt. 12 e 14 delle disp. prel.

ATTIVITÀ. Durante l'arco della sua operatività, il *core business* del Fondo è rimasto immutato: nell'ambito del d.lgs. 123/1998⁸, il Fondo concede un'agevolazione di Stato nella forma di garanzia, di co-garanzia e di contro-garanzia⁹ e, nonostante siano state modificate nel tempo nomenclatura, indicazioni operative e formalità (o, per meglio dire, i formalismi) dell'agevolazione, non è mutata la sostanza di garanzia sul credito¹⁰. Lo strumento, inizialmente poco noto e poco sfruttato nei suoi primi anni, è cresciuto esponenzialmente di importanza dal 2009 in avanti, tanto da raggiungere i volumi di nota 3. Pandemia a parte, esiste una specifica ragione tecnico finanziaria che spiega la crescita esponenziale, facendo assumere al Fondo di Garanzia un ruolo cruciale nelle agevolazioni dirette al finanziamento delle PMI, ma è necessaria una sintetica digressione che la illustri.

Occorre infatti risalire alle novità in tema di *credit risk mitigation (CRD)* introdotte dagli accordi di Basilea II (2004) sulla eleggibilità delle garanzie quali mitigatori del rischio di credito, ponderanti ai fini dei requisiti patrimoniali di vigilanza degli intermediari¹¹. Quelle novità, importate a livello generale attraverso una serie di interventi normativi, con riferimento specifico al Fondo trovarono approdo finale in una norma di legge, seguita da una comunicazione interpretativa ed autorizzativa di Banca d'Italia¹², con la quale l'*Authority*

⁸ D.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, *Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59.*

⁹ La garanzia è un intervento agevolativo il cui beneficiario è un istituto di credito; la co-garanzia è (*rectius*, era dato che oggi è, di fatto, uno strumento scomparso) una garanzia concessa al medesimo beneficiario, ma ottenuta attraverso l'intervento di un confidi che presta (*rectius*, prestava) una propria garanzia accompagnata dalla garanzia del Fondo; la contro-garanzia è invece una garanzia concessa a beneficio di un confidi il quale, a propria volta, ha direttamente garantito il creditore erogante.

¹⁰ Dalle iniziali garanzie, co-garanzie e contro-garanzie, oggi si parla di garanzie a prima richiesta, di rischio tripartito e - con scelta anche qui poco felice - di riassicurazione (sull'uso del termine si v. l'art. 308 del d.lgs. 209/2005 recante il *Codice delle assicurazioni private*).

¹¹ Più ampiamente, E. OLIVIERI, *cit.*, § 7.

¹² Art. 11, comma 4, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito da l. 28 gennaio 2009 n. 2, con *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* e Banca d'Italia, Comunicazione 3 agosto 2009 avente ad oggetto *Garanzia di ultima istanza dello Stato ex art. 11, comma 4, D.L. n. 185/2008, e relativo D.M. di attuazione 25.3.2009. Trattamento prudenziale.*

riconosceva la cd. *ponderazione zero* delle esposizioni creditizie degli istituti, se garantite in via diretta o indiretta dal Fondo di Garanzia¹³.

La circostanza, pensata e realizzata per soddisfare interessi economico-finanziari, presenta – ad avviso di chi scrive – un immediato risvolto anche sul piano giuridico: poiché l'effetto della ponderazione zero è riconosciuto all'istituto finanziatore anche per il tramite di una contro-garanzia (*i.e.* il finanziatore è garantito da un confidi, il quale è a propria volta contro-garantito dal Fondo) diventa difficile, se proprio non si vuol dire impossibile, in caso di eventuali controversie, impedire diritto di cittadinanza in questa materia al principio *simul stabunt vel simul cadent*¹⁴.

Se allora si torna ai volumi finanziari di nota 3, delle banali stime sugli effetti conseguibili attraverso la ponderazione zero lasciano facilmente intuire sia l'interesse degli istituti verso questo strumento di tutela del credito, sia il motivo per cui lo Stato, in periodo emergenziale, piuttosto che erogare direttamente

¹³ In altre parole, in virtù della presenza della garanzia di ultima istanza dello Stato, la cui solvibilità è aprioristica, si è autorizzato l'intermediario ad evitare accantonamenti prudenziali di capitale sulla parte di finanziamenti garantiti o contro-garantiti a prima richiesta dal Fondo, andando in tal modo ad alleviare il fabbisogno patrimoniale che sarebbe necessario, ai sensi della regolamentazione di vigilanza, se quelle garanzie non ci fossero; nonostante gli accordi di Basilea II siano superati (da Basilea III e già si viaggia verso Basilea IV), lo schema così creato è, per ora, ancora valido. In ogni caso, qualora tale schema dovesse modificarsi, gli effetti dei volumi gestiti dal Fondo continueranno comunque a prodursi per un discreto numero di anni a venire.

¹⁴ Ci si sta riferendo ad ipotesi di liti tra soggetto finanziatore e confidi garante di primo livello, contro-garantito dal Fondo, nei casi in cui il Fondo dichiari l'invalidità della contro-garanzia. La traslazione della ponderazione zero è soggetta ad una condizione: Banca d'Italia chiede che la garanzia del confidi presenti le stesse caratteristiche della garanzia del Fondo, *i.e.* deve possedere gli elementi oggettivi che la regolamentazione di vigilanza prevede per una garanzia *a prima richiesta*; in tal caso è autorizzato l'effetto traslativo. Il che determina un palese collegamento di rapporti giuridici tra loro distinti (il rapporto di garanzia di primo livello, tra finanziatore-creditore e confidi-garante, e il rapporto di secondo livello, tra confidi e Fondo), che perdono così indipendenza: se infatti il finanziatore ottiene benefici così significativi nella fase di gestione *in bonis* del credito e li mantiene in quella in cui il credito si deteriora, cioè quando gli accantonamenti si fanno addirittura più onerosi, il medesimo finanziatore dovrà anche aprirsi ad accettare gli eventuali accidenti negativi, in caso di sopravvenuta inesecutibilità della contro-garanzia e, quanto meno, per quelle violazioni di cui egli stesso si sia reso responsabile. Per l'appunto il principio *simul stabunt vel simul cadent*, di modo che effetti positivi e negativi si rifletteranno sull'istituto di credito finanziatore, che non è solo il beneficiario diretto della garanzia di primo livello, ma è anche l'effettivo beneficiario dell'intero meccanismo (a sostegno di queste considerazioni, si consideri inoltre che, sempre a maggior tutela del finanziatore, le disposizioni del Fondo sulla contro-garanzia prevedono anche la possibilità del *double default* o escussione *per saltum*, ossia una fattispecie simile, anche se non del tutto identica, a quella dell'art. 1948 c.c.). Ciò stante, il ricorso al citato principio dovrebbe considerarsi implicito, ancorché – vista la specificità della materia – non sfugge a chi scrive l'opportunità di dichiararlo in maniera chiara nei contratti tra istituti di credito e confidi, volti a disciplinare la concessione delle garanzie mutualistiche.

liquidità alle imprese ed ai professionisti (presumibilmente perché non ne ha la capacità, né l'organizzazione), ha preferito coinvolgere il sistema bancario, autorizzandolo ad ottenere in maniera pressoché indiscriminata la concessione di una garanzia, in molti casi fino al 100% del finanziamento. Dove ciò condurrà negli anni a venire non è dato sapere, ma – sembra predizione facile da fare, ancorché ci si auguri smentita dai fatti e cioè che tutti saranno in grado di rimborsare il finanziamento ricevuto – è probabile che la vicenda non si esaurirà tanto facilmente.

FUNZIONAMENTO. L'attività è documentale e si basa, per ciascun passaggio che si renda necessario, su una modulistica da compilare e firmare. Non è noto se i contenuti della modulistica siano frutto di una libera iniziativa del gestore, né se siano mai stati approvati da un qualche organo superiore, ma da quei contenuti non si può derogare: di fatto, ciò si traduce in una modulistica unilaterale e vincolante, cui aderire obbligatoriamente ed in assenza della quale le attività non procedono¹⁵. I moduli e gli eventuali documenti a corredo (ieri spediti o faxati) vengono oggi depositati in una piattaforma informatica (portale), con credenziali di accesso. Questa circostanza può, in astratto, produrre disfunzioni ed inconvenienti, tanto più pericolosi in quanto è frequente che gli adempimenti richiesti siano soggetti al rispetto di termini perentori di decadenza e debbano essere conformi ad una regolamentazione che abbiamo già definito monumentale e, per taluni versi, talmente dettagliata da sfiorare la capziosità.

Ad ogni buon conto, illustrata in questi termini la cosa sembra semplice; in realtà si tratta di un'attività operativa con contenuti tecnici estremamente delicata, specie in virtù del fatto che le eventuali inosservanze sono eccepite dal Fondo solo in caso di richiesta di escussione della garanzia, richiesta da cui prende avvio una stringente istruttoria, che può avvenire anche ad anni di distanza rispetto a quando fu deliberata l'agevolazione. In altre parole, qualsiasi adempimento svolto *ex ante* e nei tempi indicati non sembra produrre alcun problema che non sia risolvibile; i problemi semmai sorgeranno *ex post*, cioè quando, in caso di escussione della garanzia, si svolgeranno le verifiche di tutto ciò che è stato eseguito, anche molto tempo prima e non esiste più alcuna possibilità di correzione.

In ragione di numeri e volumi di cui si è dato conto, un modello organizzativo del genere è del tutto logico, coerente e non pare modificabile: sarebbe

¹⁵ L'impostazione giuridica di fondo sembra voler richiamare lo scambio negoziale di proposta ed accettazione, ma francamente, leggendo i contenuti di ciò che si è obbligati a dichiarare nella modulistica e collocandolo nel quadro normativo complessivo, si nutre più di un dubbio che questo genere di meccanismo possa realizzare una fattispecie di tipo contrattuale. Non di meno il Tribunale di Torino (nota 75), forse per insufficiente conoscenza del fenomeno, ha pensato di poter parificare la modulistica «[...] alla stregua di qualsiasi condizione generale di contratto».

impossibile gestire *on time* ed individualmente il numero di agevolazioni concesse, cosicché ci si concentra solo sui casi (di gran lunga inferiori, ma di certo non pochi) in cui si formula l'escussione della garanzia, dato che essa andrà onorata con denaro pubblico.

C'è però da dire che il modello stesso, reso assai oneroso dal numero di adempimenti e di termini da rispettare, produce due conseguenze. La prima: è vero che l'ottenimento della garanzia autorizza la ponderazione zero, ma di per sé non costituisce certezza che la garanzia sarà onorata, ove se ne presenti l'eventualità¹⁶. La seconda: l'esperienza quotidiana dimostra che la definizione di garanzia o contro-garanzia *a prima richiesta* è definizione di per sé avulsa dalla velocità di liquidazione¹⁷. A queste due conseguenze, presenti da sempre, oggi se ne aggiunge una possibile terza: un modello operativo interamente fondato su attività istruttorie compiute *ex post* rischia di inciampare in limiti di legge previsti da norme generali (*infra* § 6.2).

3. Soggetti. – Interrogandosi sui soggetti interessati e su quelli coinvolti nello strumento, è da dire che l'iniziale istituzione del Fondo rimase monca: si può infatti parlare più propriamente di costituzione di un fondo¹⁸, piuttosto che di istituzione del Fondo, e si dovette attendere l'anno seguente per un chiarimento, neppure troppo esplicito¹⁹. L'art. 15 della l. 266/1997 individuò i soggetti, nei loro diversi ruoli:

a) il Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato (oggi MiSE) che lo avrebbe disciplinato, di concerto con il Ministero del Tesoro (oggi MEF);

b) il Comitato (oggi Consiglio) di gestione, organo deliberativo di estrazione privata²⁰;

¹⁶ Nonostante venti anni di articoli di stampa sullo strumento, si affacciano soltanto oggi le prime, timide, osservazioni critiche sulla difficile escutibilità della garanzia (M. LONGO, *Cavilli, notifiche, troppe norme: avuta la garanzia, il nodo è escuterla*, Il Sole 24 Ore, 24 ottobre 2020), fenomeno che però non si può approfondire e valutare, per l'assenza di dati disponibili al pubblico.

¹⁷ Non sono rari i casi in cui si attendano non mesi, ma anni, prima di ricevere la liquidazione di quanto chiesto. Le ragioni possono essere le più disparate: si va da problemi organizzativi e di *staff*, sia del Fondo che dei suoi utenti, alla disponibilità delle risorse, agli adempimenti 'bizantini' ed altre qui omesse.

¹⁸ L. 662/1996, art. 2, co. 100: «[...] il CIPE può destinare: a) una somma fino ad un massimo di 400 miliardi di lire per il finanziamento di un fondo di garanzia costituito presso il Mediocredito Centrale [...]»

¹⁹ L. 266/1997, art. 15, 'Razionalizzazione dei fondi pubblici di garanzia', commi 2 e 3.

²⁰ Il comma 3 prevede: «La convenzione prevede un distinto organo, competente a deliberare in materia, nel quale sono nominati anche un rappresentante delle banche e uno per ciascuna delle organizzazioni rappresentative a livello nazionale delle piccole e medie imprese industriali e commerciali.»

c) il gestore del servizio (inizialmente il Mediocredito Centrale, MCC, con affidamento in via diretta ed oggi a seguito di un bando di gara);

d) le banche e gli intermediari finanziari, vigilati e non, nella loro veste di istituti di credito finanziatori, ed i confidi nella veste di garanti di primo livello, definiti dalla regolamentazione successiva come soggetti richiedenti;

e) le piccole e medie imprese, quali destinatarie dell'agevolazione del Fondo e non a caso definite soggetti beneficiari finali²¹.

Nel corso del tempo, il novero dei soggetti richiedenti (d) è aumentato, per effetto di norme di legge che hanno ampliato le fonti di finanziamento per le imprese, mentre la platea di beneficiari finali (e) è cresciuta per effetto di allargamenti dell'intervento del Fondo a settori di attività economica inizialmente esclusi ed ai professionisti²². Dei soggetti istituzionali *sub* (a) si può invece dire che, fatta eccezione per gli accorpamenti di competenze dei ministeri ed una loro diversa denominazione, nessun cambiamento sostanziale li ha interessati. Meritano un arresto i soggetti di cui alle lettere (b) e (c).

Quanto al Comitato di gestione del Fondo, che da semplice organo deliberativo era stato immediatamente arricchito di competenze amministrative e direttive²³, ha subito una decisiva trasformazione nel 2013²⁴, quando fu ridenominato Consiglio di gestione del Fondo; tuttavia, ancorché ne sia stata radicalmente ridotta la composizione e sia stato favorito l'ingresso di dirigenti della pubblica amministrazione, resta un organo di estrazione privata, la cui genesi normativa risiede nella convenzione stipulata tra Ministero e gestore, così come restano immutate le attribuzioni.

Quanto alla figura del gestore²⁵, visto che operativamente si è fatta e si continua a fare una certa confusione, anche in giudizio, va invece spesa qualche parola in più a causa delle conseguenze processuali negative che un'eventuale

²¹ Per *beneficiario finale* si intende il beneficiario dell'agevolazione e non il beneficiario della garanzia. Perché sia stata scelta tale definizione non è noto; per un tentativo, v. E. OLIVIERI, *cit.*, § 2, nota 15.

²² L'apertura ai professionisti è tema recente, a margine di un dibattito per anni negativamente influenzato da una netta distinzione tra legislazione comunitaria, che in buona sostanza li ritiene equivalenti alle PMI in quanto esercitano un'attività economica, e la legislazione domestica, che non si è mai espressa in modo chiaro nella stessa direzione. Evidenti segnali in controtendenza sono espressi dalla possibilità concessa ai professionisti di istituire confidi (*legge confidi*, co. 1, così come integrato dall'art. 8, co.12-*bis*, d.l. 70/2011), dalla definizione di professione (art. 1, co. 2, l. 4/2013, seppur ancora con esplicita esclusione delle professioni "ordinistiche"), dalla possibilità di rientrare tra i beneficiari finali delle agevolazioni del Fondo di Garanzia (art. 1, co. 5-*bis*, d.l. 69/2013), dalla partecipazione all'assegnazione di fondi europei (art. 1, co. 821, l. 208/2015).

²³ D. interm. 248/1999, art. 13, commi 1 e 2.

²⁴ L. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, comma 48, lett. a).

²⁵ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 2 per un maggior dettaglio.

disattenzione potrebbe determinare in caso di controversia. Nel momento di istituzione, costituzione e regolamentazione del Fondo (anni 1996-1999), MCC era un istituto di credito pubblico con un oggetto sociale, previsto da leggi speciali, dedicato principalmente alle PMI e dunque, all'epoca, parve naturale un suo coinvolgimento diretto. Tuttavia, poco prima del vero e proprio avvio dell'operatività del Fondo (che, come detto, risale al 2000), la partecipazione totalitaria dello Stato venne ceduta e, di conseguenza, la gestione di ingenti risorse pubbliche e del relativo servizio si ritrovò affidata direttamente ad un soggetto privato, per giunta aprendo un potenziale conflitto di interessi²⁶. Di fatto lo Stato, in persona del Ministero, non ritenne di dover intervenire e la situazione si è protratta dal 2000 sino al settembre 2010, quando, non è noto di preciso per quale ragione, ma è facile ipotizzarla legata alle necessità di dover rispettare normative comunitarie, fu emesso un bando pubblico di gara per l'affidamento del servizio di gestione del Fondo. La procedura di gara – disturbata dall'insorgere di un contenzioso avviato da altro partecipante²⁷ – terminò nel 2011 con l'aggiudicazione del servizio ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese²⁸. Dopo undici anni senza soluzione di continuità, cessava dunque l'affidamento diretto ed esclusivo ad MCC in quanto tale, anche se la circostanza non determinò,

²⁶ MCC venne inizialmente ceduto (1999-2000) a quello che poi diventò il gruppo Capitalia e successivamente, con il manifestarsi di difficoltà patrimoniali di questo, nel 2007 entrò nell'orbita del gruppo Unicredit per poi tornare, dopo qualche anno, in mano pubblica (v. <https://www.mcc.it/missione>). È ovvio che tutte le banche appartenenti a questi gruppi bancari finanziassero le PMI e potessero quindi ottenere la garanzia del Fondo. MCC si sarebbe pertanto trovato nella condizione di dover liquidare le escussioni di quelle garanzie a beneficio di banche del gruppo a cui era esso stesso riconducibile. Senza contare che, diventata banca privata, da un lato MCC ben poteva finanziare una PMI e dall'altro, in quanto gestore del Fondo, poteva contestualmente concederle la garanzia pubblica. Benché fosse all'epoca già vigente l'art. 47, comma 2, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), non è noto se e come il MICA affrontò il problema, né per la verità, se se lo sia mai posto.

