

FINANZIAMENTI GARANTITI EX D.L. 23/2020: PROFILI PENALISTICI

di Francesco Mucciarelli

Le problematiche connesse alla pandemia da Covid-19 assumono peculiari connotazioni per quanto attiene agli interventi pubblici di sostegno alle attività economiche, con la conseguente necessità di apprestare adeguata tutela penale. Le rilevanti esigenze di immediatezza e non dispersione delle risorse pubbliche impongono calibrate risposte sul terreno sanzionatorio, a cominciare dai meccanismi di controllo preventivo e successivo. Il cruciale ruolo attribuito al sistema bancario nella gestione di questo particolare aspetto dell'emergenza richiede poi di riflettere sul relativo 'rischio penale', in aggiunta all'individuazione delle fattispecie incriminatrici più idonee a reprimere comportamenti scorretti dei percipienti provvidenze pubblicistiche. Non meno delicati i profili problematici connessi alla 'continuità aziendale' e ai potenziali risvolti penal-fallimentari dell'emergenza in atto.

SOMMARIO: 1. L'immissione di liquidità tra immediatezza e non dispersione. – 2. La destinazione degli interventi di sostegno: scelte e controlli. – 2.1. Una prima sintesi: finanziamenti di matrice pubblica, ruolo dell'impresa e controlli. – 3. Le fasi dell'intervento. – 3.1. La richiesta e la concessione: controlli e sanzioni. – 3.2. L'erogazione e l'impiego: controlli e sanzioni. – 4. La disciplina riguardante le imprese con dipendenti in numero non superiore a 499.

1. L'immissione di liquidità tra immediatezza e non dispersione.

È assunto assiomatico (nel senso proprio del termine) che nell'attuale frangente della pandemia da Covid-19 il mondo delle imprese abbia bisogno di un sostegno di matrice pubblica per una misura mai prima neppure immaginata, e di tale intervento l'esigenza è massima segnatamente per quelle medio-piccole che, oltre a costituire la parte largamente preponderante del tessuto produttivo del nostro Paese, sono maggiormente esposte ai rischi derivanti dalla stasi, dall'assottigliarsi fino alla rarefazione del capitale circolante, dalla difficoltà estrema di far ricorso al credito secondo i percorsi della normalità: in poche parole una crisi di liquidità di dimensioni inaudite, di per sé sola bastevole a compromettere la continuità aziendale (in modo tanto più severo per imprese sotto-patrimonializzate, condizione non certo infrequente nel nostro Paese, pertanto maggiormente esposte agli effetti negativi della discronia tra ciclo attivo e ciclo passivo). Una crisi di liquidità oltretutto destinata a proiettarsi in uno scenario futuro (a breve), nel quale è avventuroso collocare plausibili prospettive di ripresa economica di entità tale da 'recuperare' gli effetti perniciosi del contingente,

‘recupero’ che potrà verosimilmente avvenire in un consistente ambito temporale, secondo una cadenza più ampia di quella nella quale si sono prodotte le conseguenze negative. Sicché l’effetto pernicioso della crisi di liquidità – quand’anche dovesse ridursi con la progressiva ripresa delle attività – sembra spiegare la sua portata oltre l’orizzonte breve del generalizzato *lockdown* e in tutta questa fase l’assistenza dello Stato (comunque denominata) si presenta come esigenza non diversamente surrogabile: constatazione che altrove verrà ripresa per mostrare come l’abbandonarsi totalmente all’illusione neo-liberista abbia generato se non ‘mostri’, almeno ‘incubi’, che un razionale diverso avrà la forza di far svanire (e che, proprio per essere razionale, non potrà limitarsi alla – speculare e semplicistica – invocazione del suo opposto).

Ma se il bisogno del sostegno di matrice pubblica costituisce un assioma, non diversamente tale è la necessaria tempestività e immediatezza di siffatto sostegno: ritardi, a qualunque motivo ascrivibili, generando un ulteriore spazio vuoto nel quale si approfondirebbero gli effetti della crisi, ben potrebbero frustrare il perseguimento dello scopo divisato, non soltanto vanificando lo sforzo, ma – quasi in una eterogenesi dei fini – disperdendo risorse doppiamente preziose (da un lato, per lo scopo virtuoso cui sono indirizzate, dall’altro perché la fonte cui attingere non è certo illimitata).

Le due esigenze – immediatezza dell’intervento e non dispersione delle risorse impiegate – paiono, forse non soltanto a una impressione prima, fra loro confliggenti, almeno sul versante delle concrete modalità attraverso le quali gli interventi di sostegno delle realtà imprenditoriali dovranno in concreto essere attuati.

Ben s’intenda: confliggenti sì, ma, come nella metafora kantiana circa la dialettica e il volo della colomba¹, la coesistenza e la contrapposizione reciproche delle due esigenze permettono, se efficacemente calibrate, di conseguire al meglio l’esito prefisso. Per un verso, un’immissione di liquidità priva di qualunque controllo circa il rispetto delle regole di ‘distribuzione’ (pre-requisito perché l’intervento complessivamente considerato sia efficiente rispetto allo scopo) determinerebbe la dispersione dell’intervento, che raggiungerebbe soggetti diversi da quelli individuati come primariamente bisognosi di sostegno. Il profilo qui considerato prescinde ovviamente dalla preoccupazione – differente e ulteriore – concernente la percezione degli ‘aiuti’ da

¹ Cfr I. KANT, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, 2000, 38, “La matematica ci dà uno splendido esempio di quanto possiamo spingerci innanzi nella conoscenza a priori, indipendentemente dall’esperienza. È vero che essa ha che fare con oggetti e conoscenze solo in quanto si possono presentare nell’intuizione: ma questa circostanza vien facilmente trascurata, perché l’intuizione stessa può essere data a priori, e perciò difficilmente si può distinguere da un concetto puro. Eccitato da una siffatta prova del potere della ragione, l’impulso a spaziare più largamente non vede più confini. La colomba leggiera, mentre nel libero volo fende l’aria di cui sente la resistenza, potrebbe immaginare che le riuscirebbe assai meglio volare nello spazio vuoto di aria. Ed appunto così Platone abbandonò il mondo sensibile, poiché esso pone troppo angusti limiti all’intelletto; e si lanciò sulle ali delle idee al di là di esso, nello spazio vuoto dell’intelletto puro. Egli non si accorse che non guadagnava strada, malgrado i suoi sforzi; giacché non aveva, per così dire, nessun appoggio, sul quale potesse sostenersi e a cui potesse applicare le sue forze per muovere l’intelletto. Ma è un consueto destino della ragione umana nella speculazione allestire più presto che sia possibile il suo edificio, e solo alla fine cercare se gli sia stato gettato un buon fondamento. Se non che, poi si cercano abbellimenti esterni di ogni specie per confortarci sulla sua saldezza, o anche per evitare del tutto tale tardiva e pericolosa verifica”.

parte di imprese o enti partecipi dell'area della criminalità organizzata ovvero da 'imprese criminali', pericolo concreto e tutt'altro che infondato e, per vero, già autorevolmente paventato²).

