

Giugno 2020

Prmissime riflessioni su moratorie, responsabilità del debitore e sottoscrizione semplificata dei contratti in tempo di pandemia

Raffaele Lener, Professore Ordinario di Diritto dei Mercati Finanziari, Università di Roma Tor Vergata; Antonio Di Ciommo

1. I decreti del periodo della pandemia (D.L. 9/2020, D.L. 18/2020, D.L. 23/2020 e D.L. 34/2020) hanno inciso, in modo forse non profondo e spesso a titolo solo temporaneo, ma comunque significativamente sui rapporti fra finanziatori e finanziati. Ai fini che ci occupano, hanno in particolare toccato (i) la sottoscrizione dei contratti e le comunicazioni tra intermediari (bancari e finanziari) con i clienti; (ii) il fondo di garanzia dei mutui sulla prima casa (c.d. “Fondo Gasparrini”); (iii) i crediti nei confronti di imprese medio-piccole; (iv) la responsabilità del debitore per inadempimento.

Alla data odierna, il D.L. 18/2020 e il D.L. 23/2020 sono stati convertiti in legge¹, mentre il D.L. 9/2020 è decaduto per non conversione.

2. I rapporti contrattuali cui ha guardato il legislatore sono soprattutto rapporti di durata, basati prevalentemente su meccanismi di pagamento rateale. In termini generali, l'ammissione ai benefici previsti dagli art. 54 e 56 del D.L. 18/2020 provoca una temporanea inesigibilità dei crediti.

Come si avrà modo di osservare, siffatta inesigibilità temporanea ha effetti rilevanti in merito al regime di responsabilità del debitore, *anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti* (come testualmente recita l'art. 3, comma 6-bis, D.L. 6/2020).

¹ Rispettivamente dalla Legge n. 27/2020 e dalla Legge n. 40/2020.

3. Il Fondo di garanzia dei mutui prima casa (“Gasparrini”) è stato oggetto di interventi da parte del D.L. 9/2020², del D.L. 18/2020 e del D.L. 23/2020.

Come noto, il Fondo, improntato a una forte logica solidaristica, è stato istituito dalla L. 244/2007 (la legge di Bilancio del 2007) al fine di offrire il beneficio della sospensione del mutuo per l’acquisto della prima casa a soggetti che si trovino in condizioni di temporanea e obiettiva difficoltà.

La disciplina (ordinaria) del Fondo si rinviene nel Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze n. 132/2010. Il D.M. 132/2010 riserva l’accesso al Fondo a mutui di importo non superiore a 250 mila euro stipulati da soggetti il cui ISEE abbia un importo massimo di 30 mila euro³. L’art. 2, comma 479 della L. 244/2007 e la relativa disciplina di attuazione del D.M. 132/2010 permettono l’accesso ai benefici sospensivi del Fondo a persone che abbiano subito eventi espressamente tipizzati, di natura negativa e imprevista, capaci di creare al debitore situazioni di obiettiva (e temporanea) difficoltà ad onorare il pagamento del mutuo.

Essenzialmente, gli eventi che possono legittimare l’ammissione ai benefici sospensivi del Fondo sono elencati all’art. 2, comma 479 della L. 244/2007. Essi sono: (i) la cessazione improvvisa del rapporto di lavoro subordinato (e altri rapporti assimilati) per fatto non imputabile al lavoratore; o (ii) la morte o il riconoscimento di un handicap grave ad uno dei componenti del nucleo familiare⁴.

A questi, ora si aggiunge quanto previsto dalla nuova lett. *c-bis*) dell’art. 2, comma 479 della L. 244/2007⁵. Siffatto intervento, in quanto vera e propria riforma della legge istitutiva del Fondo, è prevedibilmente destinato a permanere anche dopo l’esaurimento della pandemia. La norma prevede che possono accedere al Fondo pure coloro che abbiano subito la sospensione o la significativa riduzione dell’orario di lavoro per almeno 30 giorni, anche nel caso in cui il richiedente sia in attesa dei provvedimenti di sostegno al reddito.

L’art. 54 del D.L. 18/2020 ha temporaneamente allargato (per nove mesi dal 17 marzo 2020) la platea dei soggetti che possono richiedere l’accesso al Fondo e ha riformulato il

² Non essendo stato convertito in legge il primo decreto, le norme sul Fondo “Gasparrini” contenute nel D.L. n.9 sono state “trasferite” nella L. 27/2020, di conversione del D.L. 18/2020.

³ Tali limitazioni quantitative sono previste dal D.M. 132/2010.

⁴ A queste fattispecie di ammissione, se ne aggiungono altre tre previste dal D.M. 132/2010: (i) il sostenimento di spese mediche di significativo importo; (ii) la necessità di eseguire opere di manutenzione indifferibili sull’immobile acquistato; e (iii) l’aumento improvviso dell’onerosità della quota di interessi sulle rate maturate nel corso del rapporto.

⁵ Introdotta con il D.L. 9/2020 e “salvata” grazie al trasferimento della previsione nella L. 27/2020, di conversione del D.L. 18/2020.

comma 478 dell'art. 2, L. 244/2007, che stabilisce la misura degli interessi di cui si fa carico il Fondo nel periodo di sospensione⁶.

Nel periodo della pandemia vengono infatti eccezionalmente ammessi ai benefici sospensivi del Fondo i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, cui si chiede quale condizione di aver subito una significativa contrazione del fatturato rispetto all'ultimo trimestre dell'anno 2019⁷. La riduzione di fatturato deve essere avvenuta in conseguenza della chiusura o delle restrizioni imposte dalle *disposizioni adottate dall'autorità competente per l'emergenza coronavirus*.

