

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

Si riporta la giurisprudenza di legittimità più significativa – divisa per argomento – in tema di reati fallimentari ed in tema di concordato preventivo, tratta dalle *Rassegne annuali della giurisprudenza penale di legittimità* – Ufficio del massimario¹.

Amministratore formale e amministratore di fatto: gli elementi indicatori per individuare tale ultima figura.

La giurisprudenza della Corte è costante nell'affermare che nessun dubbio, in via astratta, sussiste sulla possibilità di ritenere l'amministratore di fatto responsabile del reato di bancarotta in quanto la norma incriminatrice non si riferisce solo alla persona formalmente investita dalla carica, ma anche a colui che gestisce realmente il patrimonio sociale compiendo l'attività propria degli amministratori.

Sulla scia di quanto affermato in modo pressoché costante negli ultimi anni, Cass. pen., Sez. 5, n. 27264 del 10/7/2020, Fontani, Rv. 279597-01 e così, in motivazione, anche Cass. pen., Sez. 5, n. 33114, dell'8/10 2020, Martinenghi, Rv. 279838-01, hanno ritenuto, quindi, che i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 legge fall. vanno individuati sulla base delle concrete funzioni esercitate, senza rapportarsi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta.

Nella sentenza n. 27264/2020, in motivazione, si è precisato che la ricostruzione del profilo di amministratore di fatto deve necessariamente va compiuta sulla base di specifici indicatori, facendo riferimento alle attività in concreto espletate riconducibili, sulla base delle massime di esperienza, ad indici sintomatici quali:

- la diretta partecipazione alla gestione della vita societaria
- la generalizzata identificazione nelle funzioni amministrative da parte dei dipendenti e dei terzi
- l'intervento nella declinazione delle strategie di impresa e nelle frasi nevralgiche dell'ente economico.

La Corte, quindi, ha sottolineato quanto siano differenti i tratti distintivi delle due figure di amministratore formale e di amministratore di fatto in ambito penalistico e in quello civilistico: mentre in ambito civilistico la qualifica di amministratore di fatto non implica l'esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di una società essendo richiesto "lo svolgimento di un'apprezzabile attività di gestione in termini non occasionali o episodici", ciò che rileva invece in sede penale, ai fini della possibile incriminazione, è la funzione di "regia" nell'amministrazione dell'ente, ossia la diretta partecipazione dell'amministratore di fatto nella declinazione delle fasi nevralgiche dell'impresa

¹ Fonte: Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*. Anno 2018, vol. 1, Roma, Poligrafico dello Stato; *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*. Anno 2019, vol. 1, Roma, Poligrafico dello Stato, pagg. 247 ss.; *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali*. Anno 2020, vol. 1, Roma, Poligrafico dello Stato.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

e nelle strategie economiche di questa in violazione del complesso dei doveri posti a presidio dell'interesse dei creditori, dei terzi e del mercato.

La Corte ha poi precisato che la presenza di un amministratore di diritto e l'esercizio da parte di questi dei poteri suoi propri non esclude la possibile presenza della figura di un co-amministratore di fatto, così come è possibile (e ciò si è verificato nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte nella sentenza da ultimo menzionata) che sussistano due co-amministratori di fatto, i quali, in posizione assolutamente paritetica tra loro o con l'amministratore formale, cogestiscano *de facto* la società.

Per altro verso, Cass. pen., Sez. 5, n. 32413 del 24/9/2020, Loda, Rv. 279831-01, ha ritenuto, conformemente a quanto già affermato in precedenza (Cass. pen., Sez. 5, n. 50348 del 22/10/2014, Serpetti, Rv. 263225-01), che, in caso di concorso ex art. 40, comma secondo, c.p., dell'amministratore formale nel reato commesso dall'amministratore di fatto, è sufficiente per integrare il dolo del primo, in forma diretta o eventuale, la generica consapevolezza, pur non riferita ai singoli episodi delittuosi, delle attività illecite compiute dalla società per il tramite dell'amministratore di fatto e ciò anche se l'amministratore di diritto abbia accettato la carica al solo fine di fare da prestanome. Viceversa, come affermato da Sez. 5, n. 4710 del 14/10/2019, dep. 2020, Falcioni, Rv. 278156-01, nel caso di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo del concorrente *extraneus* nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, ma non è richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società che può rilevare sul piano probatorio, quale indice significativo della rappresentazione della pericolosità della condotta per gli interessi del ceto creditorio.