In proposito riesce utile la distinzione fra "criminalità nell'attività d'impresa" e "attività dell'impresa criminale"³. Sebbene sul piano intuitivo la cennata distinzione appaia netta e per vero lo sia anche sul versante sostanziale quando si abbia cura di precisarne i caratteri, conviene tuttavia notare che per "impresa criminale" s'intende in maniera genericamente approssimata un ente la cui attività consiste interamente in comportamenti criminali (si pensi alle c.d. cartiere, società che si limitano alla emissione di fatture per prestazioni inesistenti poi utilizzate per l'evasione fiscale ovvero – sempre esemplificando – a imprese impegnate esclusivamente nella gestione e nello smaltimento illegale di rifiuti), con la locuzione "criminalità nell'attività d'impresa" si allude invece a situazioni nelle quali comportamenti anche gravemente devianti trovano occasione all'interno di un'attività nel complesso svolta nel rispetto della legge. Né muterebbe la prospettiva la presenza di condotte penalmente rilevanti poste in essere in maniera seriale, sempre che la serialità deviante non 'assorba' l'intera attività dell'impresa (a quel punto trasformata in impresa criminale).

Nella prospettiva del d.l. 23/2020, che – a tacer d'altro – assicura un intervento di matrice irrevocabilmente pubblica a sostegno delle imprese 'private', è di tutta evidenza che tale intervento non possa in alcun modo essere acquisito da entità economiche operanti nell'area della criminalità organizzata (quand'anche esercitino attività lecite) e neppure da 'imprese criminali', indipendentemente dalla loro appartenenza all'area del crimine organizzato.

L'ambito nel quale si collocano prevalentemente le presenti considerazioni è invece quello della fisiologia dell'attività d'impresa, ambito al quale va esclusivamente riservato l'intervento di sostegno divisato dal ricordato decreto, salvaguardandone tempestività e corretta destinazione.

La conseguenza principale della dispersione (intesa nel senso sopra precisato) determinerebbe l'indebolimento dell'intervento (in proporzione diretta con il grado di dispersione): sicché difficilmente controvertibile appare il bisogno di procedure adeguate ad assicurare la corretta destinazione delle misure di sostegno e un correlativo sistema di controlli.

Dall'altro – e in qualche misura opposto – lato sta, come anticipato, la non meno cruciale esigenza di tempestività dell'intervento: un ritardo nella messa a disposizione dei mezzi di sostegno ne vanificherebbe l'effetto sperato e si risolverebbe in una rovinosa (da un duplice punto di vista) distruzione di risorse. Se il sussidio dovesse rendersi

² Si vedano, esemplificativamente, le osservazioni di F. Greco e G. Melillo su *la Repubblica*, 11 aprile 2020, di G. Pignatone su *La Stampa*, 17 aprile 2020, di F. Cafiero de Raho, su *La Stampa*, 12 aprile 2020, nonché le audizioni di F. Cafiero de Raho, F. Greco e G. Melillo davanti alle Commissioni riunite Finanze e Attività produttive in data 29 aprile 2020.

³ In argomento si v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 134 ss.; nonché, volendo, F. MUCCIARELLI, *Principi generali*, cap. 1, in *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa*, pt. I, in *Diritto penale dell'impresa*, dir. da C. Parodi, vol. II, Milano, 2017, 3 ss.

disponibile tardivamente (quando cioè la crisi derivante dalla pandemia avesse già spiegato i propri effetti rendendo irreversibile quella dell'impresa), i mezzi per tal modo erogati andrebbero perduti: per un verso per la loro inutilità a sostenere l'impresa (ormai irrecuperabile), per altro perché, a causa della loro specifica inutilità, avrebbero eroso il non illimitato monte-risorse, che, rispetto a quella peculiare frazione, avrebbe potuto essere più proficuamente destinato altrove. Né si dimentichi che tanto più rapido e immediato è l'intervento (soprattutto in una situazione di crisi congiunturale così vastamente diffusa), tanto maggiori sono le probabilità di successo nella prospettiva di assicurare la sopravvivenza dell'impresa (colta nell'ottica della continuità aziendale e non meramente liquidatoria, quand'anche *in bonis*).

Pur contrapposte, le due distinte esigenze presentano un tratto comune, rappresentato dalla corretta (in quanto funzionale allo scopo) allocazione delle risorse contemplate dall'intervento previsto dal legislatore: più precisamente, la messa a disposizione di mezzi strumentali a fronteggiare le conseguenze sulle imprese della crisi connessa alla pandemia da Covid-19.

A un'analisi più attenta ne riesce confermata l'anticipazione d'esordio: il contrasto non risiede tanto nelle esigenze (tempestività *vs* correttezza della erogazione/allocazione degli interventi) quanto nelle modalità attuative degli interventi stessi, posto che entrambe le esigenze sono funzionali (e necessarie) al perseguimento dello scopo: mentre, da un lato, l'assenza di qualunque controllo – volta a ottenere il massimo della tempestività – rischierebbe di compromettere l'efficienza dell'allocazione (per la dispersione che ne seguirebbe), dall'altro, la più analitica delle procedure scortata dal più occhuto dei controlli – intesa a garantire la perfetta fra le allocazioni – egualmente rischierebbe di rendere vano l'intervento di sostegno (questa volta per arrivare quest'ultimo 'fuori tempo massimo').

Osservando la questione in modo unitario (e non puntualmente concentrato sui distinti profili della tempestività e della correttezza allocativa), se ne scorge agevolmente un tratto significativo: tempestività e immediatezza sono entrambe strutturalmente coesistenti al perseguimento dello scopo divisato, che sarebbe invece frustrato dalla prevalenza dell'una sull'altra. In sintesi: come nella immagine kantiana della colomba e del suo volo, è soltanto il contemperamento delle due coesistenti esigenze a permettere, così come per il volo della colomba, il conseguimento del fine prefisso. Fuor di metafora: esatta definizione delle procedure per l'erogazione degli interventi, sistemi di controllo snelli ma funzionali, rapidità nella esecuzione delle fasi che portano alla erogazione sono passaggi essenziali e non rinunciabili.

2. La destinazione degli interventi di sostegno: scelte e controlli.

Se l'enunciazione di parametri 'astratti' può riuscire non difficile, ben altrimenti arduo si presenta il profilo della concreta attuazione di un siffatto modello, soprattutto in un Paese come l'Italia nel quale, fra l'altro, per un non risolto rapporto fra cittadino e Stato-istituzione (nelle sue diverse articolazioni), la reciproca diffidenza è tra i fattori di molti dei deficit strutturali del sistema.

Non può certo il penalista – e men che meno chi scrive – suggerire criteri e indici funzionali alla corretta (sul piano sociale ed economico) allocazione degli interventi, criteri funzionali alla destinazione delle risorse a quegli operatori economici che hanno subito (maggiormente) gli effetti della pandemia (posto che, con eccezioni marginali, ogni settore economico e produttivo ha sopportato ed è destinato a sopportarne le conseguenze).

L'esame del d.l. 23/2020 – e, in particolare, delle disposizioni che di detti interventi fissano le condizioni, regolandone erogazione e destinazione – consegna all'interprete uno scenario nel quale l'ansia di intervenire prontamente ha prodotto da un lato superfetazione e, dall'altro, lacune. L'indubitabile straordinaria complessità del contesto e, ad un tempo, la sua radicale novità, che non permette di attingere a esperienze pregresse, ha reso il compito del legislatore specialmente arduo, ma la riconosciuta difficoltà dell'ambito, nel quale la scelta di fondo si colloca, non è tuttavia ragione sufficiente per non segnalare profili di criticità nei riflessi d'interesse del diritto penale, muovendo dalla non controvertibile constatazione che il d.l. 23/2020 non prevede alcuna nuova fattispecie d'incriminazione.