Va notato come ai beneficiati non sia richiesto di fornire prova né della riduzione del fatturato, né del rapporto causa/effetto fra pandemia e contrazione dei ricavi (una sorta di *probatio diabolica* peraltro); è ritenuta infatti sufficiente una semplice autocertificazione.

Nel periodo di vigenza degli interventi straordinari non viene considerata condizione di ammissione la “fascia” di reddito dell'istante, a differenza di quanto richiesto in via generale⁸ e l'importo massimo dei mutui ammissibili alla sospensione viene aumentato a 400.000 euro⁹.

L'art. 12 del D.L. 23/2020 ha ulteriormente allargato (sempre per nove mesi, ma a partire dall'8 aprile 2020) l'ammissione ai benefici sospensivi del Fondo anche a mutui in ammortamento da meno di un anno e, in sede di conversione del decreto, l'ammissione ai benefici è stata ulteriormente estesa anche agli imprenditori individuali, ai piccoli imprenditori e ai titolari di quote di mutuo contratto collettivamente da cooperative edilizie.

4. Più complesso appare il rapporto fra le differenti misure agevolative. Da un lato, deve dirsi consentita l'ammissione di mutui già ammessi in precedenza ai benefici sospensivi e per i quali il regolare ammortamento delle rate sia ripreso per almeno tre mesi¹⁰. Dall'altro, sono ammessi ai benefici del Fondo anche i mutui che fruiscono della garanzia

⁶ La precedente formulazione della norma prevedeva che il Fondo corrispondeva al mutuante la quota di interessi che sarebbero maturati durante il periodo di sospensione il cui importo doveva essere calcolato secondo i parametri di riferimento dettagliati dal D.M. 132/2010 e, comunque, al netto delle eventuali maggiorazioni pattuite (lo *spread*). La nuova formulazione della norma, invece, stabilisce che il Fondo corrisponderà agli intermediari il 50% della quota di *interessi compensativi* maturati secondo il contratto durante il periodo di sospensione.

⁷ La riduzione deve essere almeno pari al 33% e deve essere avvenuta nel trimestre successivo al 21 febbraio 2020 o nel minor periodo tra questa data e la data della domanda di ammissione.

⁸ L'art. 54, lett. b), primo periodo del D.L. 18/2020 esclude espressamente la presentazione del documento ISEE, con l'effetto che il limite di ammissione a famiglie con reddito complessivo massimo di 30 mila euro è sospeso.

⁹ Intervento, quest'ultimo, introdotto appositamente dalla legge di conversione.

¹⁰ L'art. 54, comma 1, lett. b), secondo periodo, D.L. 18/2020 statuisce: “La sospensione del pagamento delle rate può essere concessa anche per i mutui già ammessi ai benefici del Fondo per i quali sia ripreso, per almeno tre mesi, il regolare ammortamento delle rate”.

del “Fondo di garanzia prima casa”, istituito dalla L. 147/2013¹¹, così di fatto introducendo una sorta di temporanea sinergia tra i due fondi.

Nel primo caso, la norma è ambigua e non chiarisce se i tre mesi di *ripresa* dell’ammortamento delle rate sia condizione di accesso ai benefici sospensivi in sé ovvero consenta l’accesso soltanto alla disciplina derogatoria e temporanea del Fondo. Per la soluzione del problema non appare di aiuto neanche il Decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze del 25 marzo 2020, attuativo dell’art. 54, D.L. 18/2020: sul punto, l’art. 5 del decreto ministeriale si limita a riprodurre quasi completamente il contenuto della norma contenuta dall’art. 54¹². Tuttavia, l’art. 5 richiama anche l’art. 2, comma 4 del D.M. 132/2010 che prevede, nell’ambito della disciplina regolamentare ordinaria del Fondo, l’ammissione alla sospensione di mutui già ammessi in precedenza al Fondo a condizione che, nell’arco della loro durata, non abbiano già beneficiato di una sospensione complessiva di 18 mesi.

Siffatto richiamo porta a privilegiare la seconda soluzione; quindi, si dovrebbe considerare la ripresa dell’ammortamento del mutuo per almeno tre mesi quale condizione di accesso alla disciplina derogatoria del Fondo. I mutui (i) che hanno goduto di sospensioni precedenti e (ii) con un piano di ammortamento che, *all’atto della presentazione della domanda*, sia ripreso da meno di tre mesi seguiranno la disciplina ordinaria del calcolo del periodo massimo di sospensione di cui all’art. 2 del D.M. 132/2010.

Il rapporto “sinergico” tra il Fondo “Gasparrini” e il “Fondo di garanzia prima casa”, non pone problemi sul profilo pratico; tuttavia appare utile identificare la *ratio* di questo intervento: il coordinamento tra i due Fondi sembra, infatti, diretto a evitare che i mutuanti, beneficiati prima dal più agevole accesso al credito dovuto alla garanzia del Fondo, si ritrovino potenzialmente inadempienti a causa della crisi pandemica e contemporaneamente gravati dall’ulteriore difficoltà di accedere di nuovo al credito con condizioni di mercato poco favorevoli e con un merito di credito inevitabilmente peggiorato.

5. Ulteriore problema dovuto all’introduzione dell’art. 54 è dato dalle modalità di calcolo degli interessi dovuti nel periodo di sospensione del mutuo. La precedente formulazione dell’art. 2, comma 478, della L. 244/2007 imponeva al Fondo “Gasparrini” di farsi carico dell’intera quota di interessi maturati durante la sospensione.

¹¹ Collocato all’art. 1, comma 48, lettera c).