²⁷ La controversia, iniziata nel 2010, è stata definita da Tar Lazio, sez. III-ter, 22 aprile 2011, n. 3547 che ha dichiarato cessata la materia del contendere.

²⁸ Nel luglio 2011, la Direzione Generale per l'incentivazione delle attività imprenditoriali del MiSE rendeva noto che «L'appalto relativo all'affidamento della "gestione tecnica, amministrativa, finanziaria e contabile del Fondo di Garanzia per le PMI di cui all'art. 2, c. 100, lett. a) della legge 662/1996" - CIG 05383536F1, pubblicato su GURI n. 107 del 15/09/2010, con importo a base d'asta di € 140.000.000, è stato aggiudicato, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in data 14.7.2011 al RTI composto da UniCredit MedioCredito Centrale S.p.A. in qualità di mandataria e da Artigiancassa S.p.A., Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane S.p.A., Mediocredito Italiano S.p.A., MPS Capital Services Banca per le Imprese S.p.A., in qualità di mandanti, al prezzo di € 127.145.610, corrispondente - per il complesso delle tipologie di operazione previste nell'allegato n. 3 al disciplinare di gara - ad un ribasso medio ponderato del 9,18% sugli importi a base d'asta». L'avviso pubblico è peraltro leggermente impreciso in quanto, dal decreto del Direttore Generale ad interim della medesima Direzione Generale del 14.07.2011, si apprende che l'RTI non era ancora stato costituito, ma solo costituendo.

in apparenza, alcun cambiamento evidente: il nuovo gestore era sì, infatti, un RTI, il cui mandatario era tuttavia lo stesso MCC (seppur all'epoca appartenente al gruppo Unicredit). Con l'aggiudicazione giunse poi la stipula di una nuova convenzione tra MiSE ed aggiudicatario, a copertura del periodo novennale di durata dell'incarico²⁹. Questo approfondimento narrativo sulla figura del gestore non è fine a sé stesso, in quanto tornerà utile in caso di contenzioso su una agevolazione del Fondo (*infra* § 5.1).

4. Il contenzioso: tre tipologie. – Il contenzioso sviluppatosi in relazione all'attività del Fondo, almeno quello noto, non è, ad oggi, fenomeno numericamente significativo, ma è chiaro che, in ragione delle cifre di nota 3, potrebbe facilmente diventarlo³⁰. Trattandosi di un'agevolazione pubblica non estranea alla disciplina del d.lgs. 123/1998³¹, concessa nell'interesse di PMI, ma a beneficio di terzi privati, le possibili controversie sono riducibili a tre grandi tipologie che, causa l'enorme regolamentazione cui s'è fatto cenno, possono essere potenzialmente caratterizzate dalle più diverse fattispecie concrete:

- a)** contenzioso tra Fondo e *soggetti beneficiari finali* (le PMI), se e quando la domanda di agevolazione è respinta o, se concessa, viene in seguito revocata;
- b)** contenzioso tra Fondo e *soggetti richiedenti* (in pratica, gli intermediari beneficiari della garanzia), se l'agevolazione, una volta concessa, viene – con termine qui volutamente generico – invalidata, circostanza che determina il rifiuto della prestazione, ossia il rifiuto di liquidare l'escussione della garanzia;
- c)** contenzioso tra Fondo e PMI quando, una volta onorata l'escussione della garanzia ed in forza di effetti surrogatori, il Fondo agisce per il recupero del credito contro il debitore principale ed i suoi eventuali condebitori solidali, *i.e.* i fideiussori e/o i soci illimitatamente responsabili delle piccole e medie imprese.

²⁹ L'obbligo è previsto all'art. 15, co. 3, l. 266/1997 e dell'esistenza della convenzione MICA-MCC v'è traccia nei d.m. MiSE 28/10/2010 e 10/11/2011. Della nuova convenzione MiSE-RTI aggiudicatario si trova invece traccia nel d.m. MiSE 21/12/2017. Il contenuto della convenzione non è noto e, peraltro, considerando la data di aggiudicazione del bando, si può presumere che l'incarico novennale sia decorso, con possibili conseguenze giuridiche in tema di cessazione della rappresentanza.

³⁰ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 8 per le possibili o le plausibili ragioni.

³¹ D.lgs. 123/1998, art. 7 "Procedure di erogazione", co. 1: «1. I benefici determinati dagli interventi sono attribuiti in una delle seguenti forme: credito d'imposta, bonus fiscale, secondo i criteri e le procedure previsti dall'articolo 1 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito, con modificazioni dalla legge 8 agosto 1995, n. 341, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato.».

- d) L'esame del contenzioso restituisce questioni di merito ricorrenti, di cui si darà conto in prosieguo.

5. *Il contenzioso: questioni incidentali.* – Prima però di affrontare il merito, si apprezzano tre questioni incidentali, una meramente eventuale ed altre due piuttosto frequenti. Senza la necessità di doverci intrattenere sulle sottili distinzioni processual-civilistiche tra le questioni pregiudiziali (di rito e di merito) e le questioni preliminari (di merito), va tuttavia chiarito che si tratta di questioni in grado di condizionare l'esito di un contenzioso, a patto che, tuttavia, vengano svolte in maniera chiara, mettendo il giudicante, non necessariamente versato sulla materia Fondo di Garanzia, in condizione di doversi esprimere.

5.1. *La rappresentanza.* – Genesi. Si rintraccia nel fatto che il Fondo non è un soggetto dotato di personalità giuridica, ma la sua attività si caratterizza per la presenza di più soggetti. Trasferita sul terreno contenzioso, la circostanza comporta che diventa poco chiaro chi sia il legittimato in giudizio e ciò si riflette sull'istituto della rappresentanza sostanziale e processuale. Premesso che non si rintracciano disposizioni esplicite o implicite dalle quali dedurre che il Consiglio di gestione o il suo presidente, né sotto il profilo sostanziale, né sotto quello processuale, possono rappresentare il Fondo, riferendoci invece ai due soggetti istituzionali principali (l'attuale MiSE e la Banca del Mezzogiorno Mediocredito Centrale S.p.A.), non mi pare siano discutibili due evidenze: (a) il MiSE, ancorché sia spesso previsto il concerto normativo con il MEF, è certamente il ministero cui spettano *ex lege* poteri regolamentari, di indirizzo e di controllo sul Fondo; (b) MCC ne è l'attuale gestore, non più in via diretta, bensì in quanto mandatario dell'RTI aggiudicataria del bando.

ESAME. Al di là della considerazione che si tratta di una garanzia rilasciata da un Fondo, al cui vertice c'è un (*ex* Comitato, oggi) Consiglio di gestione, le evidenze (a) e (b) suscitano una qualche incertezza sulla individuazione del legale rappresentante del Fondo. Le incertezze non sono poi risolvibili richiamandosi alle convenzioni sottoscritte tra Ministero e gestore (nota 29), a causa della mancata diffusione al pubblico dei testi.

Così accade che, in numerosi contenziosi tra quelli di cui si darà conto in prosieguo, non è infrequente incontrare il Ministero che, mediante l'Avvocatura dello Stato, eccepisce il proprio difetto di legittimazione (spesso con successo), senza meglio qualificare se intenda legittimazione sostanziale o processuale e senza neppure fornire indicazioni, né a sostegno di ciò che eccepisce, né su possibili alternative; viceversa, nessuna eccezione in tal senso risulta sollevata da

MCC, sia quando era affidatario diretto della gestione del Fondo, sia in qualità di mandatario di un RTI aggiudicatario³².

Se l'esperienza empirica sembra restituire delle indicazioni abbastanza chiare, le stesse restando tuttavia insoddisfacenti ed insufficienti.

A tale riguardo, si può riferire che il disciplinare di gara del 2010 citava: «*Il Gestore assume altresì la rappresentanza negoziale e giudiziale del Fondo*» (punto 3, ultimo cpv.), mentre l'annesso capitolato d'onori prevedeva «*2. Il Gestore avrà la rappresentanza negoziale e giudiziale, sia attiva che passiva, del Fondo di garanzia, ivi compreso il potere di farsi a sua volta rappresentare.*» (art. 2, co. 2). Tuttavia, in mancanza di altro, è quanto meno dubbio ritenere che tali “regole di ingaggio” siano sufficienti a determinare un affidamento che assolvda da errori nell'identificazione del corretto legittimato e cosa eventualmente possa accadere alle questioni che si trovino *in itinere*, nel momento in cui l'attuale gestore, terminato il proprio incarico contrattuale, fosse sostituito da un nuovo aggiudicatario. Si pensi, per esempio, a contenziosi non ancora giunti a decisione oppure a sentenze già emanate, ma non ancora messe in esecuzione³³.

SINTESI. Allo stato, laddove il Ministero eccepisca il difetto di legittimazione e l'eccezione sia accolta, per il momento si incontrano sentenze che, per la novità della materia trattata, compensano le spese³⁴, ma è chiaro che, se si mantiene lo stesso indirizzo decisionale, questa motivazione è destinata ad esaurirsi nel caso

³² Dalle sentenze è palese come la possibilità di equivoco regni pure tra gli estensori delle stesse.

³³ Per la verità, alla luce di quanto indicato dal disciplinare e dal capitolato d'onori, sorge un sospetto e cioè che l'intenzione del Ministero sia o fosse quella di spogliarsi della (seccatura della) rappresentanza. Ove l'intento ministeriale fosse realmente quello di evitare la *rappresentanza negoziale e giudiziale*, concentrandoci più sui contenuti, che non sulla forma degli atti che sono stati resi pubblici, e fermo restando che una *legitimatio ad processum* è certamente delegabile a terzi, c'è da chiedersi se e quanto possa essere efficace spogliarsi di una *legitimatio ad causam* attraverso una indicazione sostanzialmente pubblicitaria (la pubblicazione dei bandi di gara), fosse pure eventualmente seguita dalla sottoscrizione di una clausola pattizia (la stipula della convenzione con il gestore, di fatto un contratto di diritto privato). Tanto il tema, quanto la soluzione, esulano dai confini di questo contributo e ci si limita a darne conto, al fine di stimolare l'attenzione su questi aspetti, certamente secondari, ma non minori.

³⁴ Tra le più recenti, il Tar Lombardia, sez. Brescia (nota 42) ritiene di poter accogliere l'eccezione di legittimazione del MiSE, in quanto, pur dando conto che esiste un gestore, il Ministero non partecipa all'operatività del Fondo e, anzi, la motivazione sembra quasi ipotizzare una veste processuale del Consiglio di gestione (in particolare, Tar Lombardia, sez. Brescia, n. 87/2021), non citato in giudizio; la sentenza non si sofferma sui compiti e, in sostanza, sul ruolo che la legislazione assegna al Ministero. Per Trib. Torino (nota 83) il MiSE non è legittimato passivo perché «*le situazioni giuridiche inerenti il diritto di credito generato dall'avvenuta concessione della garanzia di cui trattasi*» vanno imputate solamente al gestore del Fondo, anche se – così facendo – si tralascia di considerare che MCC non solo è mandatario di un RTI, ma anche che è un “gestore” e, per definizione, non è il titolare delle somme controverse. In entrambi i casi, spese compensate per la novità del tema trattato.

in cui il contenzioso dovesse crescere. Chi scrive ritiene che il Ministero possa certamente negare la propria legittimazione (processuale, non sostanziale), ma non potrebbe, né dovrebbe essergli consentito di farlo senza illustrarne e, soprattutto, senza documentarne le ragioni. Ad ogni buon conto, non c'è risposta definitiva ai dubbi sulla rappresentanza ed occorre dunque agire con rafforzata attenzione preventiva anche su questi aspetti, al fine di evitare di incorrere in poco piacevoli inconvenienti.

5.2. La giurisdizione. – GENESI. È stata descritta a suo tempo³⁵ ed il Fondo stesso non è del tutto estraneo al dibattito, avendo contribuito a crearlo o, quanto meno, ad alimentarlo. Il *discrimen* tra giurisdizione amministrativa e ordinaria è oggi meno ambiguo, seppur un errore in tal senso sia sempre possibile e dia luogo ad esiti spiacevoli, ancorché non tali da pregiudicare irreversibilmente le proprie ragioni³⁶.

ESAME. La Cassazione ha contribuito a restituire conforto e chiarezza, indicando la linea di confine tra le due giurisdizioni³⁷: in sintesi, fermo restando che l'esame del caso concreto determina la scelta più corretta, da un punto di vista generale non è un azzardo ipotizzare che la quasi totalità delle tipologie "A" di § 4 sarà attratto nella giurisdizione amministrativa, mentre la stragrande maggioranza delle tipologie "B" e "C" sarà invece naturalmente devoluto alla cognizione del giudice ordinario.

Sulla scia delle indicazioni dei giudici di legittimità si sono adeguate le corti territoriali, con una serie di sentenze che hanno declinato la giurisdizione

³⁵ Si veda. E. OLIVIERI, *cit.*, § 9.

³⁶ Tenendo conto della durata dei processi, l'eccepibilità del vizio di giurisdizione in qualsiasi stato e grado del giudizio (v. art. 37 c.p.c. ed artt. 8 e 9 c.p.a.) rende intuitivo il pregiudizio che possono subire le ragioni di una delle parti in causa.

³⁷ Cass., S.U., 8 maggio 2014, n. 9826 costituisce un precedente specifico in tema di Fondo di Garanzia per le PMI e, nel caso sottoposto (diniego alla liquidazione di un'escussione di garanzia formulata da una banca), ha affermato la giurisdizione ordinaria. È però più utile richiamare l'attenzione a Cass., S.U., 5 agosto 2016 n. 16602, che contiene un percorso motivato più esteso e più chiaro, richiamandosi a precedenti che risalgono nel tempo a Cass., n. 14169/2004. Ancor più recenti e conformi sono Cass., S.U., 22 giugno 2017 n. 15368, 18 settembre 2017 n. 21549 e 12 novembre 2020 n. 25577.

amministrativa in favore di quella ordinaria³⁸ ed in cui si è assistito anche ad inconsueti fenomeni pindarici³⁹.

In senso opposto è andato il Tar Campania⁴⁰, che chiarisce le proprie ragioni e che, quanto meno con riferimento alle controversie del tipo “B”, sollecita

³⁸ Tar Lazio, sez. III-ter, 18 luglio 2016, nn. 8203, 8204, 8206 e 8208; Tar Lazio, sez. III-ter, 29 novembre 2016, n. 11927; Tar Lazio, sez. III-ter, 15 giugno 2017, n. 7032; Tar Lombardia, sez. III, 22 dicembre 2017, n. 2459; Tar Lazio, sez. III-ter, 18 maggio 2018, n. 5228; Tar Lazio, sez. III-ter, 30 gennaio 2019, n. 1235; Tar Lazio, sez. III-ter, 21 giugno 2019, n. 8148; Tar Lazio, sez. III-ter, 3 luglio 2019, nn. 8680 e 8694; Tar Lazio, sez. III-ter, 10 luglio 2019, nn. 9153 e 9155; Tar Lazio, sez. III-ter, 29 novembre 2019, n. 13671; Tar Lazio, sez. III-ter, 16 gennaio 2020, n. 540; Tar Lazio, sez. III-ter, 27 gennaio 2020, n. 1053; Tar Lazio, sez. III-ter, 6 agosto 2020, n. 9042; Tar Lazio, sez. III-ter, 10 dicembre 2020, n. 13263; Tar Lazio, sez. III-ter, 1° febbraio 2021, n. 1257. In relazione al ricorrente, istituto di credito o confidi che fosse, inutile evidenziare che tutte le questioni sottoposte a cognizione dell'autorità riguardavano delibere di inefficacia di garanzie o di contro-garanzie e tendevano, quindi, ad ottenere una pronuncia sulla fondatezza o meno delle ragioni addotte per rifiutarne l'escussione. Meritano evidenza a parte Tar Lazio n. 8204 e 8208/2016 (nota 60). Si segnalano invece Tar Lazio nn. 9042/2020, 13263/2020 e 1257/2021 perché disegnano quel distinguo su cui si attesterà poi, nel 2021, la sede di Brescia di Tar Lombardia – distinguo di cui si dà conto *infra* ed in nota 42 – anche se sembrano contestualmente neutralizzarlo, mediante richiamo a Cass. n. 9826/2014 *cit.*

³⁹ In Tar Lazio 1235/2019 il ricorso di un confidi, risalente al 2010, aveva visto costituirsi in giudizio il gestore MCC in difesa delle ragioni del Fondo, il quale criticò i contenuti dell'atto introduttivo, giacché fondato su concetti civilistici inutili e fuorvianti in ambito amministrativo, manifestando in altri termini il proprio consenso alla giurisdizione amministrativa. Nelle memorie conclusive del 2018, per effetto dei chiarimenti giurisprudenziali nel frattempo sopraggiunti, MCC capovolgeva la linea difensiva, eccependo il difetto di giurisdizione amministrativa ed ottenendo sentenza in tal senso. Sono peraltro note a chi scrive alcune controversie civili ordinarie iniziate nel 2012-2014, in cui il Fondo si costituiva in giudizio con eccezione diametralmente opposta, cioè in favore della giurisdizione amministrativa. Se, quindi, si pensa che l'orientamento della Cassazione sarebbe univoco sin dal 2004, si nota lo strano fenomeno di un Fondo che – nonostante indicazioni da esso stesso fornite – se convenuto avanti il giudice amministrativo, eccepeva la giurisdizione ordinaria, mentre se citato avanti l'A.G.O., provava ad eccepire l'opposto. Una certa ambiguità processuale, tuttavia, continua ancora oggi, perché nonostante Tar Lombardia 2459/2017 e Tar Lazio 1235/2019 sembrano dimostrare che oggi il Fondo avrebbe eletto la propria via (formula sin dal primo grado un'eccezione di giurisdizione), la decisione del Tar Lombardia 1210/2018 (v. in § 6.2, note 73 e 74) dimostra che non è così: in quella sede il Fondo nulla eccepeva su giurisdizione, ritenendo magari di riservarsi l'eccezione nell'eventuale grado successivo e neutralizzando così i possibili effetti negativi di un contenzioso per motivi di rito e non di merito.

