

In materia di bancarotta per distrazione, la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore (sia egli di fatto o di diritto), della destinazione dei suddetti beni

Autore: Di Tullio D'Elisiis Antonio

In: Giurisprudenza commentata

(Annullamento senza rinvio)

(Riferimento normativo: Legg. fall., art. 216, c. 1, n. 1)

Il fatto

La Corte d'appello di Brescia aveva, in parziale riforma della decisione del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale in sede del 3 novembre 2011, con la quale era stata affermata la responsabilità penale di G. A. in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta documentale e patrimoniale per distrazione in relazione alle vicende di A. costruzioni s.r.l., assolto l'imputato dalla condotta sub 1) (distrazione di somme non contabilizzate per gli anni 2005 e 2006), rideterminato la pena.

I motivi adottati nel ricorso per Cassazione

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Brescia proponeva ricorso l'imputato, per mezzo del difensore, Avv. E. P., articolando due motivi così formulati: 1) **violazione della legge penale e correlato vizio di motivazione in riferimento all'affermazione di responsabilità:** quanto al punto 8) dell'imputazione, relativo alla registrazione per cassa, e non secondo il criterio di competenza, di una fattura relativa all'anno 2004, per essere il reato di cui all'art. 224 I.f. estinto per prescrizione; quanto al punto 2), riferito alla distrazione di somme portate da assegni emessi in favore dell'imputato, per non avere la corte territoriale valutato come si sarebbe potuto escludere la rilevanza penale trattandosi di rimborsi di finanziamenti anticipati dall'A. per coevi pagamenti inerenti l'attività della società dal

medesimo amministrata di fatto; quanto ai punti 3) e 4), per avere i giudici di merito ritenuto provata, secondo presunzioni, la distrazione delle somme per cassa alla sola stregua della natura fittizia delle fatture a cui i prelievi si riferivano non potendo, invece, da tale circostanza, né dal silenzio dell'imputato, evincersi l'esistenza delle somme e la loro deviazione dagli scopi sociali; quanto al punto 5), riferito alla distrazione di somme relative al pagamento di fornitori insinuatisi al passivo, per avere la corte ritenuto contraddittoriamente da un lato inattendibile la contabilità, tanto da configurare la più grave fattispecie di bancarotta documentale in luogo del reato di cui agli artt. 224, 217 I.f. e, dall'altro, provata l'esistenza della medesima provvista, in assenza di elementi indiziari; quanto ai punti 7) e 6), per contraddittorietà della motivazione riguardo la bancarotta documentale, in presenza dell'intera documentazione contabile, rinvenuta dagli organi della curatela ed utilizzata al fine della dimostrazione delle distrazioni riferibili agli ultimi due anni di attività; 2) **violazione della legge penale e correlato vizio di motivazione in relazione all'applicazione dell'art. 81 cod. pen.** avendone erroneamente la corte territoriale statuito l'esclusione pur in presenza di un programma generico di attività delinquenziale e dell'unicità dello scopo.

Le valutazioni giuridiche formulate dalla Cassazione

La Corte di Cassazione accoglieva il ricorso ma solo in parte.

Orbene, vediamo come.

La Cassazione rilevava prima di tutto come cogliesse nel segno la censura articolata al primo punto del primo motivo, in riferimento alla prescrizione del reato di cui all'art. 224 I.f., maturata in epoca antecedente alla sentenza impugnata atteso che, tenuto conto degli atti interruttivi, il reato contestato al n. 8) dell'imputazione si era estinto l'8 febbraio 2016 e dunque la sentenza impugnata doveva essere, pertanto, annullata senza rinvio limitatamente alle relative statuizioni.