¹² Anche la CONSAP S.p.A., che ha la gestione del Fondo “Gasparrini”, nella “guida” sulle procedure da seguire per la sospensione, si limita ad affermare che *fino al 17 dicembre 2020 tutte le precedenti richieste di sospensione di cui il mutuo abbia fruito “ex lege” non avranno alcuna rilevanza ai fini del raggiungimento del periodo massimo di 18 mesi a condizione che il mutuo stesso risulti in regolare ammortamento da almeno 3 mesi*. Per maggiori approfondimenti sulla procedura di ammissione stabilita da CONSAP S.p.A., si rinvia al sito web: <https://www.consap.it/fondi-di-solidarieta/fondo-di-sospensione-mutui-per-l-acquisto-della-prima-casa/>

L'ammontare degli interessi, tuttavia, era calcolato con la normalizzazione del tasso ai parametri di riferimento previsti dal D.M. 132/2010, esclusa in ogni caso la maggiorazione eventualmente pattuita tra le parti. Con la riforma del comma 478¹³, da un lato, il legislatore ha semplificato il calcolo degli interessi corrisposti dal Fondo, considerando il solo tasso d'interesse contrattuale e, dall'altro lato, ha ridotto del 50% gli interessi corrisposti dal Fondo.

In ogni caso, la legge nulla prevede quanto alla sorte di quella parte di interessi "contrattuali" non coperta dal Fondo. Al riguardo può peraltro aiutare l'art. 2, comma 476, della L. 244/2007: la norma impone che, all'atto della richiesta di sospensione (e dell'ammissione), la durata del contratto sia prorogata per il periodo di sospensione concretamente concesso. Le rate che ricadono nel periodo di sospensione sono ricollocate all'ultima parte del piano di ammortamento. Al termine del periodo di ammissione, prosegue la norma, *il pagamento delle rate riprende secondo gli importi e con la periodicità originariamente previsti dal contratto*, salvo successiva negoziazione tra le parti.

Le norme menzionate e la logica solidaristica del Fondo porterebbero a concludere che l'ammissione al Fondo sia del tutto gratuita per il mutuatario e che gli oneri a carico del Fondo stesso siano proprio gli interessi maturati nel periodo di sospensione. La riforma del comma 478 non sembra alterare tali logiche¹⁴.

Dunque, il nuovo comma 478 appare modificato solo nella misura, non nelle sue logiche fondamentali: durante il periodo di sospensione, il Fondo rimane il soggetto istituzionalmente gravato degli interessi di sospensione nella misura determinata dalla legge e il mutuatario dovrà corrispondere la sola quota di interessi che, con la sospensione, ha seguito le rate nel piano di ammortamento.

6. In sede di conversione, la L. 27/2020 ha introdotto nel D.L. 18/2020 l'art. 54-ter. La norma dispone che, per sei mesi a partire dal 30 aprile 2020, in tutto il territorio nazionale sia sospesa ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore. La norma richiama espressamente l'art. 555 c.p.c., che disciplina la forma del pignoramento.

7. La nozione di *prima casa* contenuta nella rubrica dell'articolo coincide con il concetto di "abitazione principale del debitore", utilizzato dal testo della norma. La relazione illustrativa al disegno di legge di conversione¹⁵ afferma che *per abitazione principale si*

¹³ Come nel caso della nuova lett. *c-bis*) introdotta all'art. 2, comma 479, la riforma della disciplina legislativa del comma 478 è – prevedibilmente – destinata a rimanere in vigore anche dopo l'esaurimento della pandemia.

¹⁴ Sulla gratuità per il mutuatario, anche quale espressione della logica solidaristica del Fondo "Gasparrini", si è già espresso l'Arbitro Bancario e Finanziario, Coll. di Coordinamento, decisione n. 4136/2015. Nel caso di specie, la controversia riguardava l'addebito della maggiorazione (c.d. *spread*) al mutuatario che, nella vecchia formulazione del comma 478, non era coperta dal Fondo nel periodo di sospensione.

¹⁵ Disponibile presso il sito web https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D20018d_vol_I.Pdf

intende quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente e richiama l'art. 10, comma 3-bis, TUIR.

Peraltro, alcuni commentatori ritengono che questo riferimento non sia corretto e che la nozione di *prima casa* (*recte, abitazione principale*) si riferisca all'immobile in cui il debitore abbia fissato la residenza ai sensi dell'art. 43 c.c.¹⁶. La formulazione della norma, in effetti, alimenta il dubbio. Tuttavia, non sembra corretto leggere rigidamente la nozione di *prima casa* o di *abitazione principale* richiamandosi a definizioni che la legge prevede per altri fini.

Al contrario, va data ampia lettura alla nozione di *prima casa* o di *abitazione principale del debitore* utilizzata dall'art. 54-ter che sembra avere lo stesso carattere sostanziale della nozione di *immobile abitato dal debitore e dai suoi familiari* di cui all'art. 560, comma 8, c.p.c. Dunque, appare più corretto interpretare la norma nel senso che questa richieda al giudice dell'esecuzione il medesimo accertamento richiestogli dall'art. 560, comma 8, c.p.c.

8. Sotto il profilo processuale, si rendono necessari alcuni rilievi.

In primo luogo, la nuova norma non impedisce la notificazione del pignoramento al debitore. Ciò perché la notificazione del pignoramento è proprio il momento in cui si propone l'azione esecutiva. Dalla notificazione, inoltre, discendono rilevanti effetti sostanziali, quali l'inefficacia degli atti di disposizione e di atti istitutivi di vincoli sui beni di cui agli artt. 2914 e 2915 c.c. In sostanza, non sembra concepibile che la norma possa essere estesa sino a impedire, nei fatti, l'instaurazione del rapporto processuale tra le parti.