⁴⁰ Tar Campania, sez. I, 28 agosto 2020, n. 3677 che, prima di entrare nel merito, spiega i motivi per i quali l'eccezione di giurisdizione di MCC, pur sostenuta da ricca citazione giurisprudenziale, non è fondata: «*La questione controversa non può essere ricondotta a quella decisa dalle Sezioni Unite con la menzionata ordinanza n. 9826/2014. Ed invero, l'oggetto del contendere non consiste nell'inadempimento del privato e nemmeno di quello del gestore, MCC, circa l'attivazione della sua obbligazione di garanzia, bensì nella legittimità di un atto amministrativo che nega l'operatività della garanzia medesima in applicazione di un decreto ministeriale e delle disposizioni applicative emanate dall'amministrazione. Più in particolare, in questa sede si chiede a questo giudice di valutare la legittimità del provvedimento del Consiglio di gestione del Fondo di Garanzia, soggetto fornito di un*

l'operatore ad un *surplus* di riflessione, in virtù del risultato che intende conseguire: rimuovere un presunto⁴¹ provvedimento amministrativo, oppure, più semplicemente, ottenere il pagamento di un credito. Nella stessa direzione, di negare la giurisdizione civile e decidere la causa nel merito, è andata anche la sezione di Brescia del Tar Lombardia⁴², che invece, per determinare la

*potere regolamentare ed operativo in quanto, da un lato, autore di disposizioni volte a regolare il rapporto concessorio, dall'altro, gestore di fondi pubblici. Non si controverte, pertanto, sul fatto che il beneficiario (nel nostro caso, S.M.E.I.) sia o meno inadempiente ma se la valutazione di un organo, dotato di poteri autoritativi, sia legittima o meno; in particolare, se sia corretta la decisione di negare la controgaranzia in relazione ad una presunta inosservanza del Banco di Napoli ai termini perentori previsti dalle "Disposizioni operative" che lo stesso organo ha emanato su delega del Ministero. È evidente che la materia attiene all' esattezza ed alla regolarità del procedimento amministrativo a monte della garanzia con conseguente giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.». Nella valutazione delle motivazioni va tuttavia tenuto conto della particolarità della lite (v. *infra* al § 6.2). In ogni caso, quanto ai profili di giurisdizione, la decisione è stata appellata e si dovrà esprimere, il Consiglio di Stato.*

⁴¹ Sebbene il Cons. Stato n. 2514/2010 (nota 58) – in una lite avviata nel 2008, ossia quando il gestore del Fondo era una banca interamente posseduta dal gruppo Unicredit – dia per scontato, ossia non ritenga di dover spendere ragioni sul fatto che ci si trovi di fronte ad un provvedimento amministrativo, si è utilizzato il termine “presunto” perché, forse, anche questo tema meriterebbe un approfondimento, che però esula dai confini di questo studio. Occorrerebbe infatti chiedersi se la fattispecie che stiamo per descrivere giustifichi oppure no l'identificazione con il provvedimento amministrativo. Allo stato, si tratta di questo: prima che il Consiglio di gestione del Fondo deliberi, specie se negativamente, il gestore avvia un contraddittorio con l'interlocutore, indicando che sta agendo *ex l.* 241/1990 sul procedimento amministrativo, il che lascia intendere che l'interlocuzione si concluderà con un provvedimento (appunto, la delibera). In realtà, la fattispecie nel suo complesso dimostra che ciò che si impugna è una decisione di un organo privato (il Consiglio di gestione), previsto da una legge ed istituito con un contratto (convenzione tra Ministero e gestore), a composizione mista (dirigenti pubblici e privati cittadini), incaricato di governare la gestione di un Fondo alimentato da risorse pubbliche, che agisce su iniziative di utenti privati, filtrate da un soggetto parimenti privato (il gestore, accidentalmente di proprietà pubblica, ma un domani potrebbe cambiare il gestore stesso o la proprietà passare nuovamente di mano) ed ha come oggetto, in buona sostanza e quasi sempre, diritti di credito. In altri termini, l'unica connotazione pubblica presente è il denaro su cui si controverte, mentre tutto il resto è intuitivamente riconducibile alla sfera privatistica.

⁴² Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 8 gennaio 2021, nn. 31 e 32 ed ancora 25 gennaio 2021, nn. 87 e 88. La sentenza n. 32/2021 presenta motivazione sintetica, trattandosi di decisione che prende atto della cessata materia del contendere. Più ampia invece quella della sentenza n. 31/2021, simile a quella degli altri casi: «6. Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle cause riguardanti la concessione o la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche il riparto di giurisdizione è fondato sul criterio generale della natura della situazione soggettiva azionata: pertanto, rientrano nella cognizione del giudice ordinario le controversie attinenti alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione, e quindi all'erogazione o ripetizione del contributo sul presupposto di un inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite o dell'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, in quanto il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto. Competono, invece, al giudice amministrativo le cause concernenti le fasi procedurali precedenti l'adozione del provvedimento discrezionale di concessione del beneficio, oppure quelle in cui il

*E. Olivieri. Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva
e questioni irrisolte*

giurisdizione, approfondisce la fattispecie concreta *sub iudice*, affermando che il vizio exceptio dal Fondo al fine di negare il pagamento è (era) un vizio intrinseco, soggettivo od oggettivo poco importa, che avrebbe influito a suo tempo sul rilascio stesso dell'agevolazione; in questa maniera ne ante-data il prodursi e ciò finisce con il determinare la giurisdizione.

SINTESI. A questo punto, per una visione più stabile occorrerà attendere la parola del Consiglio di Stato che, anche se non ha affrontato le motivazioni addotte dal Tar Campania, sul Fondo di Garanzia si è in realtà già pronunciato⁴³.

contributo, dopo essere stato riconosciuto, sia stato annullato per vizi di legittimità o revocato per contrasto iniziale con il pubblico interesse, configurandosi in questo caso - in capo al soggetto destinatario dell'atto - una posizione di interesse legittimo (Cons. Giust. amm. Sicilia, 21 ottobre 2020, n. 957; Cons. Stato Sez. III, 25 agosto 2020, n. 5197; Cass. civ. Sez. Unite, 7 luglio 2017, n. 16831; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6). 7. La controversia di cui è qui questione non concerne un'ipotesi di inadempimento degli obblighi prescritti con il provvedimento di ammissione al beneficio e, quindi, non attiene alla fase esecutiva del rapporto di finanziamento, bensì a quella genetica di riconoscimento del finanziamento, in quanto riguarda la dedotta insussistenza dei presupposti e dei requisiti di ammissione, che quindi -in ipotesi- sarebbe stata illegittimamente disposta. 8. (...) Il provvedimento non si fonda, quindi, sull'emersione di circostanze ostative, perfezionatesi successivamente al provvedimento di ammissione, in relazione a comportamenti posti in essere dallo stesso beneficiario nella fase attuativa dell'intervento agevolato, ma attiene alla fase costitutiva o genetica, ovvero a situazioni già esistenti alla data di ammissione, ancorché emerse successivamente, nella fase di liquidazione della garanzia. 9. Sussiste -del resto- la giurisdizione del giudice amministrativo non solo nella fase procedimentale antecedente l'erogazione, ma anche in quella successiva, allorché il contributo venga annullato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse e non per inadempienze del concessionario. 10. Nel caso di specie, ancorché intervenuta a significativa distanza dal provvedimento di ammissione, la declaratoria di "inefficacia" è stata disposta in ragione di un difetto originario delle condizioni di accesso alla procedura semplificata, ovvero di un elemento costitutivo del rapporto».

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2018, n. 2998, che conferma Tar Lazio n. 7032/2017, *cit.* Va chiarito un punto: né la decisione del Tar, né quella del Consiglio di Stato danno conto con precisione quale fosse la fattispecie concreta di dissidio, ma si limitano entrambe a riferire che la delibera di inefficacia impugnata si fondava sulla "mancata rispondenza sostanziale dei dati risultanti dalla documentazione allegata alla richiesta di attivazione con i dati dichiarati nella richiesta di ammissione". Nell'esperienza quotidiana questa locuzione abbraccia molte casistiche ma, detta in altre parole, significa che quanto inizialmente dichiarato allo scopo di ottenere l'agevolazione è risultato poi non confermato al momento dell'escussione della garanzia. Se ciò fosse vero (e, si ripete, non lo sappiamo), il Consiglio di Stato, già dal 2018, sembra motivare in modo da smentire l'indirizzo inaugurato dal Tar Lombardia sede di Brescia nel 2021, dato che «[...], ad avviso del Collegio, la impostazione fatta propria dalla parte appellante non è condivisibile, tenuto conto della natura dell'atto impugnato, che fisiologicamente si inserisce nella fase successiva rispetto alla conclusione del procedimento di riconoscimento del beneficio, nonché, sotto il profilo contenutistico, delle ragioni che hanno condotto all'adozione della decisione del Consiglio di gestione del fondo di garanzia, traendo la stesa origine dalla (asserita) inesecuzione dell'obbligazione imposta a carico della beneficiaria s.r.l. R. per il mancato pagamento delle rate [...]» in quanto incentra l'attenzione non sul motivo intrinseco dell'inefficacia, al fine di poter dire che si trattava di un requisito costitutivo dell'agevolazione e, dunque, precedente alla stessa, ma sul momento temporale

Di certo vi è che più si entra in dettaglio e più si alimentano dubbi, anziché raggiungere certezze, a detrimento della tutela dei diritti. Ad ogni buon conto non si può fare a meno di notare che, considerata la scarsità del fenomeno contenzioso, è evidente il rammarico di aver percorso un tratto di strada sulla giurisdizione errata: se il contenzioso è modesto e quel poco si è addirittura instradato sul giudice non corretto, la conseguenza è che – nonostante siano trascorsi oltre vent'anni dall'istituzione del Fondo – si è ancora oggi privi di utili arresti giurisprudenziali su questioni più propriamente di merito, fatti salvi, appunto, l'appena citato Tar Campania ed i pochissimi altri su cui torneremo *infra* al § 6.2.

5.3. La legittimità. – GENESI. Per i profili di legittimità dell'operatività quotidiana del Fondo occorre rinviare a quanto già indagato e gli stessi risultano, al momento, sostanzialmente immutati⁴⁴, fatta eccezione per una recente novità. Tali profili sono negativamente influenzati da un precedente del Consiglio di Stato del 2017⁴⁵, che riforma due decisioni del Tar Lazio, le quali erano invece entrate nel merito delle disposizioni del Fondo, non ravvisandone motivi di censura. Il massimo organo di giurisdizione amministrativa, invece, nel mettere in evidenza la violazione dell'art. 17 della l. 400/1988⁴⁶ «[...] annulla, per quanto d'interesse, il decreto interministeriale originariamente impugnato 3.12.1999 [...]», cioè annulla il primo decreto di terzo livello emesso in ordine di tempo e contenente le *Condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale* (nota 1).

ESAME – Per facilitare l'intelligibilità del discorso, è utile riproporre in questa sede un sintetico cenno delle due osservazioni che ha suscitato quella sentenza. La prima è che il dispositivo è meno dirompente di quanto sembri, dato che la motivazione affronta – pur senza mai citarlo – un fenomeno piuttosto noto di cui si è occupata e si occupa la dottrina di diritto pubblico, definito *fuga dalla l. 400/1988* o *fuga dal regolamento*⁴⁷, con l'andare del tempo sempre più

successivo in cui tale inefficacia è stata deliberata e cioè quando l'agevolazione era già stata concessa da molto tempo.

⁴⁴ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, §§ 3, 4 e 10.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2017, n. 5218.

⁴⁶ L. 23 agosto 1988, n. 400 sulla *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

⁴⁷ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5075, di cui vale la pena citare monito ed invito conclusivi: «Quello dei decreti "di natura non regolamentare" costituisce, dunque, una conseguenza estrema della perdita di senso del principio di separazione dei poteri, dell'indifferenza per le forme, del prevalere di interessi particolari, insuscettibili di tradursi in una sintesi collettiva, sostenuta dal consenso. Sembra dunque opportuno sollecitare i giuristi a prendere atto delle conseguenze prodotte dalla denunciata prassi, e

ingombrante e preoccupante⁴⁸. Così essendo, diventa inevitabile concludere che disposizioni approvate con le modalità identificate non possono essere opponibili ai terzi e – di conseguenza – atti e/o altro tipo di provvedimenti, che su quelle disposizioni si fondano, devono essere dichiarati nulli⁴⁹: uniche disposizioni (anzi, *norme* a tutti gli effetti) opponibili all'esterno sono quelle del d. interm. 248/1999. La seconda osservazione è che la sentenza espone un ragionamento di tipo orizzontale, replicabile ogni volta che ci si trovi di fronte al medesimo schema approvativo: tutte le disposizioni che risultano adottate seguendo le stesse modalità, anche in anni successivi al 1999, se contestate in giudizio finirebbero con l'essere esposte al rischio di inutilizzabilità⁵⁰.

La decisione è rimasta per il momento isolata, specie perché altre controversie in tutto e per tutto simili – che avrebbero potuto facilmente restituire conferme o smentite – sono state abbandonate dall'appellante⁵¹.

Nel silenzio generale si può dare però conto della recente novità rappresentata da una decisione del Tribunale di Roma del 2018⁵², resa in una controversia tra banca e Fondo (il tema della lite è dunque quello della garanzia

di scoperciare gli effetti, frequentemente occulti, prodotti dagli atti in esame, per stabilire idonee misure di reazione dell'ordinamento giuridico, sia attraverso l'annullamento dei provvedimenti da parte del giudice amministrativo, sia attraverso la più grave sanzione di illegittimità della legge, che rinvii ad atti "di natura non regolamentare" la produzione di effetti normativi e ciò per eccesso di potere legislativo, cioè per sviamento della legge dalla funzione tipica ad essa assegnata dalla Costituzione.» In tema anche, A. A. GEMMA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in www.osservatoriosullefonti.it per la pregevole ricostruzione dei contributi dottrinari sull'argomento.

⁴⁸ In maniera più ampia, v. E. OLIVIERI, *cit.*, § 10, nota 74.

⁴⁹ Cons. Stato n. 5218/2017 *cit.*, pag. 16, fine punto 11.3. «*Per quanto non sia essenziale specificarlo (giacché di per se stesso già sufficientemente intuibile), vale osservare che questi decreti ministeriali altro non sono che provvedimenti amministrativi generali e che pertanto essi, quanto a rango della fonte, si collocano al di sotto del citato regolamento n. 248/1999. A quest'ultimo essi devono risultare conformi; rispetto a quello essi non hanno la forza di introdurre legittime deroghe né di aggiungere disposizioni che vadano oltre le previsioni della loro fonte immediatamente sovrastante (ossia sempre il regolamento n. 248/1999).*»

⁵⁰ L'osservazione non è una deduzione di chi scrive, ma si vince chiaramente seguendo l'iter decisionale del Collegio che – ai §§ 11 e 13 (pagg. 15, 18 e 20 della motivazione) – confronta il decreto ministeriale *sub iudice* con due decreti di omologo contenuto, del 2001 e del 2005, ritenendoli tutti affetti dal medesimo vizio, anche se poi non li annulla, dato che la controversia non li riguardava. Il che, implicitamente, significa che è possibile estendere il medesimo ragionamento anche alle disposizioni operative successive, cioè quelle decretate nel 2012 e nel 2019, le quali per giunta – nonostante l'art. 13, co. 2, del d. interm. 248/1999 imponga di farlo – non risultano neppure pubblicate in Gazzetta Ufficiale.

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2019, nn. 8185, 8186, 8187, 8188 e 8189.

⁵² Trib. Roma, 6 dicembre 2018, n. 23558.

diretta) e giudicata sulla base delle disposizioni risalenti al 2005⁵³, che ordina al Fondo di onorare la garanzia. La sintetica motivazione del tribunale capitolino – che coglie anche occasione per un appunto critico all’operatività del Fondo⁵⁴ – non è perfettamente identica a quella del Consiglio di Stato, ma certamente le somiglia molto quanto a conseguenze⁵⁵. È vero che una motivazione del genere può apparire poco convincente⁵⁶, ma il risultato è in linea con il *decisum* in sede amministrativa⁵⁷: le condizioni di ammissibilità e le disposizioni di carattere generale del Fondo, così come concepite ed approvate, esulano dalla gerarchia delle fonti e non sono applicabili.

SINTESI – Non risulta che la sentenza n. 5218/2017 del Consiglio di Stato abbia suscitato reazioni, né correzioni, anche perché il livello di contenzioso giudiziale tra utenti e Fondo, nonostante i numeri di cui s’è detto, rimane contenuto. Essa dunque rappresenta, per il momento, non più di una riflessione,

⁵³ D.m. 23 settembre 2005 contenente la *Approvazione delle condizioni di ammissibilità e delle disposizioni di carattere generale per l’amministrazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, di cui all’articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, a seguito di rideterminazione delle caratteristiche degli interventi del Fondo stesso, ai sensi del decreto ministeriale 20 giugno 2005* e pubblicato in G.U. 3/10/2005, S.G. n. 230. Tale decreto costituisce l’edizione totalmente nuova rispetto a quello del dicembre 1999, modificato nel 2001, e dichiarato nullo dal Consiglio di Stato.

⁵⁴ Trib. Roma, n. 23558/2018, *cit.* (pag. 4): «*La negazione quindi da parte della convenuta della garanzia del fondo appare legata a ragioni formalistiche e non sostanziali e come tale deve essere disattesa con conseguente condanna [...]*».

⁵⁵ Trib. Roma, n. 23558/2018, *cit.*, (pag. 3) «*Si tratta delle Disposizioni operative del fondo allegata dalla convenuta al doc. n. 9 quali “procedure di attivazione della garanzia”. È evidente quindi che, nell’ambito della gerarchia delle fonti il regolamento di cui parte convenuta invoca l’applicazione assume la veste di subregolamento, traendo forza normativa da un regolamento di diretta discendenza normativa. Tale sub regolamento, volto a procedimentalizzare l’attività del comitato, anche in omaggio ed in specifico richiamo della legge 241/90 sul procedimento amministrativo, non appare però in grado di derogare né ai principi della legge di riferimento che, appare chiaramente orientata a “assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito in favore delle piccole e medie imprese”, né alle norme di legge, con particolare riferimento all’art. 1944 c.c.*».

