

Concorso in bancarotta per la banca che stipula un mutuo con un cliente poi fallito

Il mutuo è stato usato per ripianare, nei confronti dello stesso istituto, esposizioni debitorie proprie e di un terzo

/ Stefano COMELLINI

Con l'ordinanza n. [31513](#) depositata ieri, la Cassazione ha riconosciuto fondata la richiesta risarcitoria avanzata dal curatore nei confronti della banca che aveva stipulato con un imprenditore, poi fallito, un mutuo ipotecario, da questi immediatamente usato per ripianare, nei confronti dello stesso istituto, esposizioni debitorie proprie e di un terzo. L'operazione aveva consentito la **parziale distrazione** di parte della somma mutuata con l'accredito al terzo ([art. 216](#) comma 1 n. 1 L. fall.) e la trasformazione del credito, vantato dalla banca verso l'impresa, da chirografario in privilegiato, così costituendosi la prima un titolo di prelazione in danno degli altri creditori, secondo lo schema della **bancarotta preferenziale** ([art. 216](#) comma 3 L. fall.).

Soccombente nei gradi di merito, ove si era ritenuta la carenza di prova circa la piena consapevolezza da parte della banca riguardo all'insolvenza dell'imprenditore, la curatela ha visto riconosciuta la propria domanda risarcitoria in sede di legittimità.

Sotto il primo profilo, la Cassazione ha richiamato la consolidata giurisprudenza penale secondo la quale l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è dato dal **dolo generico**, per la cui sussistenza non è necessaria – contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di merito – la conoscenza dello stato d'insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (Cass. n. [4710/2020](#)). Per il concorrente *extraneus* (nel caso di specie, il funzionario di banca), il dolo prescinde dalla specifica conoscenza del dissesto della società, essendo sufficiente la volontarietà del proprio apporto alla condotta dell'*intraneus*, con l'eguale consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale dei creditori (Cass. n. [9316/2021](#)). D'altro canto, per l'elemento materiale della bancarotta distrattiva è sufficiente il **distacco** del bene dal patrimonio dell'imprenditore – sebbene il reato venga a giuridica esistenza con la dichiarazione di fallimento – avendo il legislatore inteso colpire la manovra diretta alla sottrazione in danno dei creditori, quale, nel caso di specie, il giroconto a favore del terzo di parte della somma mutuata all'imprenditore fallito (Cass. n. [13820/2020](#)).

La Corte ha poi riconosciuto la responsabilità della banca nei confronti della curatela anche sotto l'ulteriore profilo del concorso nella **bancarotta preferenziale** ([art. 110](#) c.p. e [216](#) comma 3 L. fall.). In particolare, l'isti-

tuto, con la stipulazione del mutuo indotta dal suo funzionario, ha concorso all'eliminazione dell'esposizione a breve e alla trasformazione dei debiti del fallito da chirografari a garantiti da ipoteca. In tale ipotesi, per la Cassazione, il concetto di **simulazione** nell'indicata norma penalfallimentare non va inteso in senso civilistico, poiché la *ratio* della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzano la costituzione fittizia di un titolo preferenziale, sia quelle che trasformano un credito chirografario in credito assistito da cause di prelazione con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato d'insolvenza, poiché entrambe producono lo stesso risultato di alterazione della *par condicio creditorum* (Cass. n. [51861/2018](#)).

Si consideri poi che la bancarotta preferenziale richiede il **dolo specifico**, ossia che il soggetto agisca per favorire, a danno dei creditori, taluno di essi. Il pregiudizio degli altri creditori non è, peraltro, collegato alla finalità dell'agire, per cui non risponde al requisito soggettivo tale risultato, essendo sufficiente che il soggetto si rappresenti la possibilità di ledere i creditori non favoriti secondo i principi del dolo eventuale (Cass. n. [16983/2014](#)). D'altro canto, il dolo del soggetto *extraneus* nel reato proprio di bancarotta preferenziale dell'amministratore consiste nella **volontarietà** della propria condotta di sostegno a quella dell'*intraneus* con la consapevolezza che essa determina la preferenza nel soddisfacimento di uno dei creditori rispetto agli altri, non essendo invece richiesta la specifica conoscenza del dissesto.

Nel caso di specie la Cassazione ha ritenuto **non corretta** la prospettazione dei giudici di merito che avevano addotto la carenza di prova sulla piena consapevolezza del funzionario circa l'insolvenza del cliente. Ciò perché solo dopo aver accertato la responsabilità penale di questi sarebbe possibile ritenere, a sua volta, responsabile civilmente l'istituto di credito per il fatto illecito del dipendente ai sensi dell'[art. 2049](#) c.c. In aderenza all'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, la Corte ha però ritenuto non necessaria la specifica conoscenza del dissesto dell'imprenditore. Nel caso di specie, il dolo doveva quindi valutarsi tenendo conto proprio della **natura** della complessiva operazione posta in essere dall'imprenditore, poi fallito, con la banca, consapevole quest'ultima che l'operazione altro non era che un mero rifinanziamento ipotecario di precedenti debiti chirografari del cliente al solo fine di creare in suo favore un titolo preferenziale idoneo ad alterare la *par condicio creditorum*.