A tale affermazione – che trova il conforto nella prevalente e precedente giurisprudenza della Corte – consegue che qualunque atto distrattivo assume rilievo ai sensi dell'art. 216 l. fall. nel caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo e ciò in quanto il fallimento non costituisce (come ormai pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità) l'evento del reato che deve, invece, individuarsi nella lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori.

L'amministratore di fatto, in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 cod. civ., è gravato di tutti i doveri che fanno capo all'amministratore formale. Cass. pen., Sez. 5, n. 36870 del 21/12/2020, Marelli ha, conseguentemente, affermato, in motivazione, che egli, pur non essendo legittimato a presentare istanza di fallimento per la società amministrata di fatto, risponde in ogni caso del reato di cui agli artt. 224 e 217, comma primo, l. fall. ove non si attivi perché detta istanza venga presentata dal P.M., anch'egli legittimato ai sensi dell'art. 6 l. fall.

Responsabilità per il reato di bancarotta in capo ai sindaci.

Ai sensi della vigente disciplina normativa, il collegio sindacale è tipico organo di controllo, tenuto a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito sia

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

di garantire, a tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo sia di accertare che la contabilità sia tenuta in modo regolare (così, *ex multis*, Sez. 5, n. 26399 del 05/03/2014, Zandano, Rv. 260215-01; Sez. 5, n. 15360 del 05/02/2010, Rv. 246956-01). L'obbligo di vigilanza si sostanzia non solo nel mero controllo contabile, ma deve estendersi, ai sensi dell'art. 2403-*bis* cod. civ., anche al contenuto della gestione e, pertanto, il controllo sindacale, anche se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, non si risolve neppure in una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende anche un minimo riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile (Cass. pen., Sez. 5, n. 14045 del 22/03/2016, De Cuppis e altri, Rv. 266646-01).

Avuto riguardo a tali compiti, Cass. pen., Sez. 5, n. 28848 del 21/9/2020, D'Alessandro, Rv. 279599-01, ha affermato che, in tema di bancarotta semplice, i sindaci di una società dichiarata fallita, titolari, come si è detto, di un potere di controllo e non di attivazione diretta, rispondono del reato di cui agli artt. 217, comma primo, n. 4, e 224 l. fall., per aver omesso di attivarsi per rimediare all'inerzia dell'amministratore che non abbia chiesto il fallimento in proprio della società, così aggravandone il dissesto, solo quando la situazione di insolvenza sia rilevabile dagli atti posti a loro disposizione. Il giudice di merito dovrà, dunque, verificare, mediante un giudizio controfattuale (cd. procedimento di *addizione mentale*: si suppone esistente l'azione doverosa che si suppone omessa, onde verificare se l'evento di reato si sarebbe comunque verificato, *NdA*), se, qualora fossero state poste in essere le attività di impulso e controllo omesse, si sarebbe comunque realizzato l'aggravamento del dissesto.

Sempre in tema di responsabilità dei componenti del collegio sindacale, Cass. pen., Sez. 5, n. 11936 del 5/2/2020, De Lisa, Rv. 278985-01, ha escluso, nel caso di bancarotta per distrazione, la responsabilità dei componenti del collegio sindacale di una società diversa dalla fallita, nel reato proprio, ex art. 40, comma secondo, c.p., poiché essa è invocabile solo con riferimento all'obbligo di controllo dell'operato degli amministratori della società presso cui operano e non può invece estendersi ad atti di bancarotta compiuti da amministratori di società terze, in relazione ai quali possono concorrere solo attraverso una condotta attiva. Tale principio, del resto, (cfr. sul punto, Cass. pen., Sez. 5, n. 7556 del 28/11/2012, dep. 2013, Accorinti, Rv. 254653-01) opera anche con riferimento all'amministratore di una società diversa da quella fallita la cui responsabilità è configurabile solo con riferimento alla società amministrata e non può estendersi agli atti compiuti da amministratori di società terze tranne nel caso in cui, egli concorra, quale *extraneus*, nel reato commesso dall'altro amministratore mediante una partecipazione attiva.

La nozione di dissesto penalisticamente rilevante: cenni.