In più, ai sensi dell'art. 54-ter, il beneficio della sospensione ha natura automatica e non è condizionato espressamente all'istanza delle parti; di conseguenza, il giudice potrà rilevarla anche d'ufficio. Da un punto di vista pratico, sembra improbabile che il giudice dell'esecuzione possa autonomamente ritenere che l'immobile rientri nell'ambito di applicazione della sospensione. Di fatto, l'istanza di parte rimane necessaria, soprattutto quando la procedura esecutiva sia alle sue prime fasi. Inoltre, considerato l'automatismo con cui si applica la sospensione, il provvedimento con cui il giudice la dispone non potrà che avere efficacia dichiarativa¹⁷.

9. Prima della pronuncia del decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.*, *il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato* quando è adibito ad abitazione del debitore e di suoi familiari¹⁸. Inoltre, la sospensione rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 623 c.p.c.: in caso di sospensione dell'esecuzione (in questo caso, legale), è

¹⁶ LEUZZI e ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*. ilCaso.it, 1 maggio 2020. Disponibile presso il sito web https://blog.ilcaso.it/news_932.

¹⁷ In tal senso: LEUZZI e ROSSI, Op. cit.

¹⁸ Art. 560, comma 8, c.p.c.

l'intero procedimento ad esserne investito. Ciò significa che l'ufficiale giudiziario, anche in presenza del decreto di trasferimento, non può darvi attuazione e procedere l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso del bene.

10. Nei fatti, la norma è diretta a impedire che si svolgano le fasi dell'esecuzione forzata strumentali alla liberazione della “prima casa” oggetto di esproprio. La sospensione ex art. 54-ter è stata introdotta *al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* e, quindi, al fine di evitare l'insorgenza di una emergenza abitativa in conseguenza degli impatti economici della pandemia. Rientrano nella sospensione anche le procedure di esecuzione forzata contro il terzo proprietario ex art. 602 c.p.c. quando l'immobile ne costituisca l'abitazione principale¹⁹.

Inoltre, la *ratio* dell'art. 54-ter induce a considerazioni opposte quando la procedura di esecuzione sia arrivata alla fase della divisione del ricavato della vendita. Le esecuzioni che si trovino in questa fase devono essere completate poiché ciò è nell'interesse del debitore espropriato, cui è destinato l'eventuale residuo della vendita.

11. Con l'art. 56 del D.L. 18/2020, il legislatore ha introdotto specifiche misure “di liquidità” per sostenere le attività imprenditoriali in seguito alla pandemia. Siffatte misure sospendono temporaneamente l'obbligo di pagamento dei mutui e degli altri debiti contratti da piccole imprese con banche e altri intermediari finanziari. La norma ha alcuni elementi strutturali analoghi all'art. 54.

Per beneficiare della sospensione, le imprese: (i) devono inviare un'apposita comunicazione all'intermediario; e (ii) non devono avere esposizioni classificate come deteriorate alla data del 17 marzo 2020.

Anche per l'accesso ai benefici sospensivi dell'art. 56 l'impresa, nella comunicazione con cui richiede la sospensione, deve solo autocertificare di aver subito una temporanea carenza di liquidità in conseguenza della pandemia.

Gli interventi di cui all'art. 56 sono affiancati dall'ulteriore intervento sul Fondo di garanzia delle P.M.I. di cui all'art. 13 D.L. 23/2020 e una lettura coordinata di questi interventi permette di comprenderne la *ratio*: sostanzialmente, il legislatore si propone di evitare che l'impresa finanziata si trovi illiquida alla ripresa delle attività, così da non poter riprendere (agevolmente) la produzione.

Come si vedrà, crisi epidemiologica e costo della ripresa delle attività produttive hanno innalzato il rischio d'insolvenza sopportato dal finanziatore²⁰; ciò ha indotto il legislatore a introdurre un meccanismo di garanzia parziale dei crediti sospesi.

¹⁹ FEDE e DI NAPOLI, Note a prima lettura sull'art. 54-ter L. 27/2020: sospensione delle procedure esecutive sulla abitazione principale. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, 10 maggio 2020.

²⁰ Ne è dimostrazione l'obbligo di adottare specifici protocolli di sicurezza, per natura capaci di incidere sulle capacità organizzative e produttive dell'impresa e, comunque, sui costi di produzione.

Tuttavia, contrariamente all'art. 54 e alla logica di base del Fondo "Gasparrini", alcune caratteristiche della sospensione *ex art.* 56 portano a qualificare l'intervento del legislatore più come un mezzo di politica economica che come un intervento solidaristico: ne sono esempi, infatti, tanto l'assenza di un meccanismo di calcolo degli interessi nel periodo di sospensione quanto la mancata individuazione di un soggetto che se ne faccia istituzionalmente carico.

12. Le misure "di liquidità" consistono nella sospensione del pagamento di debiti di imprese derivanti da: (i) aperture di credito a revoca e prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti esistenti al 29 febbraio 2020 o al 17 marzo 2020; (ii) prestiti non rateali con scadenza contrattuale prima del 30 settembre 2020; e (iii) mutui, leasing e altri finanziamenti a rimborso rateale con rate in scadenza prima del 30 settembre 2020. La sospensione ha l'effetto di prorogare le scadenze dei rapporti elencati sub (i) e sub (ii) al 30 settembre 2020 e, nel caso dei rapporti sub (iii), di prolungare il piano di ammortamento per il periodo compreso tra la comunicazione e il 30 settembre 2020²¹.

