



Focus on

**LA CONCESSIONE DI UN  
FINANZIAMENTO IPOTECARIO  
PER ESTINGUERE PASSIVITÀ  
PREGRESSE  
PUÒ CONFIGURARE IL REATO  
DI BANCAROTTA?**

Maggio 2016

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com)  
[www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Ancona | Vicenza | Padova  
[redazione@lascalaw.com](mailto:redazione@lascalaw.com)



La fattispecie in esame è quella, nota, costituita dalla erogazione di un finanziamento, spesso fondiario o semplicemente ipotecario, con il quale una banca estingue pregresse passività chirografarie della stessa mutuataria.

Da un punto di vista civilistico è stato ormai chiarito che il contratto di mutuo non è mutuo di scopo.

In questo senso si veda Cassazione, Sez. IIII, sentenza n. 19282 del 12 settembre 2014, secondo la quale: *“(...) essendo il contratto di credito fondiario connotato dalla concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto, che è data dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di garanzia ipotecaria immobiliare, con restituzione della somma oltre il breve termine (nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa secondaria di settore); laddove, invece, nel mutuo di scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto”* (nello stesso senso: Cass. 20 aprile 2007, n. 9511; Cass. 11 gennaio 2001, n. 317).

Nello stesso senso: *“già nel vigore della norma di cui al Regio Decreto n. 646 del 1905, articolo 18, si é affermato che questa non postulasse affatto che, per la concessione e la validità di un contratto di mutuo fondiario, della somma erogata dall'istituto mutuante dovesse venir necessariamente pattuita la destinazione a scopo di miglioramento dei fondi sui quali era costituita l'ipoteca, con la conseguenza che, non essendo il contratto intercorso tra il proprietario del fondo e la banca legittimamente qualificabile in termini di “mutuo di scopo”, la mancata utilizzazione del finanziamento a scopo di miglioramento fondiario non autorizzava, di per sé, il giudice di merito, in assenza di ulteriori pattuizioni di tipo convenzionale idonee a modificare la natura del negozio, a dichiararne ipso facto la nullità ex articolo 1418 c.c. (così Cass. n. 317/01). L'affermazione va qui ribadita con riferimento alla disciplina prevista dall'articolo 38 del T.U.B. di cui al Decreto Legislativo n. 385 del 1993, nel senso che, come già affermato in altri precedenti, il mutuo fondiario non è mutuo di scopo, non risultando per la relativa validità previsto che la somma erogata*



*dall'istituto mutuante debba essere necessariamente destinata ad una specifica finalità che il mutuatario sia tenuto a perseguire, né l'istituto mutuante deve controllare l'utilizzazione che viene fatta della somma erogata, risultando piuttosto connotato dalla possibilità di prestazione da parte del proprietario di immobili, rustici o urbani, a garanzia ipotecaria (Cass. n. 9511/07 e Cass. n. 4792/12).*

Invero, in ambito concorsuale, il tema assume rilievi peculiari nell'ambito della revocatoria fallimentare. La Suprema Corte ha affrontato in diverse occasioni la questione della invalidità del contratto di mutuo fondiario stipulato al fine di estinguere precedenti passività verso la banca, non coperte da garanzia ipotecaria.

Recentemente si è sostenuto che, ai fini della revocatoria fallimentare di cui alla L. Fall., art. 67, comma 1, n. 3, qualora venga stipulato un mutuo con concessione di ipoteca al solo fine di garantire, attraverso l'acquisto di titoli dati poi in pegno al mutuante, una precedente esposizione dello stesso soggetto o di terzi, sarebbe configurabile fra i due negozi - mutuo ipotecario e costituzione di pegno - un collegamento funzionale e sarebbe altresì individuabile il motivo illecito perseguito, rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca per debiti preesistenti non scaduti (Cassazione civile, sentenza n. 1807 del 28 gennaio 2013; conf.: Cass. Cass. 17200/12; Cass. n. 15690 del 2011; Cass. 14757/2010; Cass. n. 20622/2007; Cass. 12/2004; Cass. n. 4069/2003; Cass. n. 9520/1997).

La sentenza n. 20622/2007, in particolare, ha stabilito che se l'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario da parte della Banca sia stata posta in essere allo scopo indiretto di trasformare il credito chirografario preesistente in credito privilegiato, ai fini del raggiungimento del mancato consolidamento dell'ipoteca fondiaria, è sufficiente che la curatela fallimentare agisca con il meccanismo revocatorio di cui all'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall. e non è necessario che chieda, o venga comunque dichiarata, la nullità del contratto di mutuo fondiario (Cass. n. 20622/2007).

Se questo è, in pochi cenni, lo scenario in ambito civilistico occorre ora esaminare, in sede penale, il disposto dell'art. 216 comma 3° L.F. che, testualmente, recita: "*E' punito con la*



*reclusione da uno a cinque anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione”.*

Scopo della norma è quello di garantire la c.d. *par condicio creditorum*, ossia l'uguale diritto dei creditori ad essere soddisfatti sui beni del debitore in osservanza del principio sancito dall'art. 2741 del codice civile, cui sono informate le procedure esecutive concorsuali.

Le condotte passibili di riconduzione nella fattispecie della bancarotta preferenziale sono: l'esecuzione di pagamenti e la simulazione di titoli di prelazione. Il pagamento presuppone l'attuale esistenza del credito e deve gravare sui beni del debitore aggredibili anche dagli altri creditori, minando, così, la loro parità di trattamento.

Per quanto concerne, invece, la simulazione di un titolo di prelazione, il ventaglio di condotte atte ad integrare detta ipotesi si amplifica.