Giova a rammentare il concetto di **dissesto** rilevante in ambito penale fallimentare che – secondo la giurisprudenza della S.C. – deve essere inteso “non tanto come una condizione di generico disordine dell'attività della società,

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori" (Cass. pen., Sez. 5, 25/5/2011, n. 32899, Mapelli, Rv. 250934-01; Id., n. 15652 del 10/2/2020, Cagali, e n. 18524 del 2/3/2020, Gentile).

Il reato di bancarotta, dunque, sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta abbia soltanto aggravato una situazione di difficoltà già esistente in quanto il dissesto non si esprime istantaneamente, ma progredisce e dura nel tempo, tanto da essere suscettibile di misurazione (Cass. pen., Sez. 5, n. 16259 del 4/3/2010, Chini, Rv. 247254-01) e la situazione rilevante è il dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale, essendo, dunque, ininfluyente che, al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti, fosse già in atto una difficile condizione economica dell'impresa sulla quale la condotta ha inciso solo aggravandola.

La restituzione ai soci, nel periodo di insolvenza, dei finanziamenti concessi alla società: bancarotta fraudolenta per distrazione o bancarotta preferenziale?

Nell'ipotesi in cui l'amministratore di una società, nella fase di dissesto, si appropri di somme della fallita al fine di recuperare i propri crediti (anche quale socio) per le prestazioni lavorative svolte in favore dell'ente amministrato, ovvero nell'ipotesi in cui l'amministratore provveda a restituire ai soci (ovvero a sé stesso, quale socio) i finanziamenti dagli stessi erogati, sussiste un **contrasto** nella giurisprudenza penale di legittimità in ordine alla configurabilità della bancarotta preferenziale o della bancarotta fraudolenta per distrazione.

Bancarotta patrimoniale per distrazione

L'impostazione più rigida – e numericamente prevalente nella giurisprudenza della V sezione penale – in siffatta ipotesi configura la **bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione** poiché non è scindibile la qualità di creditore da quella di amministratore che, in quanto tale, è vincolato alla società dall'obbligo di fedeltà e da quello di tutela degli interessi sociali nei confronti dei terzi; inoltre il filone che aderisce a questa qualificazione giuridica argomenta nel senso che la restituzione di un finanziamento, in un periodo di difficoltà della società, oltre a violare il divieto di postergazione di cui all'art. 2467 cod. civ., assume un significato diverso e più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri vedi Cass. pen., Sez. F. n. 27132 del 13/8/2020, Villardita, Rv. 279633-02; Cass. pen., Sez. 5, n. 25773 del 20/2/2019, Scarpaci: fattispecie in cui i finanziamenti erano stati erogati dal medesimo amministratore *uti socius*; Cass. pen., Sez. 5 n. 50495 del 14/6/2018, Sestili, Rv. 274602-01; Sez. 5, n. 49509 del 19/07/2017, Allia, Rv. 271464-01; Sez. 5, n. 50188 del 10/5/17, Mascellani, Rv. 271775-01; Sez. 5, n. 41143

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

del 20/05/2014, Zavaroni, Rv. 261250-01; Sez. 5, n. 34505 del 06/06/2014, Marchesi, Rv. 264277-01; Sez. 5, n. 42710 del 03/07/2012, De Falco, Rv. 254456-01; Sez. 5, n. 25292 del 30/05/2012, Massocchi, Rv. 253001-01; Sez. 5, n. 2273 del 06/12/2004 -dep. 2005, Martella, Rv. 231289-01).