Nel caso dei finanziamenti rateali sub (iii), analogamente a quanto previsto per il Fondo "Gasparrini", il piano di ammortamento delle rate o dei canoni è sospeso senza alcuna formalità. Le imprese, inoltre, hanno facoltà di chiedere la sospensione del rimborso della sola quota di capitale delle rate.

In più, la sospensione dei finanziamenti è concessa anche nel caso in cui l'intermediario abbia ricevuto da terzi la provvista per l'erogazione del credito: in questo caso la norma prevede che la sospensione avvenga a prescindere del consenso dei *terzi* fornitori della provvista²².

Con successiva richiesta dell'intermediario finanziatore, i rapporti "sospesi" sono ammessi, senza necessità di valutazione nel merito, alla garanzia della sezione speciale del fondo costituito presso Mediocredito Centrale S.p.A.²³.

²¹ Le FAQ pubblicate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze chiariscono che anche le rate con scadenza originaria 30 settembre 2020 rientrano nella sospensione, con l'effetto che la decorrenza dei piani di ammortamento riprenderà nel mese di ottobre 2020. Per gli ulteriori chiarimenti operativi, si rinvia alla pagina web del Ministero: <http://www.mef.gov.it/covid-19/faq.html>.

²² Inoltre, in caso di finanziamenti agevolati, l'art. 56 prevede che la sospensione può essere concessa solo previa comunicazione all'ente erogante e può essere attuata 15 giorni dopo questo specifico adempimento.

²³ L'intermediario, all'atto della richiesta dovrà quantificare l'importo massimo garantito dalla sezione speciale del Fondo. La sezione speciale garantisce: (i) il 33 per cento dei maggiori utilizzi delle aperture di credito a revoca e dei prestiti accordati a fronte degli anticipi su crediti rispetto all'importo utilizzato sino al 17 marzo 2020, alla data del 30 settembre 2020; (ii) il 33 per cento dell'importo dei mutui non rateali; (iii) il 33 per cento delle singole rate dei mutui, dei leasing e degli altri finanziamenti a rimborso rateale. Il comma 7 dell'art. 56 stabilisce che la garanzia della sezione speciale Fondo *ha natura sussidiaria ed è concessa a titolo gratuito*, copre i pagamenti contrattualmente previsti per interessi e capitale dei maggiori utilizzi delle linee di credito, dei prestiti, delle rate o dei canoni di leasing sospesi e degli altri finanziamenti prorogati.

L'escussione della garanzia consta di due fasi: la richiesta al Fondo di un parziale anticipo degli importi ammessi in costanza di esecuzione contro l'impresa finanziata; la corresponsione dell'importo residuo dopo la conclusione dell'esecuzione²⁴. È da notare come alla semplicità dell'ammissione alla garanzia non corrisponda per l'intermediario altrettanta semplicità di accesso alla garanzia. In ogni caso, il finanziatore deve pur sempre procedere al recupero del credito, anche se il legislatore introduce una sorta di temperamento prevedendo un parziale anticipo delle somme da parte del Fondo.

13. Come si è detto, la norma impone espressamente che la dilazione dei finanziamenti “sospesi” avvenga con modalità che *assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri a carico di entrambe le parti*; tuttavia, manca una specifica disciplina degli interessi che maturano nel periodo della sospensione. La norma, in effetti, appare di difficile interpretazione, contraddittoria e “salomonica”: da un lato suggerisce un'apparente gratuità “bilaterale” della sospensione, e dall'altro porta a concludere che i nuovi o maggiori oneri sorti durante la sospensione debbano essere sopportati (*recte*, condivisi) da entrambe le parti²⁵.

14. Il Ministero dell'Economia, nei *chiarimenti* sull'art. 56 pubblicati successivamente all'emanazione del D.L. 18/2020 afferma che, durante il periodo di sospensione, gli interessi sono calcolati sulla quota capitale residua e in base al tasso stabilito dal contratto e dovranno essere ripartiti nel piano di ammortamento che risulterà al cessare della sospensione.

Al proposito, è utile ricordare l'orientamento dell'ABF in tema di interessi di sospensione. Il Collegio di Roma, con la decisione n. 3257/2013²⁶, ha stabilito che in caso di sospensione di mutui, gli interessi su somme non riscosse, pur se non ancora esigibili,

²⁴ L'escussione della garanzia può essere richiesta dagli intermediari se siano avviate, nei diciotto mesi successivi al 30 settembre 2020 (termine delle misure di sostegno), le procedure esecutive per: (i) l'inadempimento totale o parziale delle aperture di credito e le anticipazioni a fronte di cessioni di credito *pro solvendo*; (ii) il mancato pagamento, anche parziale, delle somme dovute per capitale e interessi relative ai mutui “istantanei”; e (iii) l'inadempimento di una o più rate dei mutui o dei canoni di leasing. Gli intermediari inviano al Fondo di garanzia per le PMI la richiesta di escussione corredata da una stima della perdita finale a carico del Fondo. Per i mutui rateali o i canoni di leasing, la garanzia è escussa nei limiti dell'importo delle rate o dei canoni di leasing sospesi fino al 30 settembre 2020. Ritenuta la legittimità della richiesta, il Fondo di garanzia provvede a liquidare alla banca un anticipo pari al 50% del minor importo tra la quota massima garantita dalla Sezione speciale e il 33 per cento della perdita finale stimata entro 90 giorni. L'intermediario, infine, può richiedere la liquidazione del residuo importo a titolo di escussione della garanzia entro i 180 giorni successivi all'esaurimento delle procedure esecutive avviate in precedenza. In seguito alla ricezione della richiesta, il Fondo provvede entro trenta giorni alla corresponsione dell'importo spettante ai beneficiari.