⁵⁶ In tema di agevolazioni di Stato concesse sotto forma di garanzia (d.lgs. 123/1988), nulla lascia ipotizzare la plausibilità di ricorrere all’analogia con la disciplina tipica della fideiussione, quanto meno in assenza di una spiegazione che giustifichi questa plausibilità. Ciò che non convince nella motivazione è, dunque, che ci si sia indirizzati ad un confronto con l’art. 1944 c.c., spiegando perché un “subregolamento” di quel genere non può derogare dalla norma codicistica, invece di eseguire un riferimento diretto al d. interm. 248/1999 e pervenire al medesimo risultato. Non è noto se, durante il contraddittorio, le Parti si siano o no richiamate ai temi toccati dal Consiglio di Stato; a giudicare dal testo della sentenza non sembra l’abbiano fatto e, dunque, il convincimento del magistrato deve essere maturato per altra via.

⁵⁷ Per completezza, va dato conto che la lite è ancora *sub iudice*: il Fondo ha appellato la decisione di primo grado. Va parimenti dato conto che l’atto di appello, di cui si è presa visione, non contiene alcun motivo esplicito di critica al ragionamento esposto dal Tribunale in tema di “subregolamento”, limitandosi a riaffermare la correttezza dell’operato del Fondo sulla base delle proprie “norme”.

ma non una regola o, quanto meno, non ancora. Tuttavia, è evidente che trattasi di una preliminare di merito che, se si hanno capacità ed opportunità di portare a cognizione di un magistrato, è tale da condizionare qualsiasi controversia, tanto che, se simili decisioni dovessero ripetersi, le conseguenze sono facilmente intuibili.

6. Il contenzioso: questioni di diritto e di merito. – Nel § 4 si è tratteggiata una tri-partizione “A”, “B” e “C” di possibili controversie. Le questioni di diritto e di merito trattate in queste controversie non sono altro che una conseguenza dell'imponente apparato regolatorio che circonda il Fondo di Garanzia, composto non solo da norme primarie e secondarie, ma anche da regole di terzo e quarto livello (amministrative), da modulistica, da e-mail informative a sovente contenuto interpretativo e da manuali operativi privi di qualsiasi crisma di certezza giuridica. È chiaro che, tanto più ampio è l'apparato, quanto più facili sono le contraddizioni, le incongruenze, la mancanza di coordinamento quando non, addirittura, la scarsa qualità o, peggio, il diretto contrasto con principi e norme dell'ordinamento generale a cui ci si dovrebbe uniformare (una tra le tante: non è raro imbattersi in fattispecie astratte di responsabilità oggettiva, *i.e.* per un comportamento errato commesso dal soggetto (a), la sanzione viene di fatto irrogata al soggetto (b), che nulla poteva fare per correggere il comportamento di (a)).

6.1. Diniego e/o revoca dell'agevolazione. – GENESI. Sul diniego dell'agevolazione c'è poco o nulla da dire: la legge non prevede un obbligo di concedere l'agevolazione, né un diritto a riceverla, e ci si muove a tutti gli effetti nell'ambito di interessi legittimi o di mere aspettative. Va invece svolto un chiarimento per i casi di concessione dell'agevolazione e di sua, eventuale, successiva, revoca.

ESAME. Va ricordato che la concessione determina l'invio di una garanzia o di una contro-garanzia ad un intermediario e che, da ciò, si dà corso all'erogazione di un finanziamento. Ricordato questo, va chiarito che l'eventuale revoca dell'agevolazione non implica né l'invalidità dello strumento di garanzia, né tanto meno giustifica *ex lege* il finanziatore a risolvere il contratto di finanziamento, che a quel punto è in corso di esdebitazione. Non esistono indicazioni normative al riguardo e dunque le reazioni che può generare una revoca dell'agevolazione non sono classificabili aprioristicamente.

Detto questo, la tipologia “A” di contenzioso che coinvolge i soggetti beneficiari finali è assai rara; pochissimi i precedenti rinvenuti, uno in tema di

diniego⁵⁸ e l'altro in tema di revoca⁵⁹, fatta salva una singolare casistica⁶⁰, tanto da poterla ritenere una tipologia residuale ed indurre a dedicare più interesse alle tipologie "B" e "C", in cui i contenziosi hanno presentato e presentano profili di diritto o nel merito.

6.2. Escussioni di garanzia e/o contro-garanzia. – GENESI. Come anticipato al § 6, la genesi di questo tipo di contenziosi è figlia diretta di un impianto regolatorio complesso, con tutte le possibili disfunzioni che ciò può creare. In buona sostanza, si tratta di casistiche in cui, facendosi seguito all'inadempimento della PMI, il beneficiario dello strumento di garanzia ne chiede l'escussione al Fondo e quest'ultimo – previa istruttoria documentale (§ 2) e, nel caso, dopo aver avviato un procedimento amministrativo ai sensi della l. 241/1990 (nota 41) – delibera l'improcedibilità della richiesta oppure l'inefficacia della garanzia e ne rifiuta il pagamento. Va anticipato che le liti giudiziali di cui si è riusciti ad avere notizia si concludono quasi tutte con esiti favorevoli al Fondo; va però anche notato che si sta facendo riferimento a liti per la maggior parte amministrative,

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2514. L'azienda ricorrente, che nel 2008 aveva chiesto ad una banca un finanziamento di 600 mila euro, si era vista rifiutare la garanzia diretta ed impugnò la comunicazione del gestore avanti il Tar Puglia; quest'ultimo nel 2009 respinse il ricorso in base a motivi piuttosto formalistici e l'azienda appellò la sentenza, trovando soddisfazione in secondo grado, sia nelle forme, che nel contenuto, a maggio 2010. Pur tenendo conto dell'estrema velocità con cui si sono chiusi i due gradi di giudizio, occorre tuttavia chiedersi se quell'azienda, che necessitava di un finanziamento nel novembre 2008, avesse tuttavia ancora necessità di fruire di quel finanziamento nel 2010 o se avesse altrimenti provveduto, trovandosi a portare avanti per onore di firma un giudizio da essa stessa avviato. Quanto ai contenuti, il Consiglio di Stato, valutata la disciplina di riferimento, ritenne che l'atto impugnato fosse un provvedimento amministrativo e che la decisione di rifiutare la garanzia fosse insufficientemente motivata (per la precisione, la motivazione del rifiuto descriveva «l'impresa presenta un finanziamento troppo elevato rispetto al giro d'affari dell'impresa», motivazione in realtà inesistente nelle disposizioni richiamate a fondamento del rifiuto stesso).

⁵⁹ Tar Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 52. L'impresa, ottenuti finanziamenti a medio-lungo termine per € 3,2 milioni, impugna la revoca di tre garanzie del Fondo, sopraggiunta qualche anno dopo, revoca che implica il dover restituire l'ESL al Fondo (pari a poco più di 140 mila euro), ossia il controvalore economico della garanzia pubblica, quantificato secondo un calcolo standardizzato, peraltro approvato dalla Commissione Europea. Non si evincono dalla decisione le condizioni dell'impresa (attiva ed in salute oppure in qualche difficoltà), ma la lite verte su una cifra che è pari al 4,3% dei finanziamenti ottenuti.

⁶⁰ Tar Lazio n. 8204 e 8208/2016, cit. in nota 38. Ricorrenti sono due PMI, che si oppongono alle delibere con cui il Fondo intende riconoscere l'escussione delle garanzie a beneficio di banche; anche in tal caso il Tar propende per la giurisdizione ordinaria. Dal contenuto delle decisioni si intuisce, ma non vi è conferma, che le PMI hanno tentato di paralizzare l'escussione delle garanzie (probabilmente perché in lite con le banche), in previsione del fatto che quelle escussioni si sarebbero tramutate in successive cartelle esattoriali (§ 6.3). Le fattispecie dovrebbero, in ogni caso, indurre a riflettere in via preliminare su un interrogativo, cioè se una simile azione sia plausibile o meno.

precedenti ai chiarimenti sulla pregiudiziale di rito della giurisdizione (§ 5.2) e nessuna di esse interessata dalla questione preliminare di merito sulla legittimità delle disposizioni di carattere generale (§ 5.3).

ESAME. Per agevolare la comprensione del fenomeno, la modestia di materiale disponibile, il cui contenuto è tuttavia più che sufficiente per delle sintesi, induce a procedere mediante *iter* cronologico.

ANNO 2008. Si rinviene il provvedimento più datato nel tempo. Il Tar siculo⁶¹, dopo aver motivato la propria giurisdizione, respinse il ricorso di una banca pubblica locale, la quale – denunciando *inter alia* la manifesta irrazionalità delle disposizioni del Fondo approvate negli Allegati ai decreti di dicembre 1999 o, in alternativa, di maggio 2001⁶² – aveva impugnato il provvedimento del Comitato di gestione che deliberava l'inefficacia della garanzia, rifiutando di dar corso all'escussione. La decisione del tribunale venne confermata in appello⁶³.

ANNO 2013. Non ebbe miglior fortuna un confidi che si rivolse al Tar Lazio⁶⁴, impugnando due provvedimenti di inefficacia di contro-garanzie, anche in questo caso mettendo sotto accusa le disposizioni del 1999, modificate nel 2001. Il Tar respinse i ricorsi, benché poi le due decisioni furono annullate dal citato Cons. Stato n. 5218/2017. Nello stesso anno, il medesimo giudice emise altra sentenza di rigetto⁶⁵, stavolta nei confronti di una banca, la quale aveva censurato sotto

⁶¹ Tar Sicilia, 24 aprile 2008, n. 538. L'inefficacia della garanzia era stata dichiarata a causa della violazione di 1 giorno rispetto al termine di 90 giorni concesso dalle disposizioni operative del 2001 (nota 62), ma non previsto dal regolamento di esecuzione di cui al d. interm. 248/1999. È singolare notare come la banca ricorrente avesse eccepito anche la violazione dell'art. 17 della l. 400/1988 oltretutto, ovviamente, del d. interm. 248/1999, ossia avesse prospettato al Tar isolano – che non si esprime minimamente sul tema – quegli stessi vizi che saranno poi accolti dal Consiglio di Stato, ma solo nel 2017 (§ 5.3).

⁶² D.m. 31 maggio 2001 contenente *Modificazioni alle condizioni di ammissibilità e alle disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese di cui all'art. 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*, pubblicato in G.U. 22/6/2001, S.G. n. 143. È appena il caso di far notare che si tratta di una modifica al primo decreto di dicembre 1999 (nota 1) e non di un provvedimento nuovo.

⁶³ C.G.A. per la Regione Siciliana, 28 agosto 2009, n. 746.

⁶⁴ Tar Lazio, sez. III-ter, 12 giugno 2013, nn. 5893 e 5894. Anche in questo caso, vista l'inesistenza di indicazioni nelle disposizioni di fonte gerarchicamente superiore, l'impugnazione verteva sul mancato rispetto, da parte del confidi, di termini perentori introdotti da disposizioni operative e la cui osservanza era propedeutica per dar corso ad una valida escussione delle contro-garanzie.

⁶⁵ Tar Lazio, sez. III-ter, 2 dicembre 2013, n. 10285. Il caso riguardava l'esatta individuazione della data di risoluzione e revoca di rapporti bancari, uno garantito ed altri non garantiti dal Fondo, in relazione alla data di decorrenza del termine perentorio di 120 giorni per escutere la garanzia; il Fondo riteneva di dover anticipare tale data (e ciò comportava la violazione dei 120 giorni), mentre per la banca tale data era successiva (ed il citato termine rispettato). Il Tar Lazio entra nel merito dei documenti, esegue valutazioni alquanto capziose ed in parte non corrette, respingendo il ricorso della banca.

vari profili un termine perentorio indicato nell'Allegato al decreto del 2005, ma non presente nel d. interm. 248/1999. Curioso invece un precedente che coinvolse altra banca⁶⁶.

ANNO 2016. Stavolta è il Tribunale civile di Catania a fermare una banca privata siciliana di piccole dimensioni: due decreti ingiuntivi, opposti dal gestore del Fondo, sono entrambi revocati⁶⁷. Anche in questi casi si contestava la legittimità di aver introdotto, a mezzo dell'Allegato al decreto del 2005, termini perentori non previsti nel superiore d. interm. 248/1999 (incidentalmente, dato che si controverte in tema di garanzia a prima richiesta, aggiungiamo qui che detti termini non erano stati indicati neppure dal decreto non regolamentare *ad hoc* di giugno 2005⁶⁸ che introduceva per la prima volta tale tipologia di garanzia). La sentenza 4563/2016 non è stata appellata, mentre l'appello della sentenza 4562/2016 non ha avuto miglior sorte rispetto al primo grado⁶⁹. Nello stesso anno, il Tribunale di Bologna⁷⁰ riservava identica sorte al cessionario di un

⁶⁶ Tar Lazio, sez. III-ter, 15 novembre 2013, n. 9771. Il ricorso è dello stesso anno e venne presentato contro il silenzio del gestore, a fronte di una richiesta di escussione di una garanzia rimasta senza risposta. A ricorso pendente sopraggiunse una delibera di inefficacia della garanzia e, a quel punto, la banca dichiarò di non avere più interesse (la sentenza non dà conto di quale sia il vizio che abbia determinato l'inefficacia). È plausibile ipotizzare che la banca, fatte le proprie valutazioni, abbia ritenuto di essere in difetto.

⁶⁷ Trib. Catania, sez. IV, 8 settembre 2016, n. 4562 e n. 4563. Nella prima lite si controverte sulla differenza esistente tra una diffida al pagamento di rate impagate (non contemplata dalle disposizioni operative) ed una risoluzione del contratto e contestuale decadenza dal beneficio del termine (prevista dalle disposizioni). Nella seconda lite risultano non rispettati alcuni termini previsti per la gestione del rapporto banca-Fondo, a cominciare dalla mancata comunicazione dell'erogazione del finanziamento.

⁶⁸ D.m. 20 giugno 2005 recante la *Rideterminazione delle caratteristiche degli interventi del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese*, pubblicato in G.U. 2/7/2005, S.G. n. 152. In buona sostanza si tratta del provvedimento che introduce in maniera generalizzata, seppur limitatamente alle agevolazioni concesse dal Fondo, la tipologia della garanzia a prima richiesta, fin lì sconosciuta (v. § 2 e note 12 e 13 per quanto attiene al tema della *Credit Risk Mitigation*). Considerato che si trattava di uno strumento nuovo, abbastanza rivoluzionario e comunque delicato per le implicazioni che genera, sfuggono i motivi che hanno indotto il legislatore (v. art. 1, co. 209, l. 30 dicembre 2004, n. 311) a concedere il mezzo del «decreto di natura non regolamentare del Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, in linea con quanto previsto dall'Accordo di Basilea recante la disciplina sui requisiti minimi di capitale per le banche.», mezzo che ha peraltro consentito all'Esecutivo di andare ben oltre i limiti fissati dal Parlamento, finendo col creare alcuni di quei problemi che esamineremo nel § 6.3.

⁶⁹ App. Catania, sez. I, 3 giugno 2020, n. 926. Qui merita menzione la circostanza che l'appello è di marzo 2017 e la banca appellante ha dato conto della decisione del Consiglio di Stato di novembre 2017, peraltro allegandone copia, ma l'ha fatto – ovviamente – solo quando ha potuto, cioè in conclusionale. La Corte non fa alcuna menzione del tema, neppure per censurarlo di tardività, ma semplicemente lo ignora.

⁷⁰ Trib. Bologna, sez. IV, 14 dicembre 2016. Nel caso in discussione, peraltro, non si controverte su

credito cartolarizzato, che si vedeva revocare un decreto ingiuntivo perché la garanzia era stata a suo tempo ottenuta in violazione dei requisiti di merito del credito, necessari per deliberare l'agevolazione in favore del beneficiario finale.

ANNO 2017. Protagonista è ancora il Tar Lazio che respingeva cinque ricorsi avviati anni prima da un confidi⁷¹, colpito da provvedimenti di inefficacia di contro-garanzie. I casi erano simili tra loro e riguardavano *in primis* la presenza di (troppo) stringenti termini di decadenza, cui si aggiungevano altre contestazioni. Meritano però segnalazione particolare le fattispecie decise dalle sentenze nn. 4138, 4139 e 4141/2017⁷². Le cinque decisioni erano state tutte appellate, ma l'appellante ha rinunciato, con cessazione della materia del contendere (nota 51).

ANNO 2018. L'anno si discosta dal *trend* univoco e generalizzato⁷³: della decisione favorevole ottenuta da una banca presso il Tribunale di Roma si è dato conto nel § 5.3, mentre una diversa banca ottiene decisione positiva dalla sede di

decreti ministeriali, siano essi regolamentari o no, o sui loro Allegati, ma la materia del contendere verte, addirittura, su disposizioni inserite in un cd. manuale operativo (la garanzia era stata dichiarata inefficace per una non conformità con le disposizioni adottate dal Comitato di gestione ed inserite tanto nella modulistica quanto, appunto, nel manuale operativo).

⁷¹ Tar Lazio, sez. III-ter, 3 aprile 2017 n. 4133, 4137, 4138, 4139 e 4141.

⁷² I tre casi erano sostanzialmente identici e si controverteva su un termine perentorio inesistente nel testo pubblicato nella G.U. dell'ottobre 2005, ma che invece il Comitato di gestione del Fondo riteneva esistente da sempre e come tale l'aveva inserito nel Manuale operativo. Nel respingere le richieste di escussione, il gestore motivava che «*Il Comitato, infatti, nella riunione del 14.5.2009 [...] si è espresso sull'argomento confermando che "il termine indicato al punto 15.3 delle vigenti disposizioni attuative vale quale termine perentorio con la conseguente applicazione della inefficacia della garanzia, in caso di mancato rispetto di quest'ultimo, ancorché non inserito nel successivo punto"*». In altre parole, il Fondo comunicava che, a prescindere da quanto pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il Comitato, quattro anni dopo la pubblicazione, notava un collegamento saltato, si riuniva e decideva per una diversa natura del termine (trasformandolo da ordinatorio in perentorio), perché nelle proprie disposizioni interne l'aveva sempre inteso in tal modo (per inciso, non risulta emessa alcuna circolare informativa di tale decisione, a prescindere dal valore giuridico che una simile informazione potesse avere). In buona sostanza, il risultato delle tre sentenze è che le decisioni dell'allora Comitato, provate attraverso l'esibizione di un manuale operativo interno acriticamente sussunto come valido, sono più forti anche di quanto è pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Aggiungiamo una seconda osservazione: le parole del gestore riferite sopra citano un «*successivo punto*» e ciò induce chi legge a pensare che il *successivo punto* [al 15.3] non possa che essere il punto 15.4. Così non è perché, per eseguire una citazione corretta, si sarebbe dovuto menzionare il punto 15.5, della Lettera D, della Parte III[^], così come pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Il rimando del gestore restituisce, dunque, l'idea che fosse esistente più d'una versione di tale manuale operativo e che la versione su cui avesse deliberato il Comitato di gestione non fosse coincidente con la versione delle disposizioni pubblicata in G.U. È intuitivo che in tal modo viene chiaramente meno qualsiasi certezza ed affidabilità.

