

Con finanziamenti garantiti incauti si rischia l'accusa di bancarotta preferenziale

# Banche e imprese in allerta

## Se si fallisce, il credito privilegiato fa scattare il reato

Pagina a cura  
DI STEFANO LOCONTE  
E GIULIA MARIA MENTASTI

I finanziamenti Covid-19 garantiti, previsti dal «decreto Liquidità», espongono imprese e istituti di credito al rischio penale: laddove si finanzia un'impresa, pur quando gli indicatori di solvibilità e lo stato più o meno evidente di crisi suggerirebbero di non concedere nuovo credito il quale rimanderebbe, ma non eviterebbe, il default, che poi effettivamente si verifica, la banca e gli organi dell'impresa rischiano l'accusa di bancarotta.

Poiché si tratta di crediti che godono di copertura statale, in caso di inadempimento del debitore, la garanzia potrà essere escussa dall'istituto di credito surrogando lo Stato nella posizione, ma le imprese beneficiarie, e le banche stesse, avendo accesso finanziamenti privilegiati da soddisfarsi prioritariamente rispetto al pagamento degli altri debiti (di regola chirografari), all'intervento della dichiarazione di fallimento corrono il pericolo di trovarsi a rispondere del reato di bancarotta preferenziale ex art. 216 legge fallimentare per aver leso la c.d. par condicio creditorum.

Ancora, resta in ogni caso lo spauracchio della bancarotta semplice, configurabile laddove vi siano state «operazioni di grave imprudenza» o per «ritardata richiesta di fallimento», sino ad arrivare all'ipotesi di bancarotta fraudolenta «da operazioni dolose».

**Bancarotta preferenziale.** Con particolare riferimento al reato di bancarotta preferenziale l'art. 216, comma 3 legge fall., punisce con la reclusione da uno a cinque anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. La norma contempla pertanto due differenti modalità di condotta che rilevano alternativamente: un pagamento preferenziale; e la simulazione di titoli di prelazione.

Per quanto ora interessa, non passa inosservato quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto sussistente la bancarotta preferenziale, e la responsabilità concorsuale dell'istituto di credito, nel caso di una banca che dopo la concessione di un mutuo non coperto da garanzie a imprenditore successivamente divenuto insolvente, determini la trasformazione del credito già chirografario in credito privilegiato

Crediti garantiti e rischio penale	
<b>Il reato di bancarotta preferenziale</b>	Art. 216 comma 3 legge fall., che «punisce con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione»
<b>Il concorso dell'istituto di credito nel reato</b>	La giurisprudenza di legittimità (Cass. pen. sez. V, 02/03/2004, n. 16688) ha ritenuto sussistente la bancarotta preferenziale, e la responsabilità concorsuale dell'istituto di credito, nel caso di una banca che: <ul style="list-style-type: none"> <li>• dopo la concessione di un mutuo non coperto da garanzie a imprenditore successivamente divenuto insolvente,</li> <li>• determini la trasformazione del credito già chirografario in credito privilegiato mediante concessione di mutuo fondiario, assistito da garanzia ipotecaria,</li> <li>• destinato a ripianare l'esposizione debitoria del conto corrente non assistito da garanzie venendosi in tal modo ad alterare la <i>par condicio creditorum</i></li> </ul>
<b>La natura privilegiata del credito garantito</b>	Secondo la Cassazione <ul style="list-style-type: none"> <li>• posto che la garanzia statale comporta l'effetto che, in caso di inadempimento del soggetto finanziato, l'intermediario finanziario possa fruire della possibilità di escussione immediata del soggetto pubblico,</li> <li>• l'originario credito chirografario riconosciuto alla banca si «trasforma» in credito privilegiato a favore del Fondo di garanzia.</li> </ul> La Cass., sez. I, 29/01/2019, n. 2664, ha specificato che in caso di inadempimento del soggetto finanziato la diversità strutturale tra le concessioni di garanzia e le concessioni dirette di denaro non comporta ricadute applicative di particolare rilevanza dal momento che l'assunzione di un impegno diretto da parte del garante nei confronti del terzo viene a determinare una posizione di rischio omologa a quella della consegna diretta di una somma di denaro nelle mani del mutuuario
<b>Il reato di bancarotta semplice</b>	Art. 217 legge fall., secondo cui «È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: <ul style="list-style-type: none"> <li>[...] 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;</li> <li>4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa»</li> </ul>

mediante concessione di mutuo fondiario, assistito da garanzia ipotecaria, destinato a ripianare l'esposizione debitoria del conto corrente non assistito da garanzie venendosi in tal modo ad alterare la *par condicio creditorum* (Cass. pen., sez. V, 2/3/2004, n. 16688).