A fronte di ciò, però, il Supremo Consesso denotava come non fossero rinvenibili le condizioni per emettere una pronuncia liberatoria stante il fatto che, come ravvisato nella pronuncia in commento, costituisce ius receptum nell'orientamento di legittimità che la formula di proscioglimento nel merito prevale sulla dichiarazione di improcedibilità per intervenuta prescrizione soltanto nel caso in cui sia rilevabile, con una mera attività ricognitiva, l'assoluta assenza della prova di colpevolezza a carico dell'imputato ovvero la prova positiva della sua innocenza, e non anche nel caso di mera contraddittorietà o insufficienza della prova che richiede un apprezzamento ponderato tra opposte risultanze (Sez. 6, n. 10284 del 22/01/2014, omissis, Rv. 259445, Sez. 4, n. 23680 del 07/05/2013, omissis, Rv. 256202; Sez. 1, n. 43853 del 24/09/2013, omissis, Rv. 258441) deducendosi al contempo come, per un verso, siffatto orientamento si ponesse in linea di continuità con i principi già definitivamente affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte che avevano ribadito come, in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice sia legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129, comma secondo cod. proc. pen. soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione

del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di "constatazione", ossia di percezione ictu oculi, che a quello di "apprezzamento" e sia quindi incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento (Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Rv. 244274, omissis), per altro verso, in questa stessa sentenza, si fosse anche stabilito che, in presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva (Sez. U, ibidem, Rv. 244275).

Posto ciò, si evidenziava come nel caso di specie l'infondatezza delle censure difensive escludesse ex se l'applicabilità di una più ampia formula liberatoria in presenza di una motivazione del tutto corretta in diritto e non illogicamente articolata nelle sue cadenze argomentative e da ciò si perveniva alla conclusione secondo la quale la sentenza impugnata doveva essere annullata senza rinvio limitatamente alle relative statuizioni mentre veniva demandato alla corte territoriale il compito di procedere alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio eliminando la relativa porzione di pena.

Venivano invece ritenute infondate le ulteriori censure contenute nel primo motivo.

Si faceva presente a tal riguardo come prima di tutto fosse inammissibilmente formulato l'argomento d'impugnazione, relativo al punto n. 2) dell'imputazione, sub specie di vizio della motivazione, che si limitava ad ipotizzare, in senso meramente ottativo, una eventuale ed imprecisata causale restitutiva dei prelievi pari ad C. 73.000,00 effettuati dall'imputato mediante incasso di assegni in favore del medesimo emessi, di cui non risultava giustificazione alcuna posto che, ad avviso della Corte di Cassazione, la corte territoriale aveva ampiamente argomentato, facendo corretta applicazione del principio per cui integra l'ipotesi del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, l'amministratore che disponga a suo favore il rimborso dei finanziamenti effettuati nei confronti della società considerato che la qualità di creditore non si può scindere da quella di amministratore, in quanto tale, vincolato alla società dall'obbligo della fedeltà e da quello della tutela degli interessi sociali anche nei confronti dei terzi (Sez. 5, n.2273 del 06/12/2004 - dep. 2005, omissis, Rv. 231289).

Si evidenziava, in particolare, che, nelle conformi sentenze di merito, risultando, altresì, ampiamente ripercorse, con specifici riferimenti diacronici alla procedura fallimentare, le operazioni di prelievo per cassa (punti 3) e 4)), formalmente destinate al pagamento di fatture, i cui indici di fittizietà risultavano analiticamente esposti nella pronuncia di primo grado e ulteriormente specificati nella sentenza impugnata, e di fornitori (punto 5) erano rimasti insoddisfatti; in altri termini, osservava la Corte, si trattava di condotte non solo di per sé pregiudizievoli degli interessi dei creditori, in quanto idonee ad esporre a pericolo la garanzia di soddisfacimento delle loro ragioni, ma poste in essere nell'evidente intento di giustificare artificiosamente pagamenti invece non dovuti e, comunque, rimasti inevasi, con conseguente evidenza di specifici indici di consapevolezza del predetto periculum e, dunque, di frodolenza (Sez. 5, n.38396 del 23/06/2017, omissis, Rv. 270763).