Come s'è in qualche misura anticipato, a fronte dell'alternativa fra allocazione 'mirata' alle imprese che maggiormente hanno subito gli effetti della crisi da Covid-19 e distribuzione invece non selettiva, il legislatore – almeno a prima vista – ha optato per la seconda ipotesi. L'affermazione merita però qualche precisazione: innanzitutto v'è un primo riscontro letterale, espresso dall'art. 1 co. 1 d.l. 23/2020, per il quale la necessaria liquidità viene assicurata "alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia Covid-19, diverse dalle banche e dagli altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito".

Al di là della evidente (ma numericamente marginale) limitazione conseguente alla esclusione esplicita delle imprese bancarie e creditizie, la clausola allusiva a quelle "colpite dall'epidemia" suggerisce che la garanzia SACE ai finanziamenti concessi "sotto qualsiasi forma alle suddette imprese" sia riservata soltanto a quelle che possano dirsi colpite dagli effetti della pandemia.

Se è facile argomentare che si tratta – dato il contesto – di un criterio selettivo di ben modesta portata, non devono sfuggire due profili ricavabili dal disposto normativo: da un lato, e primariamente, che il riferimento ora evidenziato suggerisce fortemente che i singoli interventi siano destinati a fronteggiare in modo esclusivo gli effetti indotti sulle imprese dalla crisi da Covid-19 (e non rispetto a situazioni critiche preesistenti, come peraltro si ricava anche da altri riscontri normativi), dall'altro, e in secondo luogo, che vi sono settori che – per la peculiarità delle attività svolte – non sembrano destinati a sopportare conseguenze negative (si pensi, ad esempio, al comparto alimentare, a quello dei servizi di telecomunicazione o della produzione e vendita di prodotti farmaceutici e di presidi igienico-sanitari, che, stando ai dati pubblicati da Confcommercio, hanno registrato risultati positivi nel mese di marzo 2020 e che, secondo una coeva analisi di Prometeia, presentano prospettive positive).

Premesso che ai sensi dell'art. 13 d.l. cit. un sistema 'speciale' è previsto per le imprese con numero di dipendenti non superiore a 499 (di cui si dirà separatamente: cfr § 4), occorre notare che i caratteri dimensionali delle imprese vengono in considerazione soltanto per la determinazione dell'entità percentuale delle garanzie, nonché per alcune

differenze nelle modalità di accesso ai finanziamenti. Nessun rilievo hanno invece le differenti morfologie né – con l’eccezione del settore creditizio – le diverse tipologie delle attività svolte, sebbene una fra le condizioni stabilite dall’art. 1 co. 2 lett. b) preveda che al 31.12.2019 l’impresa beneficiaria non si trovasse in difficoltà secondo la categorizzazione eurounitaria⁴ e che al 29 febbraio 2020 non fosse “presente tra le esposizioni deteriorate presso il sistema bancario, come definite ai sensi della normativa europea”.

Siffatta previsione raccomanda due notazioni: da un lato essa finisce con il riempire di contenuto il riferimento portato dalla clausola “colpite dall’epidemia Covid-19”, in quanto fissa tra i requisiti di concedibilità del sostegno parametri che, ragionando *a contrario*, escludono enti già in crisi in epoca anteriore al dispiegarsi degli effetti della pandemia (salvo quanto si vedrà con riguardo alle imprese con numero di dipendenti non superiore a 499).

Dall’altro i requisiti ora in discorso esprimono chiaramente un canone che informa (doverosamente) l’intervento complessivamente inteso (costituendo altresì un sicuro criterio ermeneutico): i finanziamenti garantiti ai sensi del d.l. 23/2020 sono strutturalmente funzionali in via esclusiva (in questo senso vale il richiamo al termine “condizioni”, che compare nell’art. 1 co. 1) al sostegno di imprese entrate in crisi a cagione dell’epidemia da Covid-19 (o, più precisamente, alle quali occorra “assicurare la necessaria liquidità”), sicché non sembra azzardata ipotesi ritenere che si versi in una situazione simile a quella di un vincolo di destinazione già a partire da questo riferimento che in via generale definisce il novero delle imprese possibili beneficiarie del sostegno.

Avendo poi riguardo anche ad altre fra le condizioni fissate dall’art. 1, se ne ricava la conferma che i parametri stabiliti dal legislatore sono intesi a indirizzare gli aiuti in modo selettivo alle imprese, la situazione critica delle quali non dipenda fattori diversi da quelli derivanti dalla pandemia.

Confortano tale conclusione riscontri normativi in questo senso esemplificativamente eloquenti se letti nella prospettiva dello scopo ultimo dell’intervento (sostegno al sistema delle imprese attraverso la messa a disposizione di liquidità): la previsione dell’art. 1 co. 2 lett. g (per la quale la garanzia “copre *nuovi* finanziamenti concessi all’impresa *successivamente* all’entrata in vigore”) segna un ulteriore limite temporale, del tutto coerente con la notata esigenza che i finanziamenti sostengano imprese che dalle conseguenze della pandemia abbiano subito effetti negativi (e non già per soccorrere situazioni già precedentemente compromesse).

Il dettato della lettera n del presente art. 1 co. 2 non autorizza dubbi circa la natura sostanziale di mutuo di scopo del finanziamento garantito ai sensi del d.l. 23/2020: è infatti previsto che esso debba essere destinato “a sostenere costi del personale,

⁴ I riferimenti vanno al Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione (17.6.2014), al Regolamento (UE) n.702/2014 (25.6.2014) e al Regolamento (UE) n. 1388/2014 (16.12.2014). Per fornire un immediato riscontro, ad essere escluse dai finanziamenti con garanzia SACE saranno le imprese con posizioni classificate come credito deteriorato (esposizioni scadute e/o sconfinamenti, cd UTP – unlikely to pay ovvero crediti che, secondo le banche, potranno essere difficilmente rimborsabili, sofferenze).

investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali (...) localizzati in Italia”. Detto che di tali impieghi dovrà essere fornita documentazione e attestazione (del rilievo di tale profilo in altro senso si dirà nel prosieguo), agevole osservare che non soltanto fra le destinazioni previste non è contemplata la sovvenzione di esposizioni pregresse, ma che la loro complessiva considerazione depone univocamente nel senso della funzionalità di detti impieghi al sostegno della prosecuzione dell’attività d’impresa. Il riferimento a “investimenti” non meglio identificati si presta a letture ampie, che potrebbero condurre anche molto lontano rispetto alla funzione assegnata. L’obiettivo ampia semantica del termine ‘investimenti’ avrebbe forse potuto essere mitigata attraverso qualche specificazione che ne qualificasse le possibili destinazioni, ma il rischio di irrigidire eccessivamente lo spettro delle scelte dell’imprenditore avrebbe potuto essere pernicioso e, comunque, maggiore del beneficio. Si pensi – per esemplificare – all’impresa che intenda modificare (anche radicalmente attraverso un piano di riconversione) il proprio ambito di attività perché il settore nel quale operava *ante* pandemia ha subito una contrazione insostenibile. In tale ipotesi se gli investimenti alimentati con i finanziamenti garantiti *ex d.l. 23/2020* fossero stati vincolati (come pure sarebbe stato possibile) a sostenere attività in essere, quella realtà imprenditoriale si sarebbe vista costretta o a rinunciarvi (ancorché in vista di un impiego economicamente efficiente) oppure ad acquisirlo per un’attività verosimilmente destinata all’insuccesso.