**La natura privilegiata del credito garantito.** Calando il suddetto ragionamento della Corte all'ipotesi dell'accesso, da parte di un'impresa in difficoltà, ai finanziamenti previsti dal decreto liquidità, la sussistenza della garanzia statale comporta l'effetto che, in caso di inadempimento del soggetto finanziato, l'intermediario finanziario ben potrebbe fruire della possibilità di escussione immediata del soggetto pubblico, così che l'originario credito chirografario riconosciuto alla banca sarà «trasformato» in credito assistito da cause di prelazione, a favore del Fondo di garanzia.

A sostegno della «trasformazione» del credito in privilegiato si è espressa proprio la giurisprudenza di legittimità. Infatti, seppur le sentenze di merito, facendo leva sul disposto di cui all'art.

2745 c.c. che dispone come il privilegio sia accordato alla legge in considerazione della causa del credito, negano la trasformazione e ritengono che, poiché chirografario era il credito della banca, tale rimane anche quello del Fondo di garanzia (cfr. tribunale di Milano, sentenza del 22/2/2018 e tribunale di Roma, sentenza del 2/3/2017), la Cassazione ha avallato il riconoscimento della natura privilegiata. In particolare, la Suprema corte (cfr. Cass., sez. I, 29/01/2019, n. 2664), proprio con riferimento alle concessioni di garanzia, ha specificato che la diversità strutturale tra queste e le concessioni dirette di denaro non comporta ricadute applicative di particolare rilevanza dal momento che l'assunzione di un impegno diretto da parte del garante nei confronti del terzo viene a determinare una posizione di rischio omologa a quella della consegna diretta di una somma di denaro nelle mani del mutuuario.

Stando a questa impostazione, pertanto, intervenuto il fallimento l'imprenditore potrebbe vedersi contestato il reato di bancarotta preferenziale per aver leso la *par condicio* tra i creditori,

ed eventualmente la banca potrebbe essere chiamata a rispondere in concorso del reato, soprattutto nel caso ancor più critico in cui l'erogazione garantita dal Fondo sia impiegata per rientrare da precedenti esposizioni, che magari non erano coperte da garanzie, nei confronti dello stesso istituto di credito.

**Bancarotta semplice.** Allo stesso modo, e senza considerare ipotesi più estreme connotate da frode, la concessione di finanziamenti correati della predetta garanzia pubblica a imprese i cui indicatori di solvibilità e condizioni di crisi farebbero propendere per una scelta differente, laddove poi la dichiarazione di fallimento effettivamente intervenga, potrebbe essere ritenuta integrativa di una delle ipotesi previste dall'art. 217 legge fall. e punite con la reclusione da 6 mesi a due anni a titolo di bancarotta semplice: specificamente, potrebbe essere inquadrata come un'operazione gravemente imprudente, sostenuta dal solo fine di posticipare il default, nonché, essendo si tradotta nell'astensione dal richiedere il fallimento,

come un aggravamento del dissesto, con relativo danno per i restanti creditori.

**Proposta di tutela penale.** Dinanzi alle suddette criticità, l'Abi, in audizione alla commissione parlamentare d'inchiesta sulle banche, lancia l'appello per cui alle banche servirebbe una tutela penale per quanto riguarda l'attività di erogazione di credito durante la crisi. Occorrerebbe, in altri termini, evitare che sulle banche e sugli esponenti venissero trasferiti rischi laddove le misure di sostegno offerte alle imprese in attuazione dei provvedimenti normativi non sortissero gli sperati effetti e le imprese cadessero in stato di insolvenza con possibili conseguenze rispetto alle procedure fallimentari. E nell'attesa di soluzioni che, dando certezza ai profili di responsabilità della banca, possano accelerare l'erogazione della liquidità, si assiste all'attenta valutazione della situazione di ciascuna impresa e della possibilità di considerare la difficoltà economico-finanziaria dell'impresa come transitoria.