Ed alle razionali argomentazioni dei giudici di merito, ancorate alle emergenze testimoniali e documentali, il ricorrente opponeva generiche censure, che finivano per negare la disponibilità delle stesse somme risultate distratte, senza affrontare argomentativamente e contrastare la puntuale analisi svolta (foll. 13-14 sentenza impugnata), che potesse dare conto di un mero espediente contabile a copertura di indebiti prelevamenti.

A fronte di tale vulnus difensivo, si osservava invece come, premesso che la responsabilità per il delitto di bancarotta per distrazione richiede l'accertamento della previa disponibilità, da parte dell'imputato, dei beni non rinvenuti in seno all'impresa (Sez. 5, n. 7588 del 26/01/2011, omissis, Rv. 249715), si ribadiva che **la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti** (Sez. 5, n. 22894 del 17/04/2013, omissis, Rv. 255385) in quanto le condotte descritte all'art. 216, comma primo, n. 1 I. fall., hanno (anche) diretto riferimento alla condotta infedele o sleale del fallito nel contesto della garanzia che su di lui grava in vista della conservazione delle ragioni creditorie e, proprio in funzione di siffatta garanzia, che si spiega l'onere dimostrativo posto a carico del fallito, nel caso di mancato rinvenimento di cespiti da parte della procedura, trattandosi, invero, di sollecitazione al diretto interessato perché fornisca la dimostrazione della concreta destinazione dei beni o del loro ricavato, risposta che (presumibilmente) soltanto egli, che è (oltre che il responsabile) l'artefice della gestione, può rendere (Sez. 5, n. 7588 del 2011 cit., in motivazione).

In altri termini, a fronte del sicuro ingresso nel patrimonio dell'imprenditore di componenti attive e dell'assoluta impossibilità di ricostruire la destinazione delle stesse, del tutto ragionevolmente si può

desumere che queste ultime siano state sottratte alla garanzia dei creditori nella piena consapevolezza della concreta pericolosità di tali condotte in vista del soddisfacimento delle loro pretese stante il fatto che, come appena visto poco prima, **la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore (sia egli di fatto o di diritto), della destinazione dei suddetti beni** (Sez. 5, n. 8260/16 del 22 settembre 2015, omissis, Rv. 267710; Sez. 5, n. 19896 del 7 marzo 2014, omissis, Rv. 259848; Sez. 5, n. 11095 del 13 febbraio 2014, omissis, Rv. 262740; Sez. 5, n. 22894 del 17 aprile 2013, omissis, Rv. 255385; Sez. 5, n. 7048/09 del 27 novembre 2008, omissis, Rv. 243295; Sez. 5, n. 3400/05 del 15 dicembre 2004, omissis, Rv. 231411).

Si rilevava inoltre come siffatto principio fosse stato ancorato da parte dei giudici di legittimità ordinaria alla peculiarità della normativa concorsuale dato che l'imprenditore è posto dall'ordinamento in una posizione di garanzia nei confronti dei creditori con conseguente responsabilità del gestore per la conservazione delle risorse e dei beni sociali in ragione dell'integrità della garanzia stessa mentre la perdita ingiustificata del patrimonio o l'elisione della sua consistenza danneggia le aspettative della massa creditoria ed integra l'evento giuridico sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta.