²⁵ Nello specifico, la relazione illustrativa al D.L. 18/2020 parla di neutralità della misura sospensiva *da un punto di vista attuariale*. Le FAQ pubblicate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze confermano tale aspetto e stabiliscono che nel periodo di sospensione gli interessi continuano a decorrere secondo il tasso contrattuale.

²⁶ Nello specifico, la controversia riguardava la sospensione dei mutui disposta nel 2009 per la zona dell'Aquila in seguito al noto sisma.

per principio generale [...] sono dovuti [...]; tuttavia, si può, in proposito, osservare, che la sospensione del pagamento delle rate relative al periodo indicato dalla legge non comporta, ovviamente, la loro rinuncia da parte della banca, bensì la loro posposizione, a fronte della quale gli interessi costituiscono il compenso dovuto alla banca. [...] non può pertanto essere contestato il diritto della banca a percepire detti interessi, sia che la sospensione sia stata disposta dalla legge, sia che essa sia frutto di volontaria adesione delle banche. L'Arbitro ha anche precisato che gli interessi prodotti durante la sospensione devono essere sempre calcolati sulla sola quota di capitale del debito residuo.

Diversamente dai mutui previsti dall'art. 54, dunque, i finanziamenti rateali interessati dalla sospensione di cui all'art. 56 producono pienamente interessi nel periodo di sospensione; interessi che rimangono a carico del soggetto finanziato e che, di conseguenza, dovranno essere ridistribuiti nel piano di ammortamento. Appare, allora, più chiaro come la sospensione prevista dall'art. 56 non sia del tutto gratuita e non *condivida* la natura solidaristica dell'art. 54, quanto meno non nella stessa misura.

15. A distanza di alcuni mesi dall'approvazione delle misure sospensive, appare utile analizzarne alcuni aspetti pratici²⁷.

In primo luogo, sembra che gli intermediari abbiano avuto difficoltà nell'attuare la sospensione di mutui *ex art.* 54 a causa di disfunzioni dei sistemi informativi.

Per ovviare al problema, la L. 40/2020, di conversione del D.L. 23/2020, ha introdotto una nuova norma (il comma 2-*bis* dell'art. 12) che prevede che l'ammissione al Fondo "Gasparrini" si basi, fino al 31 dicembre 2020, su un meccanismo di silenzio-assenso: la domanda di ammissione al Fondo è accolta se la CONSAP non comunica all'intermediario l'esito (positivo o negativo) dell'istruttoria entro i 20 giorni *successivi il ricevimento della domanda di ammissione*²⁸. La norma ha, in realtà, risolto solo una parte del problema: la principale difficoltà incontrata dagli intermediari pare sia proprio quella di inserire la domanda nei sistemi informativi in uso. L'intervento, insomma, permette di organizzare la gestione delle domande, ma non basta, probabilmente, a superare tutti i problemi.

Piuttosto, la sospensione *ex art.* 56 appare più efficiente: la misura non prevede un soggetto che *ammetta* i richiedenti e che, quindi, si interponga tra intermediario e clienti.

²⁷ Allo stato risulterebbero inviate circa 130.000 domande di ammissione al Fondo "Gasparrini", di cui solo il 50% circa è stato accolto. Nel caso delle sospensioni dei finanziamenti di piccole imprese *ex art.* 56, sembrano siano state inviate oltre 900.000 domande, di cui oltre il 70% risulta accolto.

²⁸ Inoltre, dal momento in cui il cliente presenta all'intermediario la domanda di ammissione al Fondo, il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 12 impone alla banca di sospendere il pagamento della rata del mutuo con data di scadenza successiva a quella della presentazione della domanda in pendenza di istruttoria. La sospensione "intermedia" della rata successiva all'inizio dell'istruttoria viene meno in caso di comunicazione di esito negativo da parte della CONSAP. In tal caso il piano di ammortamento non varia, in quanto la norma prevede che il piano riprende il proprio corso dalla rata sospesa *alla data di presentazione della domanda di ammissione*.

Si può, dunque, ritenere che eventuali problemi operativi dipendano essenzialmente dal carico di lavoro dell'intermediario²⁹.

16. Ai sensi del nuovo (e, ormai, unico) comma 6-*bis* all'art. 3, D.L. 6/2020, “*il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

La norma non chiarisce con precisione quali siano le “*misure di contenimento*”³⁰, né la condotta del debitore che ne sia “rispettosa”. Va data ampia lettura a tali espressioni e occorre accertare in concreto se *le misure di contenimento* costituiscano o meno un impedimento superiore allo sforzo diligente dovuto dal debitore. Bisogna comunque accertare se il debitore abbia predisposto misure di prevenzione adeguate in base alla comune esperienza, alla diligenza professionale o al tipo di prestazione.

Il debitore, quindi, non solo dovrà provare il rispetto delle misure di contenimento, ma anche la connessione di queste con il ritardato od omesso adempimento: egli, dunque, è pur sempre tenuto a provare di aver fatto tutto il possibile per conservare le ragioni creditorie.

17. La norma non chiarisce chi debba valutare il “rispetto delle misure di contenimento”. Si potrebbe, invero, pensare che anche al creditore sia richiesto di effettuare siffatte valutazioni e, quindi, applicare, se del caso, l'art. 3, comma 6-*bis*. Tuttavia, l'art. 3, comma 6-*bis*, non introduce una forma di “rinegoziazione obbligatoria”, non impone all'intermediario di “rinegoziare”. In sostanza, se è vero, come è stato scritto, che la rinegoziazione appare la *strada maestra*, non si può inferire dalla norma un'*obbligazione professionale* dell'intermediario³¹.