Sebbene privo di connotazione alcuna, il termine ‘investimenti’ va pur sempre inteso nel contesto: sicché non sembra azzardato ritenere che l’investimento in discorso debba essere comunque collegato in modo funzionale a una (ovviamente lecita) attività produttiva di beni o servizi. Parametro per certo non peculiarmente stringente, ma forse idoneo a scongiurare destinazioni inappropriate.

In questa sommaria ricognizione non può mancare il richiamo alle preclusioni dettate dall’art. 1 co. 2 lett. i (secondo cui “l’impresa che beneficia della garanzia assume l’impegno che essa, nonché ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo cui la stessa appartiene, non approvi la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso del 2020”): ulteriore segno caratteristico che accredita una destinazione delle risorse rese disponibili *ex d.l. 23/2020* univocamente verso impieghi funzionali all’attività d’impresa.

Si osservi ancora che in questo quadro, del quale non deve sfuggire la componente pubblicistica (i finanziamenti godono della garanzia SACE, in ultima analisi assicurata dalla Stato), una specifica forma di rendicontazione è prevista dall’art. 1 co. 9 d.l. cit., secondo cui “i soggetti finanziatori forniscono un rendiconto periodico a S.A.C.E. S.p.A., con i contenuti, la cadenza e le modalità da quest’ultima indicati, al fine di riscontrare il rispetto da parte dei soggetti finanziati e degli stessi soggetti finanziatori degli impegni e delle condizioni previsti ai sensi del presente articolo”, disposizione, quest’ultima che, come si è sommariamente mostrato, contempla requisiti, condizioni di accesso e modalità d’impiego dei finanziamenti garantiti.

2.1. Una prima sintesi: finanziamenti di matrice pubblica, ruolo dell'impresa e controlli.

L'impegno del legislatore nel d.l. 23/2020 sembra orientato a perseguire le esigenze di tempestività e di immediatezza dell'immissione di liquidità quali condizioni essenziali perché l'intervento aspiri a conseguire l'effetto sperato, ma in maniera apparentemente dialettica si pone l'esigenza di evitare, da un lato, la dispersione delle risorse a causa di erogazioni inappropriate e, dall'altro, il loro impiego per scopi diversi da quelli normativamente previsti: tempestività e immediatezza consigliano la riduzione al minimo dei controlli (preventivi) invece suggeriti in maniera efficiente per la corretta allocazione delle risorse. Il bilanciamento delle due contrapposte esigenze è tuttavia funzionale al perseguimento dello scopo diviso e forse in alcuni punti il decreto-legge sembra meritevole di qualche aggiustamento.

L'immissione forzosa di liquidità (attraverso la forma tecnica della garanzia di matrice pubblica di finanziamenti erogati dal sistema bancario) è lo scenario nel quale si collocano tutte le previsioni normative. L'esame di tali riscontri consegna un assetto informato a una distribuzione indifferenziata a tutte le imprese "colpite" dalla crisi da pandemia (*id est*: per fronteggiarne gli effetti e non per sovvenire situazioni negative pregresse) allo scopo di sostenerne l'attività. L'indifferenziata destinazione trova tuttavia limiti – sempre stando al raffronto normativo – in una serie di condizioni per l'accesso ai finanziamenti: di tali condizioni, alcune sono stabilite in maniera precisa e determinata dal legislatore, altre – e segnatamente quella concernente il momento della concessione del finanziamento – non sono espressamente regolate.

Vengono infine apposti vincoli alla destinazione (*rectius*: all'impiego) dei mezzi resi disponibili attraverso i finanziamenti per tal modo erogati.

Come è necessario e ineluttabile che sia in un'economia di mercato, è l'impresa in quanto fattore produttivo a essere il soggetto beneficiario del sostegno di matrice pubblica, che la presente straordinaria situazione di crisi rende indispensabile.

Una considerazione più generale trae occasione dal complesso delle previsioni alle quali si è fatto sin qui riferimento e può costituire un utile parametro non soltanto per l'immediata contingenza di ragionare sui controlli (comunque non rallentanti), ma anche per futuri modelli. Si è negli ultimi anni vastamente parlato della responsabilità sociale dell'impresa, tema senz'altro di grande momento e altrettanto grandemente sviluppato: v'è però una notazione che, senza voler qui far risorgere il dibattito fra le visioni istituzionalistica e contrattualistica della società di capitali che esercita l'attività d'impresa, deve essere affermata fortemente: l'impresa (la società di capitali che tale attività esercita) è comunque soggetto altro e diverso, autonomo rispetto ai soci o ai titolari, al management, ai dipendenti, ai fornitori e alla variegata compagine degli stakeholders. In metafora: essa è portatrice *anche* dei loro interessi come categorie e in qualche misura li equilibra, ma essa ha *anche* un interesse come ente (dunque: istituzionale) suo proprio.

Restando in metafora – poiché lo spazio altro non consente – soltanto il ricordo di uno studioso (Rathenau), assassinato – quasi simbolicamente – dall'incipiente nazismo, che fu grande anche come politico e imprenditore, tanto da far da modello con la sua figura al personaggio di Arnheim nell'"Uomo senza qualità" di Musil. Quale il

ruolo e lo scopo dell'impresa, che poi ormai ha sempre la forma societaria? Quello del perseguimento del profitto per gli azionisti? Per certo non si può negare che tale scopo sia legittimo e che abbia a che fare con questa forma (la società di capitali) che sta alla base del modello di sviluppo capitalistico, in quanto connesso con la remunerazione del rischio di chi ha investito i propri capitali nell'attività d'impresa. Ma v'è forse anche un altro profilo che merita d'essere tenuto in considerazione e può essere sintetizzato nella replica di Walther Rathenau agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali, essendosi lamentati di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario, si sentirono rispondere che: "la società non esiste per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno"⁵.

3. Le fasi dell'intervento.

Si tratta di esaminare ora in modo ravvicinato e con un approccio minimamente analitico alcuni degli snodi critici della disciplina modellata dal d.l. 23/2020 con riguardo alla immissione di liquidità nel sistema delle imprese attraverso il meccanismo della garanzia che SACE presta agli istituti di credito nelle forme stabilite dall'art. 1 d.l. cit., mentre del sistema riguardante le imprese con dipendenti in numero inferiore a 499 – regolato dall'art. 13 – si dirà nel successivo § 4.

Non sembra ipotesi di lavoro azzardata distinguere due fasi (anche cronologicamente separate), all'interno delle quali considerar i problemi a ciascuna d'essa propri, problemi che, a loro volta, possono essere ordinati sotto le figure dei *controlli* (inteso il termine in senso ampio) e delle sanzioni per eventuali condotte abusive o altrimenti illecite.

Si tratta di una distinzione sicuramente approssimata, che potrebbe essere ulteriormente affinata, ma nella sostanza sembra rispondere alla pressante esigenza di semplificare una situazione oltremodo complessa senza aggiungervi elementi di inutile complicazione. Le due fasi, alle quali si farà riferimento, sono rispettivamente quella della richiesta/concessione del finanziamento e quella (successiva) della erogazione/impiego del finanziamento stesso.