Tale criterio ermeneutico, inoltre, nella decisione in esame, veniva ulteriormente illustrato nel senso di far

presente che, nello statuto dei reati fallimentari, l'apporto conoscitivo proveniente dall'imputato si declina peculiarmente, ponendo a carico dello stesso uno specifico onere di collaborazione con gli organi della curatela e di giustificazione riguardo l'adempimento degli obblighi che gravano sull'imprenditore e dunque la responsabilità dell'imprenditore, per la conservazione della garanzia patrimoniale verso i creditori e l'obbligo di verità, penalmente sanzionato, gravante ex art. 87 I. fall. sul fallito interpellato dal curatore circa la destinazione dei beni dell'impresa giustificano una inversione dell'onere della prova a carico dell'amministratore della società fallita solo apparente che ripete il suo fondamento dal complesso degli obblighi di fonte normativa che gravano sull'imprenditore e che non consentono, in caso di mancato rinvenimento di beni aziendali o del loro ricavato, di ritenere sufficienti generiche asserzioni, soprattutto ove non riscontrate dall'esistenza di idonea documentazione contabile.

Delineato il quadro ermeneutico di riferimento in questi termini, i giudici di piazza Cavour mettevano in risalto il fatto che il ricorrente pretendeva di ravvisare - in presenza di una assoluta mancanza di giustificazione proveniente dall'imputato - un insanabile profilo di contraddittorietà, in punto di dimostrazione della disponibilità delle risorse non rinvenute, con la contestuale contestazione di bancarotta documentale omettendo di confrontarsi con la motivazione della sentenza impugnata che, con articolata e razionale cadenza argomentativa (foll. 17-18), evidenziava puntualmente le fonti documentali che, in un più ampio contesto di fraudolenta cessazione delle annotazioni, dimostravano l'esistenza dei cespiti e delle risorse non rinvenute dagli organi della curatela.

Tal che se ne faceva conseguire come fossero complessivamente infondate le censure articolate in punto di responsabilità.

Per quanto attiene il secondo motivo, questo veniva ritenuto dagli ermellini generico.

Si rilevava difatti come il ricorrente lamentasse il mancato riconoscimento del vincolo della continuazione tra i fatti oggetto del presente procedimento ed il reato di ricettazione di cui alla sentenza del Gip del Tribunale di Brescia del 27 gennaio 2007, irrevocabile, omettendo - a fronte dell'ampia disamina svolta dalla corte territoriale al riguardo (ff. 18-19) - anche solo di dedurre gli indicatori di una unitaria riconducibilità ideativa, invece erroneamente apprezzati dal giudice d'appello, ponendo in tal guisa la doglianza nell'alveo dell'inammissibilità (Sez. U. n.8825 del 27/10/2016 - dep. 2017, omissis, Rv. 268822).

Il secondo motivo di ricorso veniva, pertanto, dichiarato inammissibile.

La sentenza impugnata doveva essere, invece, ad avviso della Corte, annullata con rinvio in riferimento alla determinazione della durata delle pene accessorie, applicate all'imputato dato che, con la sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, u.c., R.D. 267/1942 nella parte in cui dispone che "la condanna per uno dei delitti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa" e siffatta declaratoria - avente efficacia ex tunc ai sensi dell'art. 30 della I. costituzionale n. 87 del 1953 -

trovava applicazione nell'ambito del presente procedimento in quanto, sebbene questione non investita dal ricorso, la durata delle sanzioni accessorie come determinata nella sentenza impugnata si qualifica in termini di (sopravvenuta) illegalità della pena, apprezzabile ex officio in sede di legittimità (S.U. n.33040 del 26 febbraio 2015, omissis, Rv. 264207) e ciò in ragione del fatto che, in questa sentenza, la Consulta aveva esplicitamente escluso l'applicabilità dello strumento di commisurazione (cor)relativa declinato dall'art. 37 cod. pen. che, in ipotesi di pena accessoria indeterminata, ne determina la durata nella stessa misura della pena principale ritenendo il relativo meccanismo non adeguato ad assicurare la necessaria autonoma quantificazione in considerazione della specifica e non sovrapponibile funzione del diverso ordine di pene, sia in relazione al diverso carico di afflittività rispetto ai diritti fondamentali della persona, che della diversa finalità.