18. Un ulteriore problema è posto dall'autonomo richiamo dell'art. 3, comma 6-*bis*, all'art. 1223 c.c.

²⁹ Problemi che, peraltro, sembrano risolti dalla riorganizzazione interna attuata dagli intermediari per adeguarsi al carico di lavoro.

³⁰ Ciò è dovuto all'abrogazione, con il D.L. 19/2020, delle norme del D.L. 6/2020. Il decreto n. 6, infatti, disciplinava l'adozione delle misure, i poteri delle autorità sanitarie e del Governo durante l'emergenza sanitaria.

³¹ Sull'ipotesi di un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti e, in particolare, del creditore insoddisfatto si pronunciano BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020. Gli autori ritengono che un tale obbligo possa ritenersi fondato sul generale obbligo di buona fede a carico delle parti. Sullo stesso tema si esprime, in termini diversi, anche RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea “grezza”*, in www.dirittobancario.it, 23 aprile 2020. L'autrice ritiene la rinegoziazione dell'accordo come la *strada maestra* per salvaguardare il rapporto contrattuale; tuttavia, l'autrice afferma anche che un obbligo di rinegoziazione secondo buona fede non sia facilmente concepibile.

Siffatta autonomia potrebbe portare il giudice a considerare il danno subito dal creditore non quale *conseguenza immediata e diretta* dell'inadempimento del debitore, ma come derivante (in tutto o in parte) dalle contingenze sanitarie. A tal proposito, alcuni commentatori descrivono l'art. 3, comma 6-*bis*, come una causa di esonero o di *attenuazione*³² della responsabilità da inadempimento. In ogni caso, è ragionevole ipotizzare che nel prossimo futuro possano svilupparsi interpretazioni della norma che riconducano la quantificazione del lucro cessante alle "circostanze commerciali" al momento dell'inadempimento e, quindi, alla concreta possibilità per il creditore di realizzare un guadagno durante l'epidemia.

19. Una prima (e circoscritta) applicazione dell'art. "91 D.L. 18/2020"³³ si è già avuta nel foro di Napoli³⁴. Nell'ambito di due procedure in materia di piani del consumatore, i giudici partenopei hanno concesso il differimento dei termini di adempimento in considerazione della situazione lavorativa dei debitori, mutata a causa dell'emergenza sanitaria che, nei fatti, ha fatto venir meno la valutazione di fattibilità su cui i piani erano originariamente basati³⁵.

Inter alia, i giudici fondano la decisione sull'art. 3, comma 6-*bis*, ritenendo che la norma, *sia pure riferit[a] a vicende contrattuali e non a vicende processuali in senso ampio come il piano del consumatore [...]*, sia un criterio di carattere generale per la interpretazione delle conseguenze dell'attuazione delle misure di contenimento del Coronavirus [...].

20. L'art. 4 del D.L. 23/2020 semplifica la sottoscrizione dei contratti e le comunicazioni tra istituti e clienti al dettaglio, in deroga al regime ordinario di sottoscrizione dei contratti bancari. Il nuovo si applica, peraltro, solo tra la data del 9 aprile 2020 e il termine dello stato di emergenza che, salvo nuovi mutamenti, rimane fissato al 31 luglio 2020.

I contratti conclusi nel periodo di vigenza della norma soddisfano il requisito della forma scritta *anche se* il cliente esprime il consenso mediante messaggio di *posta elettronica non certificata* o *altro strumento idoneo* e hanno l'efficacia di documenti informatici ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, D.Lgs. 82/2005 (il Codice dell'Amministrazione Digitale). L'applicazione del regime dell'art. 4 non pregiudica le norme in materia di conclusione dei contratti *con mezzi informativi o telematici*.

L'art. 4 condiziona la validità e l'efficacia della comunicazione (e, quindi, del consenso) del cliente; la comunicazione deve essere: (i) accompagnata dalla copia di un documento

³² In tal senso: DI CECCO, Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate e adottabili per il contrasto alla crisi economica "da pandemia", in www.dirittobancario.it, 3 maggio 2020.

³³ Nelle pronunce, i giudici fanno riferimento alla norma del D.L. 18/2020 che ha introdotto il comma 6-*bis* nell'art. 3, D.L. 6/2020.

³⁴ Il primo provvedimento in assoluto è il decreto di omologa del 3 aprile 2020, riprodotto in maniera sostanzialmente analoga anche dal decreto del 27 aprile 2020.

³⁵ Nel caso del decreto del 3 aprile 2020 il debitore sovraindebitato era stato collocato in cassa integrazione secondo le disposizioni emergenziali del D.L. 18/2020; nel caso del decreto del 27 aprile 2020 una delle componenti del nucleo familiare aveva subito il licenziamento nel periodo dell'emergenza.

di riconoscimento in corso di validità; (ii) riferita a un contratto identificabile in modo certo; e (iii) conservata dall'intermediario *insieme al contratto medesimo* con modalità che ne garantiscano la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità.

Quanto all'intermediario, la norma prevede che l'obbligo di consegna della copia del contratto sia - provvisoriamente - soddisfatto mettendo disposizione del cliente il *testo* del contratto tramite *supporto durevole*, mentre la consegna della copia cartacea dovrà comunque essere eseguita *alla prima occasione utile* successiva al termine dell'emergenza.

21. L'intervento del legislatore non è di agevole interpretazione. Il richiamo alla disciplina del documento informatico di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, Codice dell'Amministrazione Digitale causa forti incertezze. La norma regola il documento informatico che, rispettando determinati requisiti³⁶, avrà l'efficacia tipica della scrittura privata (e, dunque, farà piena prova per la provenienza delle dichiarazioni che contiene). Può dirsi che l'art. 4 del D.L. 23/2020 abbia introdotto una deroga *anche* all'art. 20, comma 1-*bis*, del Codice: i requisiti del documento informatico con piena efficacia probatoria sono sostituiti dalle tre *condizioni* di validità della comunicazione del cliente previste dall'art. 4 del D.L. 23/2020. Permangono, peraltro, delle perplessità.