3.1. La richiesta e la concessione: controlli e sanzioni.

Con riguardo alla prima fase, per quanto qui d'interesse, può dirsi che il d.l. 23/2020 (e segnatamente l'art. 1) consegna all'interprete un sistema nel quale il finanziamento viene concesso (ed erogato) dall'istituto di credito sulla base di una richiesta dell'impresa, finanziamento che beneficia della garanzia pubblica prestata da SACE.

⁵ L'episodio è efficacemente narrato nel celebre saggio di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 614 ss.

Indipendentemente dai requisiti specifici (in sostanza quelli stabiliti dall'art. 1 co. 2 d.l. cit., sommariamente illustrati nel precedente § 2) riguardanti la peculiare tipologia del finanziamento garantito, non sembra revocabile in dubbio che la concessione e l'erogazione del finanziamento stesso trascorrono necessariamente per una valutazione della banca, chiamata ad apprezzare il merito di credito del richiedente.

L'accoglimento della richiesta di finanziamento trascorre – nella prospettiva del legislatore – per la valutazione tecnica dell'istituto di credito, impossibile pretermettere se non rischiando una dispersione delle risorse. Ma tale valutazione sul merito creditizio non sembra poter essere estesa anche alla considerazione della situazione venutasi a creare con la crisi da Covid-19 e, ancor meno, a quella prospettica: nella presente situazione, non risulterebbero invero disponibili standard per valutazioni prognostiche razionalmente attendibili, sicché impegnare gli operatori bancari in siffatto esercizio – in mancanza di parametri di riferimento – importerebbe il rischio di una paralisi del meccanismo concessorio ovvero, sul lato opposto, un effetto di complessiva trascuratezza nell'apprezzamento dei criteri per la concessione del finanziamento.

Un'ulteriore notazione preliminare conviene sia precisata, posto che lo scenario complessivo (il contesto anche normativo) è destinato a vincolare (e indirettamente a suggerire) soluzioni e interpretazioni.

La crisi economica conseguente alla pandemia costituisce una situazione straordinaria ed eccezionale, di portata inusitata, non soltanto *ex ante* imprevedibile, ma che rende allo stato meno che incerte valutazioni prospettiche (si pensi, tacendo d'altro, alla mancanza di esperienze pregresse che permettano estrapolazioni prognostiche, indispensabili per siffatte valutazioni). Sicché valutazioni sul merito di credito che dovessero tener conto della situazione attuale e delle prospettive che essa proietta sul futuro dell'impresa appaiono ben difficilmente praticabili in quanto connotate da un grado di aleatorietà inammissibile, destinato a risolversi, nel concreto, in opzioni affidate alla propensione individuale del soggetto che effettua la valutazione stessa (con il rischio – tutt'altro che inconsistente – di atteggiamenti eccessivamente conservativi che bloccherebbero l'immissione della liquidità).

Per altro verso, il d.l. 23/2020 non contiene alcuna specifica indicazione che autorizzi una deroga al canone generale per il quale è necessario procedere con una ordinaria istruttoria, sicché i processi relativi a nuovi finanziamenti, che beneficerebbero di una garanzia pubblica, dovrebbero continuare a essere condotti secondo i consueti standard di diligenza. Per le ragioni appena sopra accennate, apparirebbe però illusorio ritenere che la più gran parte dei richiedenti sarebbe in grado di presentare documentazione previsionale razionalmente affidabile circa l'evoluzione della propria attività (e delle connesse previsioni di cassa) nell'arco del semestre o dell'anno prossimi.

Un primo punto di equilibrio potrebbe essere individuato nella 'sterilizzazione' delle situazioni successive al febbraio 2020, sul modello dell'art. 7 d.l. 23/2020⁶ con

⁶ Si veda, volendo, F. MUCCIARELLI, [La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020](#), in questa *Rivista*, 11 aprile 2020. In senso fortemente critico sul punto, ma più in generale con riguardo al complesso delle disposizioni del d.l. 23/2020, v. F. DI VIZIO, *La crisi "nascosta" ai creditori: il mondo all'incontrario. I riflessi penali delle moratorie societarie del D.L. liquidità n. 23/2020*, in *Ars Iuris*

riguardo alla continuità aziendale (alla medesima logica si ispira – come detto – la stessa previsione generale dell’art. 1 co. 2 lett. b, che – come si è mostrato nei §§ 2 e 2.1. – prende in considerazione precisi limiti temporali per l’apprezzamento della situazione dell’impresa. Più esattamente il citato art. 1 co. 2 lett. b d.l. 23/2020 condiziona la concessione dei finanziamenti alla circostanza che l’impresa al 31.12.2019 non rientri nella categoria delle imprese in difficoltà secondo le definizioni eurounitarie e che al 29 febbraio 2020 “non risultasse presente tra le esposizioni deteriorate presso il sistema bancario, come definite ai sensi della normativa europea”. A non dissimile canone sono informate le previsioni dell’art. 9 d.l. 23/2020⁷, nella parte nella quale contemplano variegati ipotesi di differimento di tempi e di modifiche in materia di domande di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione⁸. Insomma: una logica di cristallizzazione a una situazione anteriore all’emergere degli effetti della crisi da Covid-19, che trova proprio nel citato art. 7 d.l. 23/2020 (in tema di valutazione della continuità aziendale, assunta come perdurante fino al 31.12.2020 se risulta sussistente nell’ultimo bilancio di esercizio) una sorta di canone generale che fissa a un momento anteriore al dispiegarsi degli effetti della crisi da Covid-19 quello nel quale valutare lo stato delle imprese fissando normativamente il giudizio di valutazione prognostica che sarebbe stato necessario per apprezzamenti “in continuità”: la considerazione delle peculiari ed eccezionali condizioni presenti, che avrebbe determinato ricadute negative sulla valutazione di tutte le poste di bilancio, ha fatto preferire l’assunzione legale della continuità aziendale sino al 31 dicembre 2020 per le imprese che in tale condizione fossero secondo l’ultimo bilancio di esercizio chiuso anteriormente al 23 febbraio 2020 (e in questo senso depone altresì l’art. 6 d.l. 23/2020⁹, che, dettando un regime temporaneo in materia di riduzione del capitale, appare informato alla stessa logica in ambito patrimoniale).

Riportando le osservazioni che precedono sul versante della fase funzionale alla concessione/erogazione, ferma l’esigenza di controllare i requisiti intrinseci espressamente richiesti, l’istruttoria creditizia dovrebbe legittimamente concentrarsi sulle condizioni del richiedente al momento anteriore al dispiegarsi della crisi, senza richiedere valutazioni prognostiche (come visto indisponibili e comunque non affidabili). Detto in altri termini: non diversamente dall’imprenditore, che assume la prospettiva della continuità aziendale ai fini delle valutazioni bilancistiche sulla presunzione dell’art. 7 d.l. 23/2020, allo stesso modo l’istituto di credito potrà ritenere sussistente la “continuità aziendale” dell’impresa in assenza di evidenti e significativi indici contrari. All’interno di siffatto contesto e alla luce dei parametri così individuati si eserciterebbe la normale dovuta diligenza dell’operatore bancario, che – stando al

– *Rivista on-line Unità per la Costituzione*, 28 aprile 2020, anche in *dis_Crimen*, 29 aprile 2020.