⁷³ Trib. Roma n. 23558/2018, *cit.* e Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 1210.

Brescia del Tar Lombardia, che entra nel merito e perviene ad una decisione corretta, anche se forse è un po' debole⁷⁴.

ANNO 2019. Si torna al *trend* di decisioni favorevoli al Fondo. Il Tribunale di Torino⁷⁵ respinge la domanda di una banca, in quanto non è stata in grado di dimostrare in modo corretto e completo le dimensioni PMI dell'azienda beneficiaria finale dell'agevolazione. La decisione non coinvolge direttamente l'apparato regolatorio della garanzia del Fondo, anche se, in realtà, esso dovrebbe considerarsi coinvolto a pieno titolo in maniera indiretta, in quanto richiama pedissequamente la normativa sulle PMI⁷⁶. La sentenza di primo grado è stata di recente confermata in appello⁷⁷.

⁷⁴ Il caso bresciano riguarda una garanzia diretta concessa per agevolare l'erogazione di un mutuo ed intreccia due tematiche: la durata del mutuo, inizialmente deliberato dalla banca come scadente nel 2014 e poi stipulato con scadenza nel 2015 (regolarmente comunicata al Fondo, ma solo dopo la stipula e quindi solo dopo aver ottenuto la garanzia) e le tempistiche della vicenda in relazione ai termini previsti dalla l. 241/1990 (che MCC dichiara di applicare). Risolto per inadempimento il contratto di mutuo, l'azienda fallì e la garanzia venne escussa nel 2013, ma il Consiglio di gestione del Fondo ne dichiarò l'inefficacia per difformità tra la durata del mutuo dichiarata *ex ante* ed accertata *ex post* (seppur fosse stata comunicata la durata diversa). Il Tar bocciò la decisione del Fondo, ma la motivazione fa leva più su ragionamenti di giustizia sostanziale legati al caso di specie che non sull'interpretazione delle regole applicate dal Fondo, argomentando, tra l'altro, che qualunque fosse la scadenza del mutuo e della garanzia (anno 2014 o 2015), la garanzia è comunque stata escussa durante il corso della sua durata regolare (nel 2013). La decisione è corretta, ma forse si sarebbe potuto fare meglio; ci sarebbe infatti da chiedersi quale avrebbe potuto essere la decisione del collegio amministrativo se la banca – ipotizzando una diversa cronologia di eventi rispetto a quelli di causa, ma pur sempre possibili – avesse formulato l'escussione della garanzia non nel 2013, ma tra il 2014 ed il 2015 (cioè all'interno della scadenza delle due date contestate) o, peggio, se l'escussione fosse avvenuta dopo il 2015.

⁷⁵ Trib. Torino, sez. I, ord. 26 aprile 2019 in un processo ex art. 702-bis c.p.c. La decisione convince poco, in quanto muove da presupposto incidentale errato: «[...] *che, nel merito, le disposizioni operative emanate dalla resistente devono intendersi opponibili inter partes in quanto espressamente menzionate al momento dell'attivazione della garanzia (si veda sul punto il doc. n. 7 attoreo in cui parte ricorrente espressamente si impegnavo ad osservare le disposizioni operative in allora vigenti), alla stregua di qualsiasi condizione generale di contratto;*». In altri termini, il giudice inquadra la relazione tra banca e Fondo come se fosse un contratto, circostanza dubbia per le ragioni indicate in § 2 e nota 15, anche se in seguito chiarisce quale sia il vero tema su cui decidere, cioè il rispetto o mancato rispetto della normativa sulle dimensioni PMI, la cui disciplina non è una prerogativa né del Fondo, né nazionale, ma di derivazione europea. La curiosità, se così la si vuol chiamare, della decisione è la seguente: senza porsi il dubbio su quale dei soggetti in lite gravi l'onere della prova e perché, ma dando per scontato che gravi sulla banca, non si riesce a dimostrare positivamente che l'impresa italiana (che aveva delle collegate straniere) possedesse i requisiti dimensionali di una PMI, ma nel contempo non esiste neppure alcun elemento che porti ad escluderlo, con il risultato di legittimare il rifiuto di un'escussione di valore superiore ad 1 milione di euro.

⁷⁶ Sul tema delle dimensioni PMI e sulla sua, talvolta, *probatio diabolica*, v. OLIVIERI, *cit.*, § 6.

⁷⁷ App. Torino, sez. I, 12 gennaio 2021, n. 36.

*E. Olivieri. Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva
e questioni irrisolte*

ANNO 2020. Nuovo scostamento dal *trend*, stavolta ad opera del Tar Campania, di cui si è già dato conto⁷⁸. Il tribunale campano, chiarite le ragioni per le quali ritiene la propria giurisdizione, entra nel merito e re-interpreta le disposizioni operative in modo, a suo giudizio, più aderente all'ordinamento, rispetto all'interpretazione offerta dal Fondo, censurandone il provvedimento di inefficacia. La controversia è singolare poiché, coinvolgendo una contro-garanzia dichiarata inefficace, ci si attenderebbe di vedere un confidi nella veste di ricorrente; ricorre invece una banca, sulla quale – per effetto del contratto di garanzia vigente tra essa banca ed il confidi – ricadono le conseguenze dell'inefficacia che ha colpito la contro-garanzia⁷⁹.

ANNO 2021. L'anno presenta decisioni contrastanti, tutte provenienti dalla sede di Brescia del Tar Lombardia, alcune su delibere di inefficacia di garanzie concesse ad una banca ed altre sull'inefficacia di contro-garanzie concesse ad un confidi⁸⁰. Le controversie banca-Fondo vertono sulle disposizioni operative in tema di merito del credito della PMI, valutato attraverso i bilanci (sentenza n. 31/2021), in tema di limiti agli strumenti collaterali acquisiti a garanzia dell'operazione agevolata (sentenza n. 87/2021) ed in tema di norme circa la corretta prova da offrire per consentire la verifica della dimensione di PMI dell'impresa beneficiaria finale (sentenza n. 88/2021)⁸¹; quelle confidi-Fondo

⁷⁸ Tar Campania, n. 3677/2020 (nota 40). In base alle disposizioni del Fondo, ai si interroga su cosa si intenda e quali conseguenze implichi il termine “data di inadempimento” in un caso di inadempimento del contratto di finanziamento seguito dal concordato preventivo della PMI (sulla questione dell'interpretazione di “data di inadempimento”, v. anche nota 83). In astratto, annullando il provvedimento di inefficacia, ciò dovrebbe produrre la liquidazione della controgaranzia del Fondo a beneficio del confidi, il quale, a propria volta, trasferirà parte del ricevuto alla banca ricorrente. La decisione è stata impugnata anche nel merito.

⁷⁹ Vedi § 2 e nota 14 sul principio *simul stabunt vel simul cadent*.

⁸⁰ Tar Lombardia, Brescia, nn. 31, 87 e 88/2021 in nota 42 e 15 gennaio 2021, n. 44 e n. 53.

⁸¹ Tar Lombardia, Brescia, nn. 31, 87 e 88/2021 *cit.* Nel merito dei plurimi motivi di ricorso, uno risulta comune a tutti ed assorbente; a fronte dei fatti narrati e documentati, estraendo dalla sentenza n. 88/2021, il Tribunale «[...] *concorda con parte ricorrente in ordine al fatto che ai fini della qualificazione giuridica di un atto amministrativo non assuma valenza decisiva il nomen iuris attribuitogli dall'Autorità procedente, dovendosi piuttosto avere riguardo al suo contenuto sostanziale e alle finalità in concreto perseguite (cfr., T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sentenza n. 13/2019; C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 103/2014). Ora, come si ricava dal dato normativo (segnatamente, articoli 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241 del 1990), all'interno della più ampia categoria dell'autotutela decisoria, la revoca si caratterizza per essere ancorata a ragioni di opportunità dettate da sopravvenienze di fatto e/o di diritto, ovvero da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, laddove l'annullamento in autotutela si connota per il fatto di fondarsi su ragioni di legittimità (cfr., T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, sentenza n. 2948/2020). L'annullamento d'ufficio è dunque l'atto di ritiro di un provvedimento illegittimo. Ebbene, poiché l'atto di ritiro della garanzia del fondo adottato nel caso in esame dalla società M.C. S.p.A. è motivato dall'assenza ab origine del requisito soggettivo per accedere al beneficio (i.e. l'essere una piccola o media impresa), ovverosia dall'illegittimità dell'originaria concessione della garanzia in quanto disposta al di fuori*

vertono entrambe in tema di merito del credito (sentenza n. 44/2021 e n. 53/2021)⁸². Se ci si sofferma sulla *ratio decidendi* di alcuni di questi giudizi, secondo cui – nell’ambito dell’esercizio di poteri di autotutela – sarebbe illegittima una revoca o un’inefficacia dell’agevolazione dichiarata oltre il termine di 18 mesi dal suo rilascio, si comprende come una simile decisione possa mettere in discussione, almeno in parte, quel modello organizzativo descritto nel § 2.

Sul versante civile, invece, si può dar conto di una nuova decisione del Tribunale di Torino⁸³, che entra nel merito delle disposizioni generali, riformula l’interpretazione offerta dal gestore e condanna il Fondo a rimborsare il confidi, benché quest’ultimo fosse stato in precedenza raggiunto da una delibera di improcedibilità della contro-garanzia. Al di là della soluzione del caso concreto,

dei casi previsti dalla legge, esso si configura quale annullamento in autotutela. Sennonché, a sensi dell’articolo 21-nonies L. n. 241 del 1990, l’atto amministrativo illegittimo può essere annullato in autotutela entro un termine ragionevole, successivamente individuato in 18 mesi dall’articolo 6 L. n. 124 del 2015.» preoccupandosi di dar conto che tale termine, ancorché introdotto nel 2015, risulta superato. In buona sostanza, il caso concreto è *mutatis mutandis* identico a quello di Torino del 2019 (note 75, 76 e 77), ma Brescia segue un diverso percorso motivato e l’esito è, per il momento, opposto.⁸² In Tar Lombardia, Brescia, n. 44/2021, la PMI risulta valutata dal confidi sulla base dei bilanci degli es. 2009 e 2010, la contro-garanzia risulta concessa dal Fondo nel 2012, attivata dal confidi nel maggio 2016 e deliberata inefficace dal Fondo nel febbraio 2017. Sotto questi profili cronologici, la fattispecie è quasi del tutto sovrapponibile a quelle nella nota precedente, ma l’esito finale è diverso: conferma la delibera di inefficacia della contro-garanzia (benché dalla motivazione si comprenda che il contraddittorio non si sia occupato di questi aspetti, si capisce comunque con facilità che il termine di 18 mesi per esercitare l’auto-tutela, di cui si è detto in precedenza, non era ancora stato superato, dato che tra l’entrata in vigore della l. 124/2015 e la comunicazione della delibera di inefficacia erano trascorsi poco più di 17 mesi). La fattispecie decisa con la sentenza n. 53/2021 è del tutto simile, ma giunge a risultati opposti, annullando la delibera di inefficacia. Entrambe le decisioni manifestano la cura con la quale sia stata ripercorsa la sequenza cronologica dei due diversi fatti storici che, messi in relazione alle disposizioni operative del Fondo, determinano i due diversi esiti.

⁸³ Trib. Torino, sez. I, 31 marzo 2021, n. 1547: premessa un’escussione di garanzia della banca al confidi con quest’ultimo che, formulata al Fondo istanza di autorizzare il pagamento con riserva di rimborso, riceve invece delibera di improcedibilità per un fatto ascrivibile alla banca e ad essa lo eccepisce, si tratta di opposizione di un confidi al decreto ingiuntivo di una banca, con chiamata di terzo in manleva (il Fondo). Ai fini di questo contributo, sono due i passaggi che risultano più interessanti: (a) il modulo obbligatorio che i confidi devono inviare alle banche e propedeutico ad ottenere il nulla osta all’escussione, integra una «(...) *dichiarazione vincolante in ordine alla quale la stessa parte opponente non ha azionato alcuna domanda di invalidità per vizio del consenso o illiceità dei motivi*», ossia integra un riconoscimento di debito che, venendo meno la contro-garanzia, fosse pure per ragioni ascrivibili alla banca, espone il confidi ad un decreto ingiuntivo; (b) non è condivisibile che il Fondo limiti la nozione di inadempimento (di un finanziamento rateale) alla «*data della prima rata scaduta e non pagata*» mentre «(...) *è pertanto evidente che la nozione di inadempimento da prendere in considerazione è quella ordinaria, nella quale va certamente sussunta la mancata restituzione del capitale a seguito di revoca del finanziamento ex art. 1186 del c.c.*», affermazione indiscutibile in linea di principio, ma forse più rispondente ad un concetto di giustizia sostanziale che non di diritto rispetto al caso concreto.

più o meno condivisibile che sia, la decisione si caratterizza per il totale disinteresse sia del riconoscimento o meno del principio *simul stabunt vel simul cadent* (§ 2), che dei profili di legittimità delle disposizioni generali (§ 5.3), nonostante gli atti della lite mostrino come sia stata data al giudice l'opportunità di esprimersi, ma non sia stata colta.

6.3. Surrogazione nel credito e recupero. – GENESI. Quanto alla tipologia di contenzioso “C” tra Fondo e debitori e/o con-debitori solidali, esso si manifesta su casistiche in cui, onorata l'escussione di una garanzia a prima richiesta, il Fondo si surroga nel credito di cui è divenuto titolare ed agisce per il recupero di un credito sostanzialmente riferibile allo Stato⁸⁴. Le questioni ruotano intorno al d.lgs. 123/1998 (ed alle disposizioni complementari e/o successive), i cui artt. 7 e 9⁸⁵, in combinato disposto, lasciano intuire che il recupero del credito è certamente svolgibile anche nei casi di «*concessione di garanzia*»; si aggiunga che sul credito azionato si chiede, dove serve, il riconoscimento di privilegio generale che quella legge attribuisce ai crediti derivanti dalle agevolazioni dello Stato e che il recupero avviene con la procedura di riscossione esattoriale.

I due articoli di legge speciale vanno posti in relazione agli artt. 2745 e ss. c.c. e sono chiaramente destinati (quanto al soggetto passivo) ai debiti inadempiti contratti dal destinatario dell'agevolazione, anche se una non proprio felice redazione dell'art. 9, co. 1 («*il soggetto competente provvede alla revoca...*») sembrava indirizzare il riconoscimento del privilegio alle sole garanzie “revocate”, escludendo la riconoscibilità nel caso di garanzie “escuse”. Tale distinzione semantica ha favorito una interpretazione letterale restrittiva della giurisprudenza di merito che sembra, tuttavia, un *non sense*; è infatti difficile concepire un privilegio su una agevolazione (garanzia) revocata, in cui non esiste un credito in cui ritenersi surrogati o, se e quando c'è, l'importo di tale credito è

⁸⁴ A grandi linee, i passaggi propedeutici di queste liti sono identici: è esistito un finanziamento ad una PMI garantito a prima richiesta dal Fondo; il finanziamento non è stato, in tutto o in parte, rimborsato; è stata formulata richiesta di escussione della garanzia; il Fondo ha liquidato l'escussione e si è surrogato *ex lege* nei limiti di quanto liquidato; il Fondo ha avviato il recupero del credito verso debitore principale (la PMI) e condebitori solidali se esistenti (fideiussori o terzi ad altro titolo responsabili, come per es. i soci illimitatamente responsabili nelle società di persone).

⁸⁵ Per l'art. 7, v. nota 31. L'art. 9 “Revoca dei benefici e sanzioni” prevede: «1. *In caso di assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, il soggetto competente provvede alla revoca degli interventi e, in caso di revoca dal bonus fiscale, ne dà immediata comunicazione al Ministero delle finanze. [...] 5. Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo [...]*»

limitato all'ESL, e non riconoscere il privilegio se la garanzia è stata escussa, cioè quando realmente esiste – per gli effetti surrogatori – un reale credito. Di conseguenza, delle due l'una: o quel *provvede alla revoca* dell'art. 9 d.lgs. 123/1998 va interpretato, anche, come un *provvede alla escussione*, oppure il predetto articolo non riconosce alcun privilegio ad agevolazioni di Stato concesse in forma di garanzia quando le stesse sono stata escusse, idea che, per onestà intellettuale, si dovrebbe escludere che albergasse nelle intenzioni del legislatore.