Cass. pen., Sez. 5, n. 25773 del 2019, Rv. 277577-01; Sez. 5, n. 14010 del 12/2/2020, Sarasso, Rv. 279103-01, con riferimento all'amministratore di società di persone, ha confermato il medesimo orientamento specificando, però, che ove il socio amministratore prelevi dalle casse sociali somme asseritamente corrispondenti a crediti vantati per l'attività lavorativa prestata dovrà indicare gli elementi che consentano di verificare in concreto l'oggettivo svolgimento di attività estranee e parallele alle funzioni inerenti la carica di amministratore in quanto il rapporto che si instaura tra amministratore e società amministrata, sia essa di persone, sia di capitali, non è assimilabile né ad un contratto d'opera, né ad un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato. Il rapporto di "immedesimazione organica" che lega l'amministratore alla società rileva ancor di più per le società di persone per la stretta connessione che sussiste tra il potere di amministrare e la responsabilità illimitata del socio, che ha un preciso interesse a svolgere l'attività gestoria. Da tale natura, invero, discende che la spettanza di un compenso all'amministratore non può essere data per scontata, ma deve essere appositamente decisa e determinata dai soci. Quando, invece, l'attività lavorativa venga esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, ove il fallito trattenga i proventi derivanti dall'esercizio di siffatta attività, sarà configurabile, come precisato da Sez. 5, n. 15650 del 24/1/2020, Gullino, Rv. 279213-01, bancarotta post-fallimentare solo per la parte di guadagno effettivo – calcolato detraendo i costi sostenuti dai ricavi conseguiti nell'esercizio della nuova attività – che ecceda i limiti necessari per il mantenimento suo e della propria famiglia.

Bancarotta preferenziale

A tale impostazione si contrappone quella seguita dall'altro filone (da ultimo v. Sez. 5, n. 8431 del 1/2/2019, Vesprini, Rv. 276031-01; Sez. 5, n. 32378 del 12/04/2018, Fagiolo, Rv. 273576-01; Sez. 5, n. 5186 del 02/10/2013 - dep. 2014, Giamundo, Rv. 260196-01; Sez. 5, n. 13318 del 14/2/2013, Viale, Rv. 254985-01; Sez. 5, n. 1793 del 10/11/2011 - dep. 2012, N., Rv. 252003-01; Sez. 5 n. 14908 del 7/3/2008, Frigerio, Rv. 239487-01) secondo cui, invece, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di **bancarotta preferenziale**, mentre la restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società. Secondo questo orientamento, non avendo i primi apporti di danaro natura di conferimenti di capitale di rischio, essi comportano il sorgere, in capo ai soci, di un credito chirografario, effettivo ed esigibile, senza che dalla sua restituzione consegua un effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale.

Pagamenti preferenziali con scopo di salvataggio.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

L'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta preferenziale è costituito dal dolo *specifico*, consistente nella finalità di recare un vantaggio ad uno o più creditori, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale (cioè dell'accettazione del rischio, *NdA*). Per Cass. pen., Sez. 5, n. 18528 del 18/6/2020, Mazza, tale finalità di recare un vantaggio a uno o più creditori, non è ravvisabile se il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia dell'attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile.

Sempre nella medesima sentenza si ribadisce poi il principio, già affermato in precedenza dalla Corte (Cass. pen., Sez. 5, n. 54502 del 03/10/2018, Raia, Rv. 275235-01), secondo cui, in tema di bancarotta preferenziale, qualora il fallito provveda al pagamento di crediti *privilegiati*, ai fini della configurabilità del reato, è necessario il concorso non già di qualsiasi altro credito, ma di altri crediti con *privilegio*, di grado prevalente o eguale, rimasti insoddisfatti per effetto del pagamento.

Segue: il *discrimen* tra bancarotta documentale semplice e fraudolenta. L'elemento psicologico.

Le differenze tra la bancarotta documentale *semplice* e la bancarotta documentale *fraudolenta* risiedono nell'elemento soggettivo del reato (dolo specifico in funzione differenziale):

- nell'ipotesi di bancarotta semplice, ex art. 217, comma secondo, legge fall., può indifferentemente essere costituito dal dolo e dalla colpa riscontrabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili (Cass. pen., Sez. 5, n. 53210 del 19/10/2018, Esposito, Rv. 275133-02);

- nella bancarotta fraudolenta documentale (art. 216, comma primo, n. 2, legge fall.), può essere individuato solo nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore. Ed invero, tale elemento soggettivo è integrato dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità possa rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio e del volume d'affari non essendo necessaria la specifica volontà di impedire la ricostruzione e tantomeno di arrecare pregiudizio ai creditori (Cass. pen., Sez. 5, n. 2900 del 2/10/2018, dep. 2019, Pisano, Rv. 274630-01; Sez. 5, n. 20514 del 22/10/2019, Martino, Rv. 275261-01).