⁷ Si veda, in proposito, F. Lamanna, *Le misure temporanee previste dal Decreto Liquidità per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione*, in *il Fallimentarista*, 14 aprile 2020.

⁸ In proposito v. D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *il fallimentarista*, 14 aprile 2020.

⁹ Cfr, scusandomi per l’ineleganza della citazione, F. MUCCIARELLI, *La crisi economica*, cit.

dettato normativo – non può concedere i finanziamenti con garanzia SACE a realtà imprenditoriali già irrimediabilmente compromesse da difficoltà preesistenti e non imputabili agli effetti dell’epidemia.

Riconducendo la valutazione per la concessione del finanziamento all’apprezzamento della situazione aziendale anteriore al verificarsi della crisi si otterrebbe una indubbia semplificazione, mantenendo tuttavia il rispetto dell’esigenza di allocare gli interventi di sostegno a realtà imprenditoriali comunque non compromesse. Sicché un intervento del legislatore, che rendesse esplicito quanto si ricava in via d’interpretazione dal contesto normativo esaminato, riuscirebbe senz’altro opportuno.

La valutazione sul merito di credito potrebbe trovare una ulteriore semplificazione sul piano strumentale prevedendo meccanismi di autocertificazione da parte del richiedente: non spetta certo al penalista indicare quali debbano essere i parametri da ‘autocertificare’ nella prospettiva della valutazione in discorso, ma non v’è dubbio che un arricchimento degli indici – opportunamente selezionati – riguardanti la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell’impresa, fornirebbe non soltanto una base meno incerta per il giudizio ma permetterebbe altresì di fondare in maniera più solida l’affidamento dell’operatore bancario nel delicato momento della concessione del finanziamento.

Il sistema della autocertificazione¹⁰ presenta indubbi vantaggi in termini di tempestività e permette di spostare sul soggetto che compie la certificazione in proprio la responsabilità derivante dalla comunicazione di dati e informazioni non corrispondenti al vero, con conseguente esclusione di quella del soggetto che – sulla base di un’autocertificazione ‘falsa’ – rilascia una valutazione positiva in ordine al merito di credito funzionale all’erogazione del finanziamento.

Esclusione che non verrebbe meno soltanto in ipotesi (residuali e comunque immeritevoli di tutela sul versante dell’operatore bancario) di preordinato accordo con l’autoattestatore infedele secondo lo schema del concorso di persone nel reato che sconta, come ognuno sa, il dolo di concorso, tra le cui componenti rientrano la rappresentazione e la volizione del fatto costitutivo di reato.

La circostanza che tutte le fattispecie di reato eventualmente ipotizzabili siano delitti punibili a titolo di dolo rassicura anche in ordine alle situazioni nelle quali la falsità dell’autocertificazione non sia oggetto della consapevolezza da parte dell’operatore bancario: la mera riconoscibilità di tale ipotizzata falsità – integrando la figura della colpa – importa la inapplicabilità della fattispecie penale. Rimane tuttavia aperto il profilo legato alla eventuale palese falsità (*id est*: alla presenza nell’autocertificazione di elementi che ne rendano evidente la difformità dal vero): sul

¹⁰ In questo senso è da escludere l’ipotesi di una attestazione da richiedere a un professionista esterno all’impresa: al di là della dilatazione dei tempi che una simile procedura determinerebbe, non deve sfuggire che l’attestazione del professionista finirebbe con il fondarsi massimamente sui dati aziendali forniti dall’impresa, ciò che circolarmente riporta al tema dell’autocertificazione. Non senza dimenticare che nel settore bancario sono presenti professionalità ben adeguata alla valutazione e all’apprezzamento di quegli stessi dati aziendali sui quali si eserciterebbe l’attività del professionista attestatore.

punto, il vero nucleo problematico è rappresentato non già dalle situazioni – verosimilmente sporadiche – nelle quali una simile difformità è effettivamente manifesta (che, di per sé, autorizzerebbero la configurabilità di un addebito in termini di dolo eventuale), quanto piuttosto una tendenza a estendere a dismisura la nozione di dolo eventuale, sino a farlo coincidere con forme di colpa qualificata.

Una soluzione in via legislativa affidata a una disposizione generale, che stabilisca la irrilevanza penale delle condotte dell’operatore bancario (‘scudo penale’) nella fase della concessione del finanziamento, comunque denominato, non sembra plausibile per le perplessità di ordine costituzionale che sarebbe destinata a incontrare. Preferibile invece la formulazione, all’interno della disposizione sulla autocertificazione, di previsioni che fissino in maniera rigida ed *ex ante* i limiti del ‘controllo’ affidato all’operatore bancario, sicché se ne possa inferire che, rispettati tali parametri, non v’è spazio per l’addebito penale (ciò che dovrebbe del resto risultare preclusivo di costruzioni ardite in tema di dolo eventuale).

Nel contesto di un intervento del legislatore teso a presidiare la fase della concessione al duplice scopo di renderla più ‘veloce’ e, ad un tempo, meno esposta a rischi di dispersione, potrebbe essere ipotizzata l’introduzione di una disposizione che contempli una figura speciale di autocertificazione, comprendente non soltanto i requisiti concernenti – per così dire – l’area economica opportunamente integrati, ma anche quelli di carattere ‘reputazionale’.

Si tratta di opzione valoriale, essendone agevole la costruzione sul piano tecnico: ma non v’è dubbio che, in una situazione come quella presente, nella quale le risorse potrebbero non essere infinite, una selezione fondata su parametri che tengano conto del rapporto di fedeltà ai valori fondanti dello Stato, non suonerebbe stonata. A ben vedere la matrice pubblica dei fondi, che in ultima analisi sorreggono l’intervento, giustifica l’estromissione dal sostegno di coloro che si sono resi responsabili di fatti che confliggono con tali valori (ad esempio, fatti di infedeltà fiscale, reati non colposi di una apprezzabile gravità). Più delicato appare, in quest’ottica, il profilo riguardante le situazioni di pendenza di procedimenti penali, rispetto ai quali l’assenza del giudicato e la presunzione di non colpevolezza rischiano di compromettere la concessione di finanziamenti che potrebbe rivelarsi invece possibile, ma in un momento successivo, nel quale ormai la crisi è divenuta irreversibile. Né deve sfuggire che si staglia sull’intero profilo dei c.d. requisiti reputazionali l’effetto dello scarto fra la situazione soggettiva della persona fisica (in ipotesi condannata o imputata) e l’impresa collettiva della quale la persona fisica è amministratore (o socio): l’effetto preclusivo connesso alla condizione deteriorata della persona fisica riverbera i suoi effetti sull’impresa istituzionalmente intesa e su tutti coloro che ad essa sono legati (ad esempio: dipendenti, fornitori, ecc.). Sicché l’introduzione di requisiti di tal genere dovrebbe prevedere adeguati correttivi capaci di ridurre la portata distorsiva.