La fattispecie generica si confronta poi con due diverse situazioni: la prima (a) è quella che coinvolge una PMI ancora in regolare attività e la seconda (b) è quando l'azienda è cessata, subentrando spesso, in questi casi, gli organi di procedure concorsuali⁸⁶. Al momento, la situazione (a) non riserva particolari sorprese⁸⁷, almeno non sino a quando entrerà in rotta di collisione con il tema

⁸⁶ In realtà è presente da anni, in maniera sempre più significativa, un fenomeno contenzioso che, prima o poi potrebbe facilmente coinvolgere anche le azioni di recupero del credito ad iniziativa del Fondo, andando a creare un terzo sottotipo: quello inerente azioni di recupero del credito avviate contro fideiussori che, a suo tempo, rilasciarono alla banca una fideiussione secondo il c.d. schema ABI. L'argomento è ampio ed esula dai confini di questo scritto, ma sembra giusto farvi cenno, seppur in poche battute, proprio perché potrebbe presto assumere rilevanza propria, con risvolti di non poco conto tanto sul Fondo quale creditore surrogato, quanto sull'Agenzia delle Entrate, incaricata della riscossione. Lo *standard* di fideiussione schema ABI (che risale al 2005) venne sanzionato per aver dato corso ad una illegittima distorsione della concorrenza (violazione *antitrust*) e numerose fideiussioni conformi a tale schema sono già state dichiarate nulle o annullate nell'ambito di giudizi che vedono al momento coinvolti i creditori (banche o loro cessionari di crediti) ed i fideiussori. Sono numerosi i profili giuridici di lite che possono entrare in gioco (es.: nullità totale o nullità parziale; questione limitata alle sole fideiussioni *omnibus* o estesa anche alle fideiussioni specifiche; il fideiussore di un imprenditore è o non è un consumatore; qual è la competenza territoriale; i modi ed i tempi per far valere la violazione *antitrust*; obbligatorietà o meno, per il giudice italiano, di conformarsi al diritto *antitrust* della Corte di Giustizia UE; se eventuali giudicati inerenti quello stesso debito, formatisi su questioni che non hanno riguardato la fideiussione, precludono o non precludono l'eccezione; ecc.). Con tutta evidenza, si tratta di tematiche assai delicate, in quanto il risultato è finalizzato a liberare o, al contrario, a vincolare in modo definitivo, i fideiussori alle conseguenze patrimoniali di trovarsi a rispondere di un debito altrui e per il quale avevano prestato garanzia personale, talvolta con conseguenze significative per la loro vita quotidiana (si pensi, ma non solo, ai pignoramenti di abitazioni). Un primo arresto giurisprudenziale è del Trib. Trani, sez. unica, 19 febbraio 2020, che – con ampia motivazione – respinge le eccezioni di nullità totale o parziale della fideiussione e legittima l'azione di recupero esattoriale del Fondo di Garanzia per le PMI. Sul tema, ci si permette di segnalare il sito divulgativo www.fideiussioninulle.it e M. Rossi, *In difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 1, 141, il cui contributo, senza entrare nel merito dalla tesi sostenuta, ripercorre il lavoro dell'ABI sotto il profilo storico, consentendo di raggiungere un'ottima conoscenza propedeutica al dibattito attuale.

⁸⁷ Trib. Cosenza, sez. I, 29 aprile 2019 n. 866. Un decreto ingiuntivo ottenuto da una banca nel giugno 2014 è opposto dalla PMI debitrice e dal fideiussore, che chiedono e ottengono di chiamare il terzo Fondo di Garanzia, che si costituisce chiarendo che la banca ha formulato richiesta di escussione nell'aprile 2013, ma che la pratica è *in itinere* e non è stata ancora liquidata. Dalla

delle fidejussioni schema ABI di nota 86⁸⁸; la situazione (b), ed in particolare la questione del privilegio sui crediti, è invece sovente fonte di contrasti, generati – a parere di chi scrive – dalla disarmante facilità con cui il legislatore delega impropriamente l'esercizio di prerogative normative.

ESAME. I precedenti di cui si ha contezza presentano risultati più articolati e con meno remore per la protezione dei diritti dello Stato, non esitando a censurare le iniziative del Fondo. In questo caso, a differenza del § 6.2, l'esame non avviene mediante *iter* crono-logico, ma merita invece di essere distinto in due grandi periodi, prima e dopo il 26 marzo 2015, in considerazione del quadro normativo di riferimento.

sentenza si comprende che il Fondo ha liquidato la garanzia nel gennaio 2019 e così conclude il Tribunale: «*Quanto al rapporto con la Mediocredito Centrale S.p.A., avuto riguardo, per un verso, al momento in cui è stato effettuato il pagamento della somma dovuta in forza della garanzia prestata e, per altro verso, alla carenza di legittimazione degli opposenti nei confronti dell'Istituto garante, appaiono ravvisabili fondati motivi idonei a giustificare la compensazione delle spese di lite tra le parti.*». Ora, considerando che la PMI è per definizione colei che chiede l'agevolazione del Fondo (tanto che è definita la beneficiaria finale), la carenza di legittimazione attiva, che può ritenersi corretta quanto al fideiussore, pare una motivazione un po' poco prudente nei confronti della PMI opponente, ma senz'altro consente al giudice, quanto meno, di compensare le spese. Incidentalmente si notino le tempistiche: per ottenere la liquidazione di una garanzia a prima richiesta risultano trascorsi, rispettivamente, oltre 4 anni dall'inizio della lite e quasi 6 anni dalla richiesta di escussione della garanzia. Se non fosse noto a chi scrive che, durante l'*iter* di escussione di una garanzia, possono accadere molteplici inconvenienti, si potrebbe essere indotti a pensare che la giustizia cosentina sembra funzionare meglio della burocrazia romana; la realtà è che le due durate sono entrambe ingiustificabili.

⁸⁸ La collisione potrà verificarsi non solo quando il Fondo, surrogatosi nel credito adempiuto ed avviato il recupero esattoriale contro un fideiussore, potrà trovarsi di fronte ad un'eccezione di nullità della fideiussione; ad es. in Trib. Benevento, 17 ottobre 2018, n. 165, in <https://shop.centroanomaliiebancarie.it> e Trib. Vibo Valentia, 28 ottobre 2020, n. non noto. Il Tribunale campano dichiara nullo un contratto di mutuo ipotecario assistito da fidejussioni personali e la declaratoria travolge, ovviamente, le fidejussioni stesse, ma travolge anche l'azione di recupero esattoriale del Fondo, che si era surrogato nel credito vantato dalla banca verso i fideiussori, con annullamento delle cartelle esattoriali. Il Tribunale calabrese, dal canto proprio, respinge in punto di *an* l'opposizione di un fideiussore a decreto ingiuntivo, ma durante il processo la banca dà atto di essere stata in parte soddisfatta dal Fondo ed il Tribunale riduce il *quantum* da 65 mila a soli 7 mila euro; il motivo di rigetto dell'opposizione è la ri-qualificazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia e, di conseguenza, il (non più fideiussore, riqualificato) garante non ha diritto di avvalersi delle eccezioni che sarebbero spettate al debitore originario. Ora, però, se si considera che prima o poi il Fondo, surrogandosi nel credito della banca, avvierà l'azione esattoriale per circa 58 mila euro di nuovo nei confronti dello stesso soggetto *ex* fideiussore, va tenuto conto che non avrà più di fronte un condebitore solidale, bensì un garante autonomo, che ha perso il rapporto di accessorialità / solidarietà che lo legava alla PMI debitrice; è pertanto intuibile che la circostanza finirà col mettere in crisi il diritto del Fondo di agire contro un terzo non (più) legato da vincolo di solidarietà con il debitore originario.

DAL 1998 FINO AL 25 MARZO 2015 – La querelle derivante dall'interpretazione letterale poc'anzi ricordata (garanzie revocate vs. garanzie escusse), invero non così difficile da ovviare, poteva certamente coinvolgere e, *ça va sans dire*, ha coinvolto, anche le garanzie del Fondo, caratterizzate da un passaggio normativo in più: con legge finanziaria del 2005⁸⁹ venne dato incarico all'allora Ministero delle attività produttive di introdurre la garanzia a prima richiesta del Fondo, cosa che il Ministero eseguì con il d.m. 20 giugno 2005 (nota 68). Tuttavia, nel dar corso all'attuazione, il Ministero decise di occuparsi del tema qui in discussione, introducendo apposite disposizioni: *sub* art. 2, comma 4, per la garanzia a prima richiesta, e *sub* art. 3, comma 3, per la contro-garanzia a prima richiesta. I due commi hanno il pregio, indiretto, di ricondurre interpreti ed operatori alla *vexata quaestio* del privilegio⁹⁰, il tutto però limitato alle sole PMI (non si citano i condebitori solidali). L'idea è sagace, ma improbabile⁹¹ e la questione sul privilegio, che finisce per legarsi – com'è ovvio, trovandosi nel medesimo articolo di legge – a quella della riscossione mediante procedura esattoriale⁹², non fa i conti con la magistratura civile.

⁸⁹ L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 209. La parte che riguarda il tema di cui ci occupiamo è la seguente: «[...] *Le caratteristiche degli interventi del Fondo di cui al presente comma sono rideterminate con decreto di natura non regolamentare del Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, in linea con quanto previsto dall'Accordo di Basilea recante la disciplina sui requisiti minimi di capitale per le banche.*» e si fa apprezzare per due indicazioni, entrambe molto criticabili: (a) l'intervento è di natura 'non regolamentare' e dunque sottratto a controlli di legalità; (b) un limite della delega quanto mai nebuloso 'in linea con quanto previsto dall'Accordo...', che può voler dire qualsiasi cosa, consegnando praticamente nelle mani dell'Esecutivo una amplissima discrezionalità.

⁹⁰ È difficile non pensare ad un intento malizioso nella redazione di questi due commi: entrambi transitano attraverso l'ovvio, per auspicabilmente raggiungere, in maniera indiretta, un risultato all'epoca niente affatto ovvio. Nei due commi si chiarisce infatti che l'escussione di una garanzia e di una contro-garanzia concedono al Fondo il diritto di surrogarsi nel credito (previsto nel codice civile) e che si procederà al recupero del credito con procedura esattoriale (previsto ex art. 9 del d.lgs. 123/1998), ma non si cita affatto il privilegio dello Stato. A questo punto l'interprete, sollecitato a prendere atto di questo art. 9, non può fare a meno di accorgersi che tale articolo prevede, anche, un privilegio, di cui dovrà tenere debitamente conto. In altre parole, in caso di difficoltà nel riconoscimento del privilegio percorrendo la strada diretta (l'art. 9, d.lgs. 123/1998), gli si affianca una strada alternativa, consistente nell'assistenza di un decreto ministeriale neppure di tipo regolamentare.

⁹¹ Alla luce di quanto sin qui detto, è da escludere che un decreto non regolamentare possa ambire ad un simile risultato. L'intervento corretto avrebbe, forse, dovuto dirigersi verso una più logica e giustificata modifica diretta dell'art. 9 del d.lgs. 123/1998 o, in alternativa, predisporre una norma di interpretazione autentica di quel «*provvede alla revoca*» contenuto nel predetto art. 9.

⁹² Il d.lgs. 123/1998 identifica la riscossione esattoriale nel desueto d.p.r. 43/1988. Oggi si deve far riferimento al d.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46 di *Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo*, a norma dell'articolo 1 della legge 28 settembre 1998, n. 337.

E. Olivieri. Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva e questioni irrisolte

Si esprimono in sostanza contro lo Stato e nel 2014 negano il riconoscimento del privilegio sul credito il Tribunale di Milano⁹³ e quello di Torino⁹⁴, nel 2016 la Corte di Appello di Catania⁹⁵, nel 2017 il Tribunale di Ancona⁹⁶. Si indirizza esplicitamente in favore del debitore o condebitore il Tribunale di Bari⁹⁷ nel 2016,

⁹³ Trib. Milano, sez. II., 3 luglio 2014, www.ilcaso.it e www.unijuris.it. Trattasi di opposizione al rigetto di una domanda di insinuazione al passivo presentata da Equitalia Nord, la cui decisione è così massimata: «*Il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/98 non si applica alle prestazioni di garanzia ex art. 2, comma 100, L. n. 662/96, art. 15 della L. n. 266/97 (che è intervenuto successivamente nella materia). Nessun richiamo vi è, difatti, nell'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/98, né in altre disposizioni del suddetto decreto legislativo al Fondo di garanzia PMI, né vi è alcun rinvio recettizio all'art. 2, comma 100, L. n. 662/96 né all'art. 15 della L. n. 266/97. Né è sostenibile che detto privilegio possa essere richiamato in virtù dei decreti del Ministro delle Attività Produttive del 20.06.2005 e del 23.09.2005, nonché del decreto MISE del 23.11.2012 (decreti che, peraltro, si limitano a richiamare il ricorso alla procedura esattoriale per la riscossione del credito), posto che il privilegio può essere stabilito solamente dalla legge. Pertanto, dovendosi dare alla norma istitutiva del privilegio una interpretazione restrittiva, coerentemente con la natura speciale delle norme istitutive di privilegi (peraltro esse stesse oltremodo numerose e tali da alterare irreversibilmente la parità di condizioni nel concorso dei creditori), la norma in questione non può essere applicata alle prestazioni di garanzia a carico del Fondo PMI gestito dal MISE.*». La controversia si segnala per l'intervento in giudizio sia del MiSE, che di MCC, che vedono respinte le loro argomentate tesi, fondate anche sul richiamo dell'art. 7, co. 1, d. lgs. 123/1998.

⁹⁴ Trib. Torino, sez. VI, 2 luglio 2014, www.unijuris.it che, seppur meno convincente, esclude l'esistenza del privilegio a margine di un finanziamento concesso da Simest S.p.A., in un caso che tuttavia non è perfettamente coincidente alla questione qui discussa.

⁹⁵ App. Catania, sez. I, 12 ottobre 2016, n. 1487, www.unijuris.it.

⁹⁶ Trib. Ancona, sez. I, 6 novembre 2017 che annulla il ruolo esattoriale emesso da Equitalia Centro in quanto foriero di conseguenze pregiudizievoli non legittime. Il caso riguarda un concordato preventivo con continuità. La società in crisi aveva interrotto il rimborso di un finanziamento concesso da una banca, il cui credito era stato regolarmente inserito al 100% nella procedura, ma aveva poi subito la falcidia concordataria. Non di meno, a concordato in corso, la banca aveva ottenuto l'escussione della garanzia dal Fondo sulla base, appunto, del 100% del credito dichiarato alla procedura. Surrogatosi il Fondo di Garanzia e concluso il concordato, era stata avviata la procedura esattoriale di recupero con emissione di ruolo esattoriale per la cifra nominale liquidata alla banca (e non per la cifra astrattamente falcidiata), ruolo che il Tribunale annulla. Anche in questo giudizio si discute del privilegio fondato sul d.lgs. 123/1998 che, in buona sostanza, si presenta lesivo dell'astratta *par condicio* e, nel caso di specie, anche pregiudizievole al debitore stesso, laddove trasforma in corso d'opera - per effetto di un'escussione di garanzia - un credito inizialmente chirografario e soggetto a falcidia, in un credito in parte (la garanzia è in percentuale) privilegiato e quindi escluso dalla falcidia.

⁹⁷ Trib. Bari, sez. II, ord. 12-13 ottobre 2016, ritiene l'art. 2, co. 4, d.m. 20 giugno 2005 sia spendibile nei soli confronti delle PMI, ma non nei confronti dei fideiussori (parti in giudizio nel caso di specie).

nel 2018⁹⁸ e di nuovo nel 2019⁹⁹. Contrario, invece, alle ragioni dei fideiussori il Tribunale di Milano¹⁰⁰.

Riguardo al privilegio sembra più perspicua la giurisprudenza di legittimità¹⁰¹, se si ha la costanza di arrivarci, che lo riconosce senza difficoltà anche ai crediti derivanti da garanzie escusse, direttamente ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 123/1998.

DAL 26 MARZO 2015 AD OGGI – Evidentemente la combinazione tra il testo di legge del 1998 ed il decreto ministeriale del 2005 non era riuscita a placare i contrasti (del resto, a causa della impropria gerarchia delle fonti, non avrebbe potuto) e si decide di intervenire di nuovo, a distanza di dieci anni, stavolta in maniera più appropriata, quanto meno in relazione al mezzo utilizzato.

Forse proprio in virtù della decisione di Milano di luglio 2014 (nota 93), il 26 marzo 2015 entra infatti in vigore, con la legge di conversione, l'art. 8-*bis* del d.l. 3/2015¹⁰². Per facilitare lettura e comprensione, i testi vanno messi a confronto:

⁹⁸ Trib Bari, sez. II, ord. 10 gennaio 2018, www.ilcaso.it, nell'ambito di opposizione all'esecuzione avviata da Equitalia contro un'azienda, osserva che «*allo stato sussistono i gravi motivi richiesti dalla prefata disposizione per concedere l'invocata sospensione, avuto riguardo alla posizione di garante della parte opponente e giusta la disposizione di cui all'art. 9 d.lvo 123/98 che fa riferimento ai crediti da restituzione dei finanziamenti per fatti addebitabili alla parte beneficiaria e non menziona il garante, posizione ricoperta dall'odierna opponente*».

⁹⁹ Trib. Bari, sez. II, 21 febbraio 2019, n. 777, in www.dejure.it, che, in relazione all'art. 9, co. 5, d. lgs. 123/1988 distingue tra azione di recupero da revoca dell'agevolazione ed azione di recupero conseguente ad inadempimento dell'obbligazione garantita, autorizzando la via esattoriale per la prima e non per la seconda.

¹⁰⁰ Trib. Milano, sez. III, 2 dicembre 2020, n. 7899 con nota critica di E. OLIVIERI e G. CASTELLANO in <http://fideiussioninulle.it>. La lite riguarda l'opposizione di due fideiussori all'esecuzione esattoriale avviata dall'Agenzia delle Entrate in base ad una garanzia diretta concessa (nel dicembre 2014 circa, ma non c'è la data), escussa dopo l'agosto 2017 e con cifra iscritta a ruolo nel 2019 (anche qui non c'è la data esatta). Il Tribunale si disinteressa tanto del d.lgs. 123/1988, quanto del d.l. 3/2015, e si limita ad applicare l'art. 2, co. 4 del d.m. 20 giugno 2005, che richiama l'art. 1203 c.c., andando a respingere l'opposizione. Dalla motivazione non si colgono segnali sul se il contraddittorio tra le parti sia entrato o no nel merito circa il valore intrinseco di questo decreto ministeriale, mentre, per altro verso, respinge un'eccezione di nullità della fideiussione schema-ABI per non esser stata fornita la prova del pregiudizio subito, entrando addirittura in contrasto con la propria Corte d'Appello.

¹⁰¹ Cass., sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2664 e Cass, sez. I, 31 maggio 2019, n. 14915. Nella prima sentenza (parte in causa SACE SpA), resa nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, il Tribunale di Padova aveva respinto la richiesta di privilegio sul credito vantato da SACE; la decisione era poi stata riformata dalla Corte di Appello di Venezia e la riforma confermata con ampia motivazione in sede di legittimità. Nella seconda decisione (parte in causa Equitalia Servizi di Riscossione S.p.A., che agisce su incarico del Fondo), resa nell'ambito di una procedura fallimentare, il Tribunale decreta di respingere la richiesta di privilegio sul credito, ma la decisione viene cassata con rinvio al medesimo tribunale, in diversa composizione.