La S.C. ha precisato con riferimento alla bancarotta fraudolenta documentale che il dolo (generico) deve essere desunto, con metodo logico-inferenziale, dalle **modalità della condotta contestata** e non dal solo fatto che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, poiché esso costituisce l'elemento materiale del reato ed è comune alla diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice, incriminata dall'art. 217, comma secondo, l. fall.; né esso può essere dedotto dalla circostanza che l'imprenditore si sia reso irreperibile dopo il fallimento,

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

costituendo detta condotta un *posterius* rispetto al fatto-reato (Cass. pen., Sez. 5, n. 26613 del 22/02/2019, Amidani, Rv. 276910-01: nella fattispecie l'imputato era stato assolto da una concorrente imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale; la S.C. ha ritenuto indispensabile una motivazione particolarmente rigorosa sull'elemento soggettivo dell'addebito residuo, la cui prova non poteva giovare della presunzione per la quale l'irregolare tenuta delle scritture contabili è di regola funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale).

Bancarotta documentale (semplice e fraudolenta): le scritture contabili oggetto del reato.

Numerose pronunce di legittimità si soffermano sull'*oggetto materiale* del reato di bancarotta documentale: le scritture contabili.

È principio pacifico - da ultimo ribadito da Cass. pen., Sez. 5, n. 16968 del 16/12/2019, dep. 2020, Sorge - quello secondo cui il reato di bancarotta fraudolenta documentale non può avere ad oggetto il bilancio, non rientrando quest'ultimo nelle nozioni di "libri" e "scritture contabili" previste dalla norma ex all'art. 216, comma primo, n. 2, l. fall. e che eventuali omissioni nei bilanci, sussistendone i presupposti, possono integrare solo la fattispecie di bancarotta *impropria da reato societario*.

Decisamente interessante è, poi, l'affermazione di Cass. pen., Sez. 5, n. 34146 del 27/5/2019, Colella, Rv. 277302-01, secondo cui anche la falsificazione del libro soci di una società a responsabilità limitata configura la bancarotta fraudolenta documentale, quando tale condotta incida sulla ricostruzione del patrimonio e degli affari dell'ente. L'interesse della decisione si sostanzia nel fatto che qui viene considerata rilevante anche la falsificazione di un libro sociale che, a norma degli artt. 2214 e 2421 cod. civ., non rientra nel novero dei "libri e delle scritture contabili" e nemmeno tra le scritture e i libri obbligatori.

Per giungere a questa conclusione, la Corte in premessa ricorda i due diversi orientamenti della giurisprudenza precedente - uno, più risalente, secondo cui solo nel caso di bancarotta documentale dell'imprenditore individuale vengono in considerazione i libri e le scritture contabili previsti dall'art. 2214 cod. civ., mentre per le società commerciali, in forza del richiamo di cui all'art. 223 l. fall., hanno rilevanza tutti i libri che la legge considera, per esse, obbligatori e, quindi, anche quelli elencati nell'art. 2421 cod. civ. (Sez. 5, n. 10810 del 20/10/1993, Virgili, Rv. 196305-01); l'altro, relativamente più recente, secondo cui devono essere esclusi dall'oggetto materiale del delitto in questione i libri sociali indicati nelle disposizioni di cui all'art. 2421 cod. civ. poiché essi rappresentano fatti relativi all'organizzazione interna della società e sempre che, però, la loro falsificazione non vada ad incidere direttamente sulla rappresentazione contabile dei fatti di gestione (Sez. 5, n. 182 del 23/11/2006, dep. 2017, Piovesan, Rv. 236045-01) - per poi ritenere che il profilo dirimente non può essere rappresentato dalla natura individuale o collettiva dell'impresa e neanche dall'obbligatorietà o meno di tenuta dei libri, ma dall'incidenza concreta della

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

condotta sulla ricostruzione del patrimonio e degli affari dell'impresa. Nonostante a seguito delle modifiche dell'art. 2478 cod. civ., operate dal d.l. n. 185 del 2008 conv. in l. n. 2 del 2009, non sia più obbligatoria, per le società a responsabilità limitata, la tenuta del libro soci, nella fattispecie in esame tale libro era stato tenuto e la sua falsificazione aveva ostacolato, in modo immediato e diretto, la ricostruzione degli affari sociali in quanto, l'imputato, quale liquidatore della società, dopo aver ottenuto la disponibilità di "una firma elettronica" a nome di un terzo, aveva intestato a questo, fittiziamente, le quote della società, gli aveva trasferito la carica di liquidatore e falsificato sia il verbale di assemblea, sia il libro soci nella parte relativa all'annotazione del trasferimento delle quote.