Oltre alle cause legittime di prelazione ex art. 2741 cod. civ. quali il privilegio, il pegno e l'ipoteca, anche altri istituti (quali ad esempio la vendita con patto di riscatto o, per l'appunto, la stipulazione di un contratto di mutuo ipotecario) possono produrre un effetto preferenziale.

Nell'ipotesi *de qua* risulta necessario analizzare la condotta della “*simulazione di titoli di prelazione*”, poiché è un punto nodale della pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione V penale, n. 16688 del 2 marzo 2004, di seguito esaminata. Per comprendere pienamente la problematica in esame si devono rimarcare ruoli e qualità dei soggetti coinvolti: il funzionario dell'istituto di bancario creditore dell'imprenditore e l'imprenditore medesimo che versa in stato d'insolvenza. La sentenza testé menzionata è stata preceduta da altra del Supremo Collegio, sempre Sezione V penale, n. 2126 del 23 Febbraio 2000, la quale ha statuito che, in caso di concessione di mutuo da parte di un funzionario di banca, consapevole dello stato di decozione dell'imprenditore, con simultanea costituzione di ipoteca a garanzia, è integrata la fattispecie del reato di bancarotta preferenziale, *sub specie simulationis*, in concorso con l'imprenditore dichiarato fallito.



Ciò che assume rilevanza giuridica è l'estensione del concetto stesso di “*simulazione*”. La Corte ha stabilito che non può essere effettuato un pedissequo rinvio alla norma civilistica, poiché in sede di giustizia penale, la portata dello stesso è notevolmente più ampia: non ricomprende solo i casi classici di artificiosa rappresentanza di un titolo inesistente, “ma anche quelli in cui viene fraudolentemente costituito un (vero) titolo di prelazione in previsione del fallimento”. Nulla viene simulato o dissimulato, in quanto l'operazione finanziaria viene effettivamente realizzata, ma in condizioni e con finalità viziate e vizianti e, pertanto, da considerarsi illecite.

Tanto premesso è possibile esaminare più dettagliatamente la citata sentenza 1668 del 2004, intervenuta quale epilogo di un processo che ha visto i due precedenti gradi del giudizio con esiti diametralmente opposti.

Il fatto storico risulta essere il seguente: un funzionario di banca, consapevole dello stato di decozione di una società, concede al rappresentante legale di questa finanziamenti in forma di mutui, garantiti da contestuale ipoteca, e in parte finalizzati al ripianamento dei saldi negativi dei conti correnti intercorrenti tra la società e l'istituto di credito concedente il mutuo.

Di fronte all'evidenza della trasformazione del creditore da chirografario a privilegiato, fedele ai parametri giurisprudenziali sopra riportati, il Giudice di prime cure ha condannato gli imputati per concorso in bancarotta preferenziale.

In secondo grado la Corte d'Appello ha ribaltato la sentenza impugnata, motivando l'assoluzione degli imputati con la liceità ed effettività dell'operazione di finanziamento.

Adito il Supremo Collegio, questo ha destituito di fondatezza e legittimità la sentenza di secondo grado, optando per l'interpretazione del Tribunale.

La Corte di Cassazione ha individuato alcuni elementi determinanti: l'espressione “*simula*” non può essere interpretata in senso civilistico in virtù dell'autonomia del diritto penale, ma oltremodo perché non si parla di negozio simulato, bensì di un concetto atto a ricomprendere nel suo alveo qualunque condotta non solo suggestiva, ma, a maggior ragione, anche se attuata e reale; non può assolutamente considerarsi normale e lecita una operazione di finanziamento “*quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza e, ciononostante, concordi un finanziamento presso la banca sua creditrice secondo*



*modalità capaci di trasformare il credito da chirografario in privilegiato e, quindi, attributive di un titolo di prelazione in favore dell'ente mutuante”.*

Sulla scorta di quanto statuito dalle pronunce anteriori ed in presenza di elementi riconducibili ai parametri precedentemente fissati, la Corte Suprema non ha potuto esimersi dal rilevare un indebito privilegio per l'istituto di credito in prospettiva di riparto dell'attivo in sede fallimentare; conseguenza di ciò è una lesione del principio della *par condicio creditorum*, poiché, in caso di fallimento, i creditori chirografari sarebbero stati esposti ad un soddisfacimento delle proprie pretese percentualmente diminuito.

Alla luce di quanto dedotto, la conclusione indefettibile riposa nella possibilità di ascrivere il concorso di bancarotta preferenziale agli imputati: il rappresentante legale della società e il funzionario dell'istituto bancario.

Tutto ciò, naturalmente, sempre che sussistano altre due condizioni, l'una oggettiva e l'altra soggettiva. La prima è che l'ipotesi di reato venga profilata dalla curatela nella propria relazione ex art. 33 L.F. e portata, conseguentemente, all'attenzione della Procura della Repubblica competente, salvo che questa non abbia *aliunde* la possibilità di rilevarla autonomamente; la seconda è che sia provato il dolo specifico in capo al funzionario di banca: la sua consapevolezza dello stato di decozione della società successivamente fallita e la coscienza e volontà di favorire il credito della banca a scapito di tutti gli altri crediti. La prima condizione dipende, come intuibile, dalla volontà (ed anche capacità) del Curatore di evidenziare un siffatto caso e portarlo alla conoscenza del Pubblico Ministero, la seconda da provarsi, in fase di indagini prima e di giudizio poi, da parte della Pubblica Accusa.

**Luciana Cipolla**

*l.cipolla@lascalaw.com*

**Fabrizio Manganiello**

*f.manganiello@lascalaw.com*