¹⁰² D.l. 24 gennaio 2015 n. 3 con *Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*, convertito con modificazioni da l. 24 marzo 2015 n. 33; pare plausibile dedurre che la necessità di far approvare

<p>Art. 9. Revoca dei benefici e sanzioni</p>	<p>Art. 8-bis. Potenziamento del Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese</p>
<p>5. Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e interessi e delle relative sanzioni.</p> <p>[ndr., <i>si tenga conto che il d.lgs. 46/1999 ha abrogato e sostituito il dpr 43/1988</i>]</p>	<p>3. Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti. Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni.</p>

L'intervento normativo del 2015 ha immediatamente aperto un dibattito sul se il nuovo art. 8-bis costituisca o no l'interpretazione autentica dell'art. 9 vigente

dal 1998¹⁰³. Personalmente se ne dubita¹⁰⁴ e, se l'opinione è condivisibile, siamo di fronte ad una norma sopravvenuta che, in quanto tale, produce effetti dal 26 marzo 2015.

Ad ogni buon conto è certo che, quanto meno nelle intenzioni, la novità fosse diretta a superare la questione interpretativa letterale vertente sul solo art. 9 d.lgs. 123/1998 (anche se esteso ai fideiussori, ma con il d.m. del 2005) e destinata ad agevolare la giurisprudenza di merito nell'adeguarsi.

Non di meno, continuano a mostrarsi contrari nel 2018 il tribunale di Brescia¹⁰⁵, nel 2019 quello di Ivrea¹⁰⁶ e di Roma¹⁰⁷, nel 2020 il Tribunale di

¹⁰³ È appena il caso di far presente che si tratta di una discussione affatto sterile, poiché la soluzione in un senso o nell'altro produce riflessi immediati sull'applicabilità dei contenuti dell'intero art. 8-*bis*: se si trattasse di interpretazione autentica, il contenuto avrebbe applicabilità senza soluzione di continuità dal 1998; in caso contrario, l'applicabilità sarebbe *ex nunc*. Considerato che la soluzione coinvolge crediti sorti in un arco temporale di 17 anni, va da sé che la cifra totale potrebbe essere per nulla insignificante.

¹⁰⁴ Non solo l'art. 8-*bis* d.l. 3/2015 è privo del consueto *incipit* dell'interpretazione autentica, ma anche il contenuto presenta un problema: i soggetti coinvolti dalla nuova norma non coincidono con quelli cui era diretta la precedente. Infatti, mentre l'art. 9 d.lgs. 123/1998 si rivolge in maniera chiara al solo debitore garantito (il destinatario dell'agevolazione pubblica e, nei casi del Fondo, una PMI), l'art. 8-*bis* d.l. 3/2015 amplia i destinatari citando anche i *terzi prestatori di garanzie* e cioè sicuramente i fideiussori, ma – stante la genericità della dizione – non si può escludere che prima o poi si creerà un qualche altro equivoco con altro tipo di garanti (assicurativi, atipici, autonomi, *patrons*, ecc.).

¹⁰⁵ Trib. Brescia, sez. IV., 26 luglio 2018, n. 2260 in una fattispecie di società in concordato preventivo con continuità, raggiunta da cartella esattoriale a procedura in corso, esclude sia la surrogazione che il privilegio, da un lato interpretando in maniera restrittiva l'art. 9, co. 5, del d.lgs. 123/1998 e, dall'altro, non riconoscendo valore di interpretazione autentica al sopravvenuto art. 8-*bis*, co. 3, d.l. 3/2015 (v. *infra*). Per l'effetto, annulla la cartella di pagamento.

¹⁰⁶ Trib. Ivrea, sez. unica, 16 luglio 2019, n. 663 che annulla le cartelle esattoriali emesse verso l'azienda fallita e verso i fideiussori. L'agevolazione del Fondo risale al 2010-2011, non è indicata la data di liquidazione dell'escussione, mentre le cartelle risalgono al novembre 2016 contro l'azienda ed al settembre 2017 contro i fideiussori. Su queste basi il giudice esclude tanto l'applicabilità della natura privilegiata del credito ex art. 9 d.lgs. 123/1998, quanto la natura di interpretazione autentica dell'art. 8-*bis* d.l. 3/2015, incorrendo tuttavia in un'affermazione di sintesi che risulta poco chiara: «*Se dunque, come qui si ritiene, il credito azionato è di natura chirografaria non è consentita ed è pertanto illegittima l'iscrizione a ruolo e la conseguente emissione delle cartelle in questa sede oggetto di opposizione ex art. 615 c.p.c.; quindi queste ultime vanno dichiarate inefficaci.*» in quanto non dà conto di quale norma ritenga applicabile, nei confronti di tutte le parti in giudizio, per stabilire che se il credito è privilegiato è legittima l'azione esattoriale, mentre non lo sarebbe per un credito chirografario.

¹⁰⁷ Trib. Roma, sez. XVII (già IX), 10 gennaio 2019, n. 579, che rigetta la domanda di SACE – tendente al riconoscimento del privilegio nei confronti di un'azienda ammessa a concordato preventivo, procedura peraltro conclusasi a giudizio in corso – ancorché la sentenza stessa dia sorprendentemente atto del contrasto esistente nel medesimo Tribunale e, addirittura, all'interno della stessa sezione. Per il riconoscimento del privilegio ex art. 9 d.lgs. 123/1998 ad un credito vantato da SIMEST nell'ambito di un concordato preventivo si era infatti favorevolmente espresso

*E. Olivieri. Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva
e questioni irrisolte*

Bologna¹⁰⁸, che va oltre e addirittura respinge *tout-court* un'istanza di insinuazione al passivo.

Trib. Roma, sez. Fall., 26 ottobre 2017 n. 2812 in www.ilcaso.it.

¹⁰⁸ Trib. Bologna, sez. IV, 14 maggio 2020, ord. 1464, www.ilcaso.it, respinge un ricorso ex artt. 98-99 L.F. conseguente al rigetto di una insinuazione al passivo di Agenzia delle Entrate Riscossione, formulata in nome e per conto di MCC. Si deve premettere che AdER fonda la domanda tanto sull'art. 9 d.lgs. 123/1998, quanto sull'art. 8-bis d.l. 3/2015, anche se il provvedimento non indica in che data MCC ha eseguito la liquidazione dell'escussione della garanzia a beneficio della banca (se prima o dopo l'entrata in vigore di detto articolo). Premesso questo, tuttavia, va evidenziato quanto segue: (a) l'intero credito era già stato ammesso in via chirografaria in capo alla banca garantita; (b) AdER non fornisce prova del credito vantato. Il Tribunale così si esprime: «*Pertanto, il decreto del Giudice Delegato deve essere confermato, in quanto, a prescindere dalla questione procedurale connessa all'inosservanza dell'art. 115 L.F., in base all'orientamento consolidato della Suprema Corte il coobbligato (fideiussore) del debitore principale fallito per insinuarsi al passivo, in via di regresso o in virtù di surrogazione, dopo il pagamento effettuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, deve dimostrare, ai sensi dell'art. 61 co. 2 L.F., il carattere integralmente soddisfacente delle ragioni creditorie, non essendo rilevante un pagamento parziale, pur se idoneo ad estinguere l'obbligazione del solvens (Cass. civ., Sez. I, 17/10/2018, n. 26003).*» concetto rafforzato da una successiva citazione testuale estratta da Cass. n. 3216/2012: «*[...] è inammissibile la surrogazione, allorché il pagamento effettuato dal coobbligato o dal fideiussore non risulti interamente soddisfacente della pretesa del creditore, ostando a ciò l'art. 61, comma 2, l. fall., il quale costituisce una norma speciale che introduce un'eccezione al principio dell'opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti [...] ai fini dell'ammissibilità tanto della surrogazione, quanto del regresso, ciò che rileva non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale, cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento*». I termini utilizzati, in particolare *coobbligato*, *fideiussore* e l'irrelevanza di un *pagamento parziale* (la garanzia era del 60%) inducono ad ipotizzare che AdER non sia riuscita a trasferire in maniera adeguata al Tribunale la rappresentazione del fenomeno della garanzia dello Stato ed occorrerebbe quindi chiedersi se, nel caso in cui AdER fosse riuscita in questo compito, la decisione sarebbe stata la stessa.

In senso contrario alle ragioni dei debitori si dimostrano nel 2016 i tribunali di Como¹⁰⁹, nel 2017 di Monza¹¹⁰, nel 2019 ancora Monza¹¹¹ e Brescia¹¹², nel 2020 quello di Bergamo¹¹³.

¹⁰⁹ Trib. Como, sez. I, 28 settembre 2016, www.ilcaso.it, decide una controversia sulla natura privilegiata o chirografaria del credito vantato dal Fondo nei confronti di un'azienda in concordato preventivo; senza interessarsi circa la data di concessione dell'agevolazione, né della data di pagamento dell'escussione di garanzia, con stringato provvedimento il giudice riconosce il privilegio, alla luce del combinato disposto degli artt. 1 e 9 d.lgs. 123/1998 e 8-bis d.l. 3/2015.

¹¹⁰ Trib. Monza, sez. III, 16 novembre 2017, n. 3322, www.ilcaso.it, respinge l'opposizione all'esecuzione della pmi debitrice, argomentando, *inter alia*, che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 si atteggia quale norma di interpretazione autentica. Incidentalmente, tuttavia, va notato che la motivazione esordisce in maniera non del tutto convincente: «*Occorre poi, nel merito, escludere che la Banca del Mezzogiorno possa essere qualificato diversamente da un coobbligato solidale. In particolare nel caso di specie si riscontrano tutti i requisiti che connotano l'obbligazione solidale ex art. 1229 c.c. ed in particolare, oltre alla pluralità di condebitori o creditori, l'eadem res debita e l'eadem causa obligandi. Di ciò si ha evidenza tenendo conto che l'obbligazione assunta dal Fondo di garanzia si atteggia in via accessoria rispetto al fatto costitutivo del credito, rappresentato dal contratto di finanziamento. Inoltre, è fuori d'ogni dubbio che l'oggetto della prestazione sia comune e sia rappresentato dal rimborso del finanziamento in favore dell'istituto di credito.*» andando poi a richiamare per analogia l'istituto del regresso del fideiussore e c'è da chiedersi quanto tale esordio sia attinente con la circostanza che la garanzia del Fondo sia, in realtà, non una fideiussione, bensì un'agevolazione concessa all'impresa sotto forma di garanzia.

¹¹¹ Trib. Monza, sez. III, 12 novembre 2019, ord. 1824 che respinge la richiesta di sospensione di una cartella esattoriale. Nell'ambito delle varie questioni trattate nella corposa ordinanza, si segnala il riconoscimento di legittimità che il Tribunale concede al comb. disp. dell'art. 1, co. 209, l. 311/2004 (norma madre), con il contenuto del d.m. non regolamentare 20/06/2005 (provvedimento figlio) che ne costituisce attuazione, cioè quel provvedimento che introduce la garanzia a prima richiesta. Ad avviso di chi scrive, l'ordinanza monzese non coglie a sufficienza: a) le criticità derivanti dall'amplessima delega conferita dalla norma madre, da attuare mediante un decreto sottratto a controllo preventivo di legalità; b) l'evidente sconfinamento del decreto attuativo dai pur labili confini segnati dalla norma madre; c) la differenza che esiste tra un (giustificato) recupero esattoriale, avviato in base ad una revoca dell'agevolazione pubblica ad un beneficiario carente dei requisiti per ottenerla, illegittimo percettore di denaro pubblico, ed un (meno giustificato) recupero esattoriale, avviato in base ad un'escussione di garanzia con conseguente surrogazione legale nel credito, causata da un normale inadempimento avvenuto per il *default* della PMI; d) la corretta conseguenza del diritto intertemporale, applicando ad eventi avvenuti nel 2013 una norma introdotta nel 2015. Il provvedimento monzese è stato reclamato, ma il reclamo è stato respinto (nota 115).

¹¹² Trib. Brescia, sez. III, 23 ottobre 2019, sempre nell'ambito di un concordato preventivo, in contrasto con la precedente n. 2260/2018, *cit.*

¹¹³ Trib. Bergamo, sez. II, 16 settembre 2020, n. 132, www.dejure.it, converte un concordato preventivo in fallimento – nonostante l'opposizione della società ricorrente – in quanto i documenti propedeutici alla procedura concordataria forniscono una non corretta rappresentazione del potenziale credito conseguente le escussioni delle garanzie del Fondo: non sarebbe un credito chirografario, come vorrebbe l'azienda, ma privilegiato, come ritiene il Tribunale, citando decisioni di legittimità che si riferiscono a SACE SpA; la conseguenza è che vengono a mancare alcuni presupposti di fattibilità della procedura concordataria, che va quindi revocata e convertita in

Benché il dibattito sia, tutto sommato, abbastanza recente, una prima soluzione l'ha già fornita la Corte di Cassazione: quanto allo specifico tema del privilegio dello Stato, eseguendo un'analisi ampia che appare immune da critiche, la Corte conclude che l'art. 8-bis del d.l. 3/2015 «*non va considerata né come una disposizione di interpretazione autentica, e dunque retroattiva, né come disposizione innovativa. Si tratta, semplicemente, di una disposizione ripetitiva, e confermativa, del regime già vigente.*»¹¹⁴, ossia quello indicato dal d.lgs. 123/1998¹¹⁵. Al momento la soluzione è questa, anche se, in realtà, la questione sembra più ampia.

UN REGIME O DUE REGIMI. La soluzione testé indicata potrebbe infatti anche essere condivisibile, ma se si percorre la strada che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 non sia norma di interpretazione autentica dell'art. 9 d.lgs. 123/1998, l'imperfetta sovrapposizione tra i due testi mi pare susciti almeno tre questioni di diritto intertemporale.

La prima, forse la più seria per i riflessi economici, riguarda la portata della norma: in altri termini occorre chiedersi se il contenuto della norma più recente si applica avendo riguardo alla data di concessione dell'agevolazione del Fondo o se, invece, si applica avendo riguardo alla data in cui il Fondo liquida l'escussione della garanzia¹¹⁶.

fallimento.

¹¹⁴ Cass., sez. I, 31 giugno 2019, n. 14915, confermata da Cass., sez. VI, 25 novembre 2019, n. 30621. Non perfettamente in linea con le due citate Cass., sez. III, 26 novembre 2019, n. 30739 che «4. Riconosciuto che l'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 123/1998 è fonte normativa del titolo di privilegio del credito di garanzia a favore di chi ha finanziato la PMI, diventano prive di pregio le argomentazioni difensive con cui il ricorrente tenta di confutare la tesi della natura innovativa dell'art. 8 bis del di n. 3/2015.» perché, così facendo, se dimostra di non credere alla tesi dell'innovatività dell'art. 8-bis, lascia però senza risposta la domanda su come debba essere trattata tale norma: ripetitiva o di interpretazione autentica.

¹¹⁵ Trib. Monza, sez. III, 15 gennaio 2020, ord. n. 861, va per la propria strada. Nel reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. contro la respinta istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (nota 111), si persuade della natura di interpretazione autentica dell'art. 8-bis, d.l. 3/2015. Nonostante possa attingere a Cass. n. 14915 e n. 30621/2019 *cit.*, il Collegio di Monza cita giurisprudenza di merito di qualche anno prima (Trib. Como, ord. 246 del 26 agosto 2017) secondo cui «è evidente che il legislatore è intervenuto per rendere vincolante la tesi interpretativa che, facendo leva sulla natura pubblicistica del credito, ne riconosce la natura privilegiata, superando il contrasto interpretativo nel frattempo sorto. In tal modo il legislatore ha ribadito la ratio già sottesa alle disposizioni previgenti» e dichiara di superare l'orientamento restrittivo cui aveva in precedenza aderito, negando il privilegio. Se si può essere d'accordo sul riconoscimento del privilegio, riesce più difficile condividere l'adesione all'autenticità dell'interpretazione (nota 104).

¹¹⁶ L'interrogativo non è ozioso, dato che tra la data di delibera dell'agevolazione (garanzia) e quella di liquidazione della sua escussione posso intercorrere molti anni; cosicché, la soluzione che si perseguirà per risolvere l'alternativa determinerà in automatico da quale data il Fondo di Garanzia può esercitare il diritto di surrogazione nel credito ed agire con procedura esattoriale nei confronti dei terzi prestatori di garanzie (parliamo di migliaia di soggetti). Una prima, sommaria, indicazione,

La seconda questione apre invece un duplice quesito: nel merito, occorrerebbe stabilire se i crediti del Fondo insorti fino al 25 marzo 2015 sono o non sono assistiti da privilegio; proceduralmente, andrà poi chiarito se il recupero di quegli stessi crediti può o non può avvenire tramite procedura esattoriale. Alla prima delle due questioni avrebbe già risposto la Cassazione (nota 114), fatti salvi eventuali *obiter dicta*, così che la risposta alla seconda sarebbe implicita: se il privilegio è già riconoscibile dal 1998 (e quindi l'interpretazione letterale restrittiva che lo esclude è infondata) anche il credito è da sempre recuperabile tramite procedura esattoriale, fermo il rispetto di tutte le garanzie previste in favore del debitore “contribuente”¹¹⁷.

anche se la lite non ha nulla in comune con il tema qui in discussione, potrebbe provenire da Trib. Torino *cit.* in nota 75: «[...] *che, peraltro, in applicazione del principio tempus regit actum alla ricorrente [banca] possono essere opposte solamente le disposizioni operative in vigore al momento della stipulazione del contratto e non quelle successivamente emanate, non potendo la convenuta [MCC] modificare le condizioni procedurali e soprattutto sostanziali per la validità della garanzia prestata unilateralmente e successivamente alla formazione della volontà contrattuale espressa dalla controparte;*» e, dunque, ferma la non divisibilità circa l'esistenza di un rapporto contrattuale tra banca e Fondo, il giudice si indirizza verso l'applicazione del principio *tempus regit actum*.