Nella specie, la falsificazione del libro soci aveva impedito la rappresentazione dell'identità sociale, danneggiando così i creditori che, attraverso l'identificazione dei soci, hanno modo di considerare la personale affidabilità di ciascuno. In conclusione, ciò che rileva, secondo i Giudici, ai fini della bancarotta fraudolenta (e non anche in quella semplice nella quale l'oggetto del reato è costituito dalle sole scritture obbligatorie) non è l'obbligatorietà o meno di un documento, ma l'incidenza di questo nella ricostruzione degli affari sociali.

Sempre in ipotesi di tenuta della contabilità mediante il sistema informatico, in un caso di perdita della disponibilità del *computer*, Cass. pen., Sez. 5, n. 12724 del 12/12/2019, dep. 2020, Conticello, Rv. 279019-01, ha ravvisato la bancarotta documentale semplice nell'ipotesi di mancata conservazione o del programma di lettura del supporto sul quale vengono conservate le scritture o della copia cartacea delle stesse, in quanto la possibilità di tenuta della contabilità mediante sistema informatico, prevista dall'art. 7, comma 4-ter, l. n. 489 del 1994, non determina il venir meno dell'obbligo dell'imprenditore di conservazione dei libri e delle scritture e, quindi, dell'obbligo del puntuale aggiornamento dell'esercizio corrente, della veridicità delle singole attestazioni dei libri contabili, nonché della loro conservazione, ma semplicemente comporta la necessità di modificarne le modalità di conservazione.

Si configura invece il reato di bancarotta *fraudolenta* documentale quando il dolo si atteggi in concreto quale volontà del soggetto agente di omettere la tenuta della contabilità interna allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, impedendo la ricostruzione dei fatti gestionali (così, Sez. 5, n. 18320 del 7/11/2019, dep. 2020, Morace, Rv. 279179-01) o rendendola anche solo molto difficoltosa così come quando la ricostruzione possa essere attuata diversamente presso terzi, ad esempio, attraverso l'esame di documentazione bancaria (Sez. 5, n. 21028 del 21/2/2020, Capasso, Rv. 279346-01) o quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza (così in motivazione, Sez. 5, n. 36011 del 9/10/2020, D'Ambrosio).

Invero, pur autorizzando il legislatore la tenuta della contabilità mediante il sistema informatico, l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta documentale è integrato dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità possa rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

patrimonio e del volume d'affari non essendo necessaria la specifica volontà di impedire la ricostruzione e tantomeno di arrecare pregiudizio ai creditori.

Da ultimo, la sentenza Cass. pen., n. 33114 dell'8/10/2020, Martinenghi, Rv. 279838-01, in linea con l'orientamento prevalente, ha precisato che l'occultamento delle scritture contabili, anche sotto la forma dell'omessa tenuta, sostanziandosi nella "fisica" sottrazione delle stesse alla disponibilità degli organi fallimentari, costituisce una fattispecie autonoma ed alternativa rispetto alla tenuta fraudolenta di tali scritture che presuppone un accertamento sui libri e scritture rinvenuti. Si tratta, questo, di un principio pacifico in giurisprudenza, che afferma da tempo (*ex multis*, Cass. pen., Sez. 5, n. 26379 del 05/03/2019, Inverardi, Rv. 276650-01; Sez. 5, n. 43977 del 14/7/2017, Pastechi, Rv. 271753-01) che la bancarotta fraudolenta documentale prevede due fattispecie *alternative*:

- quella di sottrazione o distruzione dei libri e delle scritture contabili, rispetto alla quale, trattandosi di sottrazione di tali scritture (anche sotto forma di omessa tenuta) alla disponibilità degli organi fallimentari, è necessario il dolo *specifico* di recare pregiudizio ai creditori;

- e quella di tenuta irregolare dei documenti o di fraudolenta tenuta, ove il dolo è *generico* e presuppone un accertamento su libri contabili effettivamente rinvenuti ed esaminati dai predetti organi.