In primo luogo, la norma sembra imporre all'intermediario maggiori cautele: le comunicazioni "semplificate" sono caratterizzate da più alti rischi rispetto alle modalità ordinarie. Si pensi al caso della casella *e-mail* del cliente "infettata" da un terzo: la comunicazione ricevuta dalla posta elettronica "ordinaria" potrebbe non provenire realmente dal cliente o, in alternativa, quella ricevuta dall'intermediario potrebbe non corrispondere a quella effettivamente inviata dal cliente. Il regime semplificato, di fatto, comporta maggiori rischi per entrambe le parti: l'intermediario dovrà svolgere una verifica della clientela ancora più rigorosa, mentre il regime di semplificazione non offre al cliente un'agevole prova per dimostrare che la comunicazione del consenso, giunta dal proprio indirizzo di posta elettronica, non sia "genuina".

Il regime semplificato sembra temperare l'orientamento della Corte di Cassazione sui contratti c.d. "monofirma"³⁷. L'art. 4 del D.L. 23/2020 impone, infatti, che la comunicazione del cliente sia *conservata* dall'intermediario (insieme al contratto) *con modalità tali che ne garantiscano la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità* e, di fatto, richiede che il contratto sia firmato (digitalmente) dal funzionario incaricato, ma con il fine di garantire la genuinità del documento: quindi, un tale obbligo sorgerebbe solo per necessità "tecnica".

³⁶ Il documento informatico con l'efficacia probatoria tipica della scrittura privata deve essere: (i) firmato digitalmente; (ii) riconducibile all'autore; ovvero (iii) formato con modalità che ne garantiscano l'immodificabilità, la sicurezza e la riconducibilità; in tutti i casi in cui non siano rispettati questi requisiti, l'efficacia probatoria del documento rimessa al libero apprezzamento del giudice

³⁷ Cass., SS.UU., sent. 898/2018

Al contempo, lo *sdoppiamento* dell'obbligo di consegna della copia al cliente pone alcuni interrogativi. Infatti, la prima delle due consegne riguarda il *testo* del contratto e avviene mediante *supporto durevole*³⁸. Un messaggio di posta elettronica, ad esempio, è considerato supporto durevole poiché permette al cliente di *accedere e riprodurre in maniera identica* le informazioni che gli sono indirizzate. Dunque, è possibile ricorrere allo stesso mezzo di comunicazione dei clienti.

Tuttavia, il *testo* consegnato al cliente non beneficia della deroga al regime ordinario del documento informatico; di conseguenza, l'intermediario dovrebbe apporre sul documento una firma digitale, così da rispettare i requisiti del *supporto durevole* e assicurare la piena efficacia probatoria del documento. Di contro, il *testo* che giunga al cliente sprovvisto della firma digitale sarebbe necessariamente lasciato al libero apprezzamento del giudice.

22. Sul modello dell'art. 4, D.L. 23/2020, il c.d. "Decreto Rilancio" (D.L. 34/2020) ha introdotto un - quasi - identico regime di sottoscrizione per i contratti quadro per: (i) la prestazione di servizi e attività di investimento; (ii) la sottoscrizione di strumenti finanziari; (iii) la sottoscrizione di quote o azioni di OICR; e (iv) per la conclusione di contratti di assicurazione.

La comunicazione del consenso inviata dal cliente è sottoposta a condizioni identiche a quelle imposte dall'art. 4 del D.L. 23/2020. Tuttavia, l'art. 33 del D.L. 34/2020 non coincide totalmente con l'art. 4 del D.L. 23/2020: sotto il profilo soggettivo, l'art. 33 non limita il regime semplificato ai contratti conclusi con la clientela al dettaglio, poiché la norma indica genericamente *il cliente*. La relazione illustrativa al decreto precisa che la norma è pensata *principalmente* (non, dunque, esclusivamente) per la clientela al dettaglio. Conseguentemente, il regime semplificato dell'art. 33 si estenderà anche alla clientela professionale. Inoltre, gli obblighi di consegna ("immediata" e "ritardata") si arricchiscono della *documentazione informativa obbligatoria*.

23. Infine, l'art. 4 del D.L. 23/2020 e l'art. 33 del D.L. 34/2020 prevedono che le medesime modalità e condizioni per la comunicazione del consenso siano applicabili per la comunicazione del recesso. La norma non pare estendere in maniera generalizzata il recesso "semplificato" a tutti i contratti che siano in vigore *durante la pandemia*, ma lo limita ai contratti che siano stati sottoscritti con modalità semplificate. La norma stabilisce, infatti, che il recesso potrà essere esercitato con le stesse modalità con cui è stato espresso il consenso; nei fatti, la comunicazione semplificata del recesso è possibile

³⁸ Definito dall'art. 2, par. 1, n. 10, Direttiva 2011/83/UE come *ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate*. La definizione è riprodotta, poi, dal TUB in materia di credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquies*) e di credito al consumo (art. 121).

per i soli contratti conclusi tra il 9 aprile e il 31 luglio 2020³⁹; il che fa dubitare dell'utilità della norma.

³⁹ Nel caso dei contratti contemplati dall'art. 33. D.L. 34/2020, il recesso *semplificato* è applicabile ai contratti conclusi tra il 19 maggio e il 31 luglio 2020.