Orbene quanto enunciato dal giudice delle leggi in siffatta decisione non era ritenuto vincolante in una prima applicazione giurisprudenziale (Sez. 5, 7 dicembre 2018 omissis, informazione provvisoria n.16/2018), mentre altro orientamento (Sez. 5, 13 dicembre 2018 omissis; Sez. 5, n. 5882 del 6 febbraio 2019, Rv. 274413) si era determinato nel senso di dover rimettere al giudice del merito la determinazione discrezionale dell'entità delle pene accessorie ex art. 216 u.c..

A fronte di tale contrasto giurisprudenziale, alle Sezioni Unite (Sez. 5, I.f., omissis) veniva rimessa la questione «se le pena accessorie previste per il reato di bancarotta fraudolenta dall'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare, come riformulato ad opera della sentenza n.222 del 5/12/2018 della Corte costituzionale con sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, mediante l'introduzione della previsione della sola durata massima "fino a dieci anni" debbano considerarsi pena con durata non predeterminata e quindi ricadere nella regola generale di computo di cui all'art. 37 cod. pen. (che prevede la commisurazione della pena accessoria non predeterminata alla pena principale inflitta), con la conseguenza che è la stessa Cassazione a poter operare la detta commisurazione con riferimento ai processi pendenti; ovvero se, per effetto, della nuova formulazione, la durata delle pene accessorie debba invece considerarsi predeterminata entro la forbice data, con la conseguenza che non trova applicazione l'art. 37 cod. pen. ma , di regola, la rideterminazione involge un giudizio di fatto di competenza del giudice del merito, da effettuarsi facendo ricorso ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen.».

Orbene, come si evince in questa stessa pronuncia (ossia quella in commento), dalla relativa informazione provvisoria, risulta che, con sentenza del 28 febbraio 2019, le Sezioni Unite avevano statuito come «le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fall., nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 della Corte costituzionale, così come le altre pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.» in guisa tale che, in applicazione dell'enunciato principio di diritto, che assegna alla discrezionalità del giudice del merito la verifica dei parametri di commisurazione della pena accessoria, in quanto sanzione predeterminata, in riferimento al carico di afflittività rispetto ai diritti fondamentali della persona (libertà di iniziativa economica) ed alla finalità (non [solo] rieducativa) della medesima, la sentenza impugnata veniva annullata limitatamente alla determinazione della durata delle sanzioni accessorie di cui all'art. 216 u.c. I.f., irrogate all'imputato nella misura di dieci anni, con rinvio al giudice di merito per nuovo

esame sul punto.

La Suprema Corte, di conseguenza, alla luce delle considerazioni sin qui esposte, per un verso, annullava senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla condotta di cui all'art. 224 I.f., come contestata al punto n. 8 dell'imputazione, perché il reato è estinto per prescrizione, per altro verso, annullava la sentenza impugnata quanto alla determinazione del trattamento sanzionatorio con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Brescia per nuovo esame rigettando nel resto il ricorso.

Volume consigliato

Conclusioni

La sentenza in commento si appalesa assai interessante specialmente nella parte in cui chiarisce in che modo può essere acclarata la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita per quel che riguarda il delitto di bancarotta per distrazione e a chi spetta fornirla.

Infatti, postulandosi che la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell'amministratore (sia egli di fatto o di diritto), della destinazione dei suddetti beni, viene chiarito per l'appunto come questa prova può essere appurata e a chi compete produrla.

Siffatta decisione, dunque, riveste una certa importanza ogni qualvolta si ponga, da un lato, il problema di accertare questo illecito penale, dall'altro, quale prova è tenuto a fornire l'amministratore per escluderne la sussistenza.

Il giudizio in ordine a quanto statuito in tale pronuncia, pertanto, non può che essere positivo.

<https://www.diritto.it/in-materia-di-bancarotta-per-distrazione-la-prova-della-distrazione-o-delloccultamento-dei-beni-della-societa-dichiarata-fallita-puo-essere-desunta-dalla-mancata-dimostrazione-ad-opera-dellammin/>