Infine, in tema di bancarotta *semplice*, la giurisprudenza, nel riconoscere natura di pericolo (presunto) al reato, afferma da tempo che l'obbligo di tenere le scritture contabili non viene meno sino a quando l'azienda non ha formalmente cessato l'attività, anche in mancanza di passività insolute, occorrendo, a tal fine, la formalizzazione della cessazione con la cancellazione dal registro delle imprese. Il reato in questione di bancarotta documentale, di mera condotta, si configura, quindi, con l'inadempimento al precetto formale di cui all'art. 2214 cod. civ., non potendo riconoscersi rilevanza alcuna riconoscersi alla circostanza che non si verifichi, in concreto, alcun danno per i creditori (Cass. pen., Sez. 5, n. 20514 del 2019; Cass. pen., Sez. 5, n. 20911 del 19/04/2011, Gaiero, Rv.250407-01).

Attenuante del danno di speciale tenuità

Circa la possibilità di configurare la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, di cui all'art. 219, comma terzo, legge fall, per il delitto di bancarotta fraudolenta documentale, la giurisprudenza di legittimità ha indicato i requisiti in presenza di quali elementi può essere concessa.

Secondo la Cassazione, la circostanza attenuante in esame deve essere valutata in relazione al danno causato alla massa creditoria, in seguito all'incidenza che le condotte integranti il reato hanno avuto sulla possibilità di esercitare le azioni revocatorie e le altre azioni poste a tutela degli interessi creditori (così Cass. pen., Sez. 5, n. 19304 del 18/01/2013, Tumminelli, Rv 255439-01; Sez. 5, n. 13285 del 18/01/2013, Pastorello, Rv.255063-01; Cass. pen., Sez. 5, n. 7888 del 3/12/2018, dep. 2019, Bovini, Rv. 275345-01; Sez. 5, n. 45136 del 27/6/2019, Tirone).

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

In particolare, Cass. pen., Sez. 5, n. 7888 del 3/12/2018, cit., in motivazione, ha anche osservato che l'occultamento delle scritture contabili, rendendo impossibile la ricostruzione dei fatti di gestione dell'impresa fallita, impedisce la stessa dimostrazione del danno, onde la mancanza delle scritture non può essere utilizzata per presumere circostanze favorevoli all'imputato – quali, per l'appunto, la concedibilità dell'attenuante in questione – salvo che le contenute dimensioni dell'impresa non rendano plausibile la determinazione di un danno particolarmente ridotto.

Bancarotta "riparata".

Si parla di bancarotta "riparata" allorché la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che abbia quale effetto la reintegrazione del patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento in modo da evitare il pericolo che la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza. In tal modo si determina l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, annullando il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno (Cass. pen., Sez. 5, n. 11297 del 9/12/2019, dep. 2020, Sarno e, prima ancora, *ex multis*, Cass. pen., Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347-01; Cass. pen., Sez. 5, n. 50289 del 07/07/2015, Mollica, Rv. 265903-01).

Sulla scorta di tali principi, Cass. pen., Sez. 5, n. 34290 del 02/12/2020, Cappelletti, ha annullato la sentenza del giudice distrettuale che aveva escluso che la transazione, con cui il ricorrente aveva rinunciato all'indennità di buona uscita e ad altre voci dello stipendio, potesse equipararsi all'attività di integrale reintegrazione del patrimonio sociale sì da configurare la fattispecie della cd. "bancarotta riparata" e aveva motivato tale ragionamento sulla base dell'assunto che, anche se l'imputato aveva rinunciato a crediti certi ed esigibili, non aveva, però, restituito i beni distratti prima della dichiarazione di fallimento. Sul punto la Corte, nel richiamare principi già affermati in precedenza (da ultimo, Cass. pen., Sez. 5, n. 57759 del 24/11/2017, Liparoti, Rv. 271922-01), ha ritenuto che, ai fini della configurabilità della bancarotta riparata, non è necessaria la restituzione del singolo bene sottratto, ma un'attività di integrale reintegrazione del patrimonio anteriore alla declaratoria di fallimento, attività che ben potrebbe consistere nella rinuncia a crediti certi ed esigibili.

Per altro verso, Cass. pen., Sez. 5, n. 8445 del 04/02/2020, Abate, Rv. 278684-01, ha affermato, non discostandosi da un consolidato pregresso orientamento, che in