Si disinteressa totalmente, invece, di questo aspetto Trib. Cosenza, sez. II, 3 ottobre 2019 n. 1940: a fronte di una garanzia del Fondo deliberata nel 2011, escussa e liquidata nel settembre 2015, la PMI ed i fideiussori si oppongono all'azione di surrogazione esercitata con procedura esattoriale ex art. 9 d.lgs. 123/1998 ed art. 2, comma 4, d.m. di giugno 2005, coinvolgendo peraltro in causa anche la banca, verso la quale eccepiscono vari profili di nullità; dopo aver stabilito che non c'è abuso del diritto nel cumulo di garanzie (fideiussioni personali e garanzia del Fondo), il giudice calabrese così conclude: « È infondata infine, nei termini in cui è stata formulata, la domanda volta alla declaratoria di illegittimità della “surroga a mezzo iscrizione a ruolo straordinaria” da parte di Banca del Mezzogiorno. L'iscrizione a ruolo è infatti consentita, in quanto normativamente prevista dal già menzionato art. 8 bis, comma 3, del D.L. 3/15, conv. in legge 33/15 (“Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato...Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni.”).». L'estrema sintesi della motivazione lascia perplessi: così facendo, infatti, si legittima il recupero esattoriale contro i fideiussori, derivante da un'agevolazione concessa all'impresa nel 2011, ma in forza di una norma introdotta nel 2015.

¹¹⁷ Trib. Catanzaro, sez. I, ord. 23 febbraio 2021. Ai sensi dell'art. 21 d.lgs. 46/1999, «Salvo che sia diversamente disposto da particolari disposizioni di legge, e, salvo altresì, quanto stabilito dall'art. 24 per le entrate degli enti previdenziali, le entrate previste dall'articolo 17 aventi causa in rapporti di diritto privato sono iscritte a ruolo quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva.» Leggendo la giurisprudenza sin qui citata, non sembra a chi scrive, e comunque non si evidenzia dai provvedimenti, che il Fondo avvii il recupero esattoriale munendosi di un «titolo esecutivo». La circostanza non è sfuggita al giudice calabrese che, in un giudizio di opposizione ad una cartella di pagamento, sospende l'efficacia esecutiva della cartella e del preavviso di iscrizione ipotecaria sui beni di un fideiussore.

Terza questione, plausibilmente di minore importanza per numero di casi e per valore economico, ma forse la più complicata sotto il profilo del diritto, è sulla compatibilità giuridica del contenuto della norma con il resto dell'ordinamento, dato che l'effetto che produce è quello di trasformare, strada facendo e, in genere, solo per una sua porzione (le garanzie sono quasi sempre in percentuale e non al 100%), un credito bancario già esistente e di tipo chirografario, in un credito privilegiato. Su questo specifico tema si è già dato conto nelle pagine che precedono di un precedente dissenso della magistratura di merito.

Un nuovo, ancor più recente, intervento della Cassazione identifica in maniera più che condivisibile interpretazione e confini dell'art. 9 d.lgs. 123/1998¹¹⁸, ma per altro verso finisce per scavare un solco profondo tra quello ed il sopravvenuto art. 8-bis d.l. 3/2015, dato che, se privilegio e procedura esattoriale sono già riconoscibili con la norma del 1998, diventa evidente che il contenuto della norma del 2015 avrebbe il solo, residuale, effetto di estendere ciò che già esisteva anche ai *terzi prestatori di garanzia e, a contrariis*, ciò vorrebbe dire che prima ne erano esclusi (¹¹⁹). A questo punto, visto che il legislatore non è stato in grado, forse sarebbe opportuno un intervento chiarificativo ed unificante della Cassazione, stante la presenza – sullo stesso tema – di sentenze della prima,

¹¹⁸ Cass., sez. I, 9 marzo 2020, n. 6508 si era espressa sul Fondo di Garanzia, ma merita forse più attenzione Cass., sez. III, 13 maggio 2020 n. 8882 che coinvolge una garanzia pubblica rilasciata da SACE S.p.A., nei confronti di un'azienda evoluta in concordato preventivo. Il tema in discussione è dunque quello dell'escussione della garanzia e del successivo riconoscimento o disconoscimento del credito privilegiato nella procedura concordataria. Tribunale e Corte d'Appello di Bologna negarono il privilegio di SACE sulla base di una interpretazione squisitamente letterale dell'art. 9 d.lgs. 123/1998. La Corte di legittimità rovescia i due precedenti gradi di giudizio ed accoglie tutti e quattro i motivi di ricorso di SACE. La motivazione è ampia e scioglie numerose criticità, tutte compatibili anche con la garanzia del Fondo. L'unica informazione che non si coglie è se la garanzia di SACE fosse del 100% (e quindi, una volta escussa, la società pubblica si sostituisce integralmente alla banca) oppure di percentuale inferiore, il che implicherebbe due creditori, uno chirografario e l'altro privilegiato. L'esito della decisione identifica il corretto campo di applicazione dell'art. 9 d.lgs. 123/1998, estendendolo alle garanzie escusse e disinteressandosi del successivo art. 8-bis d.l. 3/2015.

¹¹⁹ Trib. Lecce, sez. commerciale, 30 maggio 2019. Benché l'*excursus* della motivazione dia bene conto che l'art. 9 d.lgs. 123/1998 non sia rivolto ai fideiussori, mentre l'art. 8-bis d.l. 3/2015 li cita, la circostanza diventa poi ininfluente, stante il fatto che «*Il giudicante ritiene di aderire al primo orientamento, secondo cui la disposizione ha portata effettivamente interpretativa, in quanto la legge, fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne ha chiarito il significato normativo privilegiandone una tra le tante interpretazioni possibili. Inoltre il carattere di interpretazione autentica di una legge non presuppone necessariamente una preesistente situazione di incertezza o di conflitti interpretativi nell'applicazione della legge stessa, è invece necessario e sufficiente che la legge interpretativa imponga una scelta ermeneutica rientrante fra le tante, possibili, opzioni interpretative della legge anteriore e che, dunque, stabilisca un significato, che ragionevolmente ad essa possa essere ascritto. Dalla natura interpretativa della norma discende la sua applicazione retroattiva e dunque anche al caso di specie con conseguente rigetto dell'opposizione.*» L'esito è che l'opposizione di un fideiussore al precetto è respinta.

terza e sesta sezione non proprio perfettamente allineate tra loro¹²⁰. In ogni caso, poiché nessuna delle decisioni esaminate si intrattiene su verifiche di diritto intertemporale o, più chiaramente, nessuna dà conto di essersi interrogata su quali fossero le norme effettivamente applicabili in relazione alle date in cui si sono verificati i fatti costitutivi che hanno poi dato corso ai giudizi, l'occasione potrebbe tornare utile per chiarire anche questi ulteriori aspetti.

7. *Il contenzioso: le sintesi.* – A prescindere dalle questioni incidentali (§ 5), se si potessero trarre indicazioni di sintesi sul contenzioso di cui si è dato conto, seppur non elevato in relazione ai volumi gestiti, quanto meno sotto il profilo statistico, gli esiti mostrano tendenze apparentemente antitetiche della magistratura di merito: il contenzioso di tipo “B” (§ 6.2) mostra una certa sensibilità nella protezione di diritti dello Stato, quando questi è aggredito da istituti finanziari, grandi o piccoli che siano, mentre il contenzioso dei tipi “A” e “C” (§ 6.1 e 6.3) restituisce arresti giurisprudenziali più riflessivi, quando è lo Stato a confrontarsi con imprese e/o singoli cittadini.

Quanto alla tipologia “A”, di per sé alquanto residuale, mostra ragioni di lite scarsamente utili nei casi di revoca dell'agevolazione, mentre appare anti-economica nei casi di revoca dell'agevolazione¹²¹.

Quanto alla tipologia “B”, l'osservazione nell'esordio sarebbe tuttavia incompleta se, considerando quali sono le date in cui sono state avviate le liti, si omettesse di ricordare che tutte le decisioni riferite sembrano contraddistinte dal medesimo filo conduttore: colui che ritiene leso un proprio diritto di credito non mette mai o quasi mai il giudicante in condizione di comprendere il genere di disposizioni su cui si sta svolgendo il confronto, il quale ultimo è così indotto a pensare di trovarsi di fronte ad un *corpus iuris* perfetto, a protezione dei diritti

¹²⁰ Cass., sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 3025 ritorna sull'interpretazione autentica: «[...] in ogni caso, il D.L. n. 3 del 2015, art. 8 bis convertito in L. 24 marzo 2015, n. 33, il cui comma 3, in maniera esplicita, prevede che costituisce credito privilegiato 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 alla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, comma 100, lett. a), ha natura di interpretazione autentica e non ha carattere innovativo (Cass., Sez. 3, Ordinanza n. 30739 del 26/11/2019).», facendosi qui prudentemente notare che il richiamo al precedente di Cass. n. 30739/2019 non è proprio così... preciso (cfr. con nota 114).

¹²¹ Quanto alla significatività di un contenzioso in tema di mancata concessione dell'agevolazione, è noto che organizzare un'operazione di finanziamento, che si basa ovviamente su esigenze spesso urgenti di una PMI, richiede tempistiche relativamente brevi, che diventano del tutto incompatibili con la durata di un eventuale contenzioso giudiziario che indagherà sulla legittimità o meno di una mancata concessione dell'agevolazione. Quanto invece all'anti-economicità in caso di sopravvenuta revoca della concessione, l'importo su cui si andrebbe a controversare è modesto e sembra palese il disinteresse ad avviare un contenzioso; si deve infatti considerare che si tratta di una revoca di un'agevolazione concessa sotto forma di garanzia ed il reale *quantum* della lite è commisurabile all'equivalente sovvenzione lordo (ESL).

del Fondo e delle risorse dello Stato; fanno eccezione, come detto, i citati precedenti del Consiglio di Stato nel 2017, in maniera diretta, e del Tribunale di Roma del 2018, per altra strada. Resta da monitorare più da vicino quell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sede di Brescia del Tar Lombardia, che di per sé sarebbe in grado di mettere in crisi, almeno in parte, lo stesso modello operativo del Fondo così come descritto nel § 2. Su tutto, invece, resta il rammarico che il gran numero di questioni respinte per vizio di giurisdizione (nota 38) abbia sino ad oggi impedito delle più puntuali valutazioni della magistratura circa la congruità o la legittimità delle delibere di improcedibilità o di inefficacia adottate dell'ex Comitato, oggi Consiglio di gestione del Fondo.

Quanto infine alla tipologia "C", in primo luogo si dovrebbe dire che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 non solo non sembra aver risolto, per ora, tutte le questioni, ma forse ne ha aperte di nuove (quelle di diritto intertemporale); resta la perplessità sulle ragioni di aver effettuato un intervento normativo *ex novo* nel 2015, invece di essersi diretti subito, anni fa, non appena si manifestarono i segnali, ad intervenire in senso chiarificativo ed in via diretta sul d.lgs. 123/1998, piuttosto che percorrere l'improbabile strada del decreto ministeriale non regolamentare. Più in generale, invece, si osserva la facilità con cui la tipologia "C" raggiunge l'esame di legittimità e come tale esame riesce a restituire valide indicazioni, anche se su di esse si dovrà, forse, compiere ancora un qualche sforzo di omogeneità (ad es. chiarire in maniera inequivoca che tipo di norma sia l'art. 8-bis d.l. 3/2015) e, di conseguenza, attendere di capire se occorre o non occorre approfondire gli effetti di diritto intertemporale che dalla scelta dovessero derivare.

È tuttavia ovvio che delle sintesi basate su riscontri numerici modesti e, per giunta, influenzata da circostanze fortemente soggettive¹²², non sia tale da costituire un vero e proprio punto fermo, così che il buon senso suggerisce di attendere l'evoluzione e di dedicarsi, piuttosto, a considerazioni su possibili interventi *in fieri*.

8. Una prospettiva a breve ed a medio termine. – L'operatività quotidiana induce il beneficiario di una garanzia a valutarne la bontà in base a tre caratteristiche principali: certezza, affidabilità e solvibilità, dove quest'ultima è intrinseca al soggetto emittente. Così essendo – poiché che nel nostro caso tale

¹²² Il precedente saggio sullo stesso tema e la pazienza di seguire il presente sino a questo punto dovrebbero restituire l'impressione di una materia non ostica, ma alquanto vasta e resa di per sé complicata dal fenomeno di *bulimia* regolamentare, tanto da necessitare di una padronanza non comune. Una simile padronanza consente di cimentarsi in un contraddittorio che si sforzi di riequilibrare un certo *favor*, fosse pure inconsapevole, da cui si muove quando si tratta di esaminare atti e comportamenti pubblici. Non si può non rilevare come questo sforzo sembra spesso mancare.

soggetto è, in definitiva, lo Stato – i temi sin qui illustrati possono intendersi rivolti ai restanti due caratteri, la certezza e l'affidabilità, e sembrano indicare che esistono notevoli margini di miglioramento, ancora inesplorati. Se ciò è condivisibile, questa considerazione dovrebbe suscitare una certa perplessità, tenendo conto che parliamo di uno strumento di politica economica esistente, ormai, da oltre venti anni e, a distanza di oltre un anno dal precedente contributo, le conclusioni non si discostano da quelle già allora delineate¹²³. È però anche chiaro che la scarsa propensione degli utenti al contenzioso non consente alla Magistratura di compiere verifiche più penetranti e, di fatto, rende refrattaria l'attitudine alle modifiche, favorendo un certo immobilismo.

Con intento costruttivo, si potrebbero allora ipotizzare due obiettivi, tra i tanti in realtà possibili, suggeriti dalle decisioni della Magistratura, giuste o sbagliate che siano: uno immediato ed urgente, il cui principale interessato dovrebbe essere proprio lo Stato, ed un secondo invece, più sistematico, rivolto alla generalità degli utenti.

Il primo obiettivo potrebbe esser quello di ragionare sulla capacità di circolazione di questa garanzia, obiettivo contingente alla luce del fenomeno delle cessioni di crediti, tradizionali o tramite cartolarizzazione¹²⁴, fenomeno sempre esistito, ma che dal 2018 ha assunto dimensioni significative¹²⁵ e che si presume continuerà negli anni a venire. Ad oggi, infatti, non risulta alcuna ufficiale presa di posizione del legislatore, né dell'esecutivo, ed il gestore del Fondo si è limitato, per il momento, ad introdurre un obbligo di comunicare le garanzie legate a crediti ceduti a terzi che, di questa attività, hanno fatto un *business* apparentemente lucroso. In ragione delle cifre in gioco, non sembra infatti esercizio così inutile chiedersi se sia inevitabile o meno che ai frutti di tale *business*, spesso speculativo, si debba contribuire, fosse solo in parte, con risorse

¹²³ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 17.

¹²⁴ L. 30 aprile 1999, n. 130 recante *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti* da mettere in relazione anche al testo dell'art. 58 t.u.b., ai sensi del quale «la Banca d'Italia emana istruzioni per la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Le istruzioni possono prevedere che le operazioni di maggiore rilevanza siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia. La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità [...]»

¹²⁵ Una tabella pubblicata da *Il Sole-24 Ore*, relativa all'anno 2018, dava conto di oltre 97,3 miliardi di euro di crediti lordi ceduti ed è certo che in questo *stock* di sofferenze passate di mano vi siano anche operazioni di finanziamento garantite e/o contro-garantite dal Fondo di Garanzia per le PMI.

pubbliche¹²⁶ destinate a tutt'altro scopo¹²⁷. Inutile evidenziare l'impatto economico intrinseco di questo genere di questione, qualunque ne sia la soluzione.

Il secondo obiettivo, raggiungibile mediante intervento sul decreto regolamentare di esecuzione del Fondo, il d. interm. 248/1999, potrebbe invece essere quello di introdurre una chiara descrizione della garanzia, eliminando le sovrastrutture burocratiche sin qui create e disciplinandone in maniera organica gli elementi fondamentali (soggetti, oggetto, destinatari, data, durata, tipo di finanziamento, importo, ecc.), le loro possibili variazioni nel tempo e le conseguenze che producono, accompagnate da un ragionato e ragionevole elenco di eventuali violazioni e possibilmente introducendo – diversamente da com'è oggi, in cui la sanzione è sempre quella massima (al *beneficiario finale* si revoca l'agevolazione, mentre il beneficiario della garanzia è colpito dalla inescutibilità della stessa) – principi di gradualità delle sanzioni, direttamente correlati alla gravità delle violazioni, previo esame delle conseguenze pratiche che dette violazioni hanno prodotto o possono produrre. Perché se è vero che «*Un diritto sprovvisto di sanzioni è un diritto disarmato, voce impotente ed inutile*»¹²⁸, è anche vero che un diritto unilateralmente super-armato è irragionevole e rischia facilmente di scivolare verso l'iniquità.

¹²⁶ Su questo tema ci si era già interrogati alcuni anni orsono, ma con riferimento alle sole garanzie dei confidi (v. E. OLIVIERI, *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 4, 1368). È tuttavia intuitivo che i medesimi interrogativi sono riproponibili, *mutatis mutandis*, per le escussioni di garanzie che vengono liquidate direttamente con risorse pubbliche che, si badi, non sono solo quelle del Fondo di Garanzia; senza pretesa di completezza, la conoscenza del mercato induce a citare l'esistenza di garanzie concesse con utilizzo di fondi della CDP, fondi delle Camere di Commercio, fondi nazionali gestiti dalla SACE, fondi nazionali destinati alla prevenzione del fenomeno dell'usura (MEF), fondi comunitari veicolati dalle regioni oppure su programmi realizzati *ad hoc*, principalmente dal Fondo Europeo per gli investimenti. Si tratta di un fiume "sotterraneo" di risorse pubbliche stanziato sotto forma di garanzie destinate alle PMI, che viene improvvisamente alla luce nel momento dell'escussione.

¹²⁷ Benché lo scopo non sia esplicitamente previsto dalla legge, non si può disconoscere che il sistema creato possiede una finalità rotativa: se è vero che le garanzie concesse, trasformandosi in escussioni liquidate con risorse pubbliche, contribuiscono a neutralizzare le perdite di chi finanzia le PMI (banche ed altri soggetti), è parimenti vero che le quelle stesse risorse generano una sorta di provvista addizionale per quegli stessi soggetti che, in un modo o nell'altro, consente di ri-alimentare l'erogazione di nuovi finanziamenti. È, dunque, intuitivo che, se tali risorse escono da questo circuito, non vi faranno più rientro.

¹²⁸ N. IRTI, *Perché non possiamo pronunciare la parola «obbedienza»*, *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2021.