Risolto che sia il problema della componente ‘reputazionale’, la figura dell’autocertificazione speciale potrebbe essere modellata secondo cadenze precise, indicando cioè in modo determinato le singole ‘voci’ da autocertificare come rispondenti al vero e potrebbe essere assoggettata a una comminatoria penale anche severa (in ragione della funzione che è chiamata a svolgere nella dinamica della concessione del

finanziamento garantito *ex d.l. 23/2020*). Gioverebbe senz'altro prevedere la natura eccezionale e temporanea della disposizione, da connettere da un lato all'orizzonte temporale nel quale operano i finanziamenti in discorso e, dall'altro, alla tipologia dei finanziamenti stessi: per tal modo si eviterebbe di introdurre stabilmente nel sistema varianti non sufficientemente meditate quanto a riflessi complessivi

A integrazione dell'ipotesi appena sopra suggerita, potrebbe essere considerata la previsione di una norma che attribuisca all'operatore bancario – in via eccezionale e ai soli effetti della legge penale, limitatamente all'attività legata a questa tipologia di finanziamenti e per il tempo della loro operatività – la qualifica di 'soggetto pubblico': per tal modo, lo stesso diverrebbe soggetto passivo del reato (oltre che destinatario della autocertificazione falsa) e la qualifica di pubblico agente lo scriminerebbe *a fortiori ex art. 51 c.p.*, indipendentemente da eventuali comportamenti scorretti del richiedente/percipiente. Per un verso, la ricordata qualifica soggettiva renderebbe applicabile lo statuto penale della pubblica amministrazione (con potenziale aggravio di responsabilità, giustificato dalle peculiari contingenze e dalle finalità degli interventi di sostegno); per altro verso, la qualifica di 'pubblico agente' scriminerebbe senza dubbio (*ex art. 51 c.p.*), come detto, il comportamento dell'operatore bancario indipendentemente da eventuali comportamenti scorretti del percipiente e ne escluderebbe in ogni caso alla radice il dolo di concorso (essendo la condotta del preteso 'concorrente' correlata al *munus publicum*), rimanendo nondimeno spazi per addebiti ulteriori in caso di illeciti realizzati dolosamente (es. abuso d'ufficio, corruzione, induzione indebita). Si badi: siffatta previsione – rigidamente limitata alla tipologia dell'attività, funzionale all'impiego di risorse pubbliche, unitamente al predeterminato confinamento temporale – non sarebbe distonica rispetto alla ormai consolidata e non revocabile in dubbio natura imprenditoriale (di carattere privatistico) dell'attività bancaria.

Sul versante delle norme incriminatrici che potrebbero venire in considerazione nel quadro di erogazioni ottenute attraverso la presentazione di richieste affette da elementi di decettività, oltre alla evidente configurabilità del reato di falso in autocertificazione (del quale sembrerebbe opportuno quantomeno un aggravamento sanzionatorio, se non addirittura l'introduzione di una previsione *ad hoc*), le altre figure ipotizzabili sono rappresentate dai delitti di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p., rispetto alle quali sarebbe fortemente consigliabile il richiamo espresso all'art. 7 d. lgs 123/98: forse ridondante sul piano ermeneutico, tale riferimento escluderebbe nondimeno alla radice dubbi sulla tipologia di erogazione. L'esigenza di irrobustire il trattamento sanzionatorio – che troverebbe fondamento nella natura pubblica delle provvidenze – potrebbe essere meglio assicurata attraverso la predisposizione di fattispecie incriminatrici autonome (e non invece di circostanze aggravanti, soggette al meccanismo del bilanciamento).

La natura problematica dell'inquadramento di un caso di 'malversazione' (in senso atecnico) riferita alle provvidenze economiche in questione nella fattispecie di "indebita percezione" (art. 316-*ter* c.p.) o di truffa aggravata (art. 640-*bis* c.p.) suggerisce la previsione di una fattispecie *ad hoc* (che ben potrebbe essere costruita anch'essa come disposizione temporanea ed eccezionale). Al di là degli incerti confini tra le due ipotesi

di reato, l'esigenza (per ragioni di celerità) di ridurre l'istruttoria bancaria nell'erogazione dei finanziamenti indurrebbe a ritenere integrata la meno grave *figura criminis*, che secondo la dominante giurisprudenza si differenzia dalla truffa essenzialmente per la mancanza dell'estremo di induzione in errore del soggetto passivo. Estremo che potrebbe essere recuperato nell'ipotesi di una autocertificazione 'speciale', caratterizzata da contenuti maggiormente pregnanti rispetto a quelli attualmente stabiliti.

Conformemente alla ricordata interpretazione, la falsità dell'autodichiarazione del percipiente (assorbita nell'incriminazione *ex art. 316-ter c.p.*) costituirebbe mero 'strumento' dell'indebita percezione, escludendo gli estremi della truffa, con quanto ne consegue sul piano sanzionatorio e dell'accertamento processuale (collocazione tra i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e cognizione del tribunale in composizione collegiale). Diverrebbe peraltro superfluo, in tale prospettiva, il problema dell'applicabilità congiunta di delitti contro la fede pubblica (art. 483 c.p.), essendo, come detto, i reati di falso assorbiti dall'art. 316-ter c.p.

3.2. L'erogazione e l'impiego: controlli e sanzioni.

La fonte (intesa come la garanzia pubblica) e la ragione d'essere dei mezzi che l'intervento mette a disposizione delle imprese suggerisce fortemente il loro inquadramento in senso pubblicistico e costituisce ragione conclusiva per ritenere che la loro destinazione non possa essere legittimamente diversa da quella indicata da d.l. 23/2020 (ancora una volta il riferimento va all'impresa in senso istituzionale e all'impiego di dette risorse in modo funzionale ad essa).

La notazione che precede implica controlli (successivi) rigorosi, con una precisazione ulteriore. I controlli successivi scontano l'esigenza non rinunciabile della tracciabilità dei flussi, che principia dall'accredito del finanziamento su un conto dedicato (ciò che dovrebbe essere stabilito con apposita disposizione di legge) e prosegue attraverso la rendicontazione (secondo tempistiche programmate) dell'impiego.

La matrice pubblicistica della garanzia che accede a tali finanziamenti e lo scopo al quale l'immissione di liquidità nel sistema è rivolta costituiscono ragioni bastevoli a giustificare un simile assetto di controllo. Eventuali scostamenti dovrebbero formare oggetto di segnalazioni di operazioni sospette, secondo lo sperimentato modello previsto dalla normativa antiriciclaggio.

L'intervento sanzionatorio penale dell'eventuale fatto distrattivo s'incardina su fattispecie di duplice matrice: da un lato quelle di bancarotta, dall'altro quelle riconducibili alle figure della truffa aggravata o degli artt. 316-bis o 316-ter c.p. ovvero (in via mediata) del riciclaggio o dell'autoriciclaggio. Rispetto all'esigenza di assicurare la corretta allocazione delle risorse (*id est*: che i finanziamenti non vengano destinati a scopi diversi da quelli del sostegno dell'impresa), i gravi reati di bancarotta sono disfunzionali in quanto, condizionati dalla dichiarazione di fallimento, dispiegano la loro portata repressiva quando ormai la dispersione delle risorse si è interamente

compiuta e non permettono atti d'indagine potenzialmente idonei a interrompere la realizzazione delle condotte distrattive. In questo senso prospettive maggiormente proficue forniscono le altre figure d'incriminazione. Ferma restando – ovviamente – la loro applicabilità quando ne dovessero ricorrere le condizioni, l'esigenza di assicurare che i finanziamenti non vengano dispersi verso ambiti diversi da quelli stabiliti dal legislatore e funzionali al sostegno delle imprese non può essere affidata soltanto alla comminatoria – pur severa – dei reati fallimentari.

Alcune delle criticità delle figure dei reati comuni (artt. 316-ter e 640-bis c.p.) sono state in precedenza evidenziate e a quelle considerazioni si fa rinvio. Preme qui segnalare la configurabilità delle figure d'incriminazione del riciclaggio e dell'autoriciclaggio, che sembrano adattarsi agevolmente alla fattispecie concreta. In quest'ottica si consideri che la condotta distrattiva (*id est*: la destinazione delle risorse mutate a fini diversi da quelli tipicamente indicati nel d.l. 23/2020), integrando un fatto penalmente rilevante (al limite nella forma della più lieve appropriazione indebita), fomenta la configurabilità dei delitti di autoriciclaggio o di riciclaggio (a seconda della qualità soggettiva dell'autore e ferma l'integrazione delle relative note modali), figure incriminatrici – queste ultime – che permettono l'attivazione di misure cautelari reali, idonee a evitare la dispersione ulteriore (e, potenzialmente, la irrecuperabilità) delle risorse.

In una diversa prospettiva, potrebbe essere immaginata la formulazione di una specifica figura d'incriminazione calibrata su condotte distrattive dei fondi erogati sulla base dei finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: la natura di tali fondi e la loro destinazione giustificano una specifica reazione sanzionatoria (che potrebbe persino avere natura di norma eccezionale, collegata alla situazione peculiare in modo da non introdurre stabilmente nel sistema varianti non sufficientemente meditate quanto a riflessi complessivi). Sul versante del rispetto delle esigenze di determinatezza e precisione, la disposizione sarebbe facilmente modellabile, posto che il fatto tipico potrebbe essere descritto in negativo a partire dalle destinazioni espressamente indicate dal d.l. 23/2020 come proprie per i fondi per tal modo erogati (cfr, ad es., art. 1, co. 2 lett. n d.l. cit.).

Tornando brevemente all'ambito del penal-fallimentare, potrebbe essere appropriata una integrazione del disposto dell'art. 217-bis l. fall., che tenga conto delle 'operazioni' di finanziamento contemplate dall'art. 1 d.l. 23/2020. Per certo la tormentata norma della legge fallimentare (inadeguata a principiarsi dalla sua intitolazione) meriterebbe un ben più profondo ripensamento, ma nell'attuale contesto – correttamente governato dalla tempestività – non v'è spazio per un intervento radicale, bastevoli qui essendo poche e marginali integrazioni.

La divisata modifica normativa potrebbe consistere nella inserzione di un secondo comma che stabilisca l'applicazione della previsione del primo comma dello stesso art. 217-bis l. fall. anche nei confronti delle attività di concessione ed erogazione dei finanziamenti garantiti ai sensi del d.l. 23/2020 qualora poste in essere nel rispetto delle prescrizioni ivi previste.

Tale nuova disposizione avrebbe lo scopo di estendere il meccanismo esimente per taluni reati di bancarotta, ai sensi dell'art. 217-bis r.d. 267/1942, alle attività di

concessione ed erogazione di finanziamenti ai sensi del d.l. 23/2020. L'integrazione in discorso appare opportuna per chiarire che le "Esenzioni dai reati di bancarotta" di cui alla citata norma della legge fallimentare trovano applicazione anche con riferimento alle attività creditizie connesse all'emergenza Covid-19.

L'operatività dell'esimente di cui al nuovo capoverso dell'art. 217-*bis* l. fall. dovrebbe essere comunque subordinata all'osservanza delle prescrizioni previste dal d.l. 23/2020, laddove la violazione delle medesime può determinare non soltanto l'integrazione degli estremi di reato con riguardo alla percezione delle provvidenze pubbliche, ma esclude altresì il giudizio di non meritevolezza di pena sotteso alla norma di favore in materia penal-fallimentare.

In altri termini, l'inosservanza delle prescrizioni (ad esempio: la falsità nell'autocertificazione) lascerebbe intatta la punibilità dell'autore dell'autocertificazione in relazione ai reati fallimentari, mentre il soggetto che concede o eroga il finanziamento sarebbe punibile a titolo di concorso soltanto qualora fosse a conoscenza della falsità dell'autocertificazione.

Con l'occasione nel primo comma dell'art. 217-*bis* r.d. 267/1942 potrebbero essere opportunamente inserite le parole "strumentali all'esecuzione" (prima dei termini "in esecuzione") al fine di consentire l'operatività della norma di favore con riferimento a condotte prodromiche alle procedure di risanamento, fermo restando che la non meritevolezza di pena dipende dall'effettivo avvio di uno dei meccanismi di superamento della crisi richiamati dalla disposizione stessa e dalla positiva valutazione delle misure strumentali al risanamento.

4. La disciplina riguardante le imprese con dipendenti in numero non superiore a 499.

Ai sensi dell'art. 13 d.l. 23/2020 un regime speciale è contemplato per le imprese con numero dipendenti non superiore a 499 e permette l'erogazione di nuova finanza tramite il fondo di garanzia delle PMI. Detto che nella richiesta effettuata tramite l'accesso al Fondo di Garanzia il rilascio delle garanzie è automatico e non richiede alcuna valutazione da parte del Fondo stesso, l'istituto di credito viene chiamato a effettuare una verifica di carattere meramente formale circa il possesso dei requisiti di ammissibilità alla concessione del beneficio. In siffatto contesto ad assumere rilevanza pressoché esclusiva sarà l'autocertificazione del richiedente, tanto nella fase della erogazione quanto in quella successiva del controllo, posta la natura essenzialmente formale delle verifiche richieste.

È invece peculiare la previsione della lettera g del primo comma del menzionato art. 13, secondo cui, mentre, da un lato, si stabilisce che "la garanzia è concessa anche a favore di beneficiari finali che presentano, alla data della richiesta della garanzia, esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate come 'inadempienze probabili' o 'scadute o sconfinanti deteriorate' ai sensi del paragrafo e, parte B della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia e successive modificazioni, purché la predetta classificazione non sia precedente alla data del 31 gennaio 2020" e fermo restando che "sono, in ogni caso, escluse le imprese che presentano esposizioni

classificate come ‘sofferenze’ ai sensi della disciplina bancaria”, dall’altro si prevede che i finanziamenti sono concedibili anche per le imprese che “in data successiva al 31 dicembre 2019 sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis [l.fall.] (...), hanno stipulato accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis o hanno presentato un piano attestato di cui all’articolo 67 (...), purché, alla data di entrata in vigore del presente decreto legge, le loro esposizioni non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e *la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, sia convinta che verosimilmente vi sarà il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi dell’art. 47-bis, comma 6, lettere a) e c) del Regolamento 575/2013*”¹¹.

Indipendentemente dalle ragioni che possono aver motivato siffatta previsione (con ogni probabilità legate al delicato tema degli aiuti di Stato), essa appare distonica non tanto per l’estensione della finanziabilità anche a imprese che già manifestano condizioni di significativa criticità, quanto perché viene espressamente richiesta alla banca finanziatrice una valutazione prospettica – ancorché in termini di verosimiglianza – circa la probabilità di rimborso integrale. A tacere della assoluta atecnicità del richiamo al concetto di verosimile, sta il rilievo che stime prognostiche di tal genere non possono essere sorrette, nel presente contesto, da criteri razionalmente plausibili.

¹¹ Enfasi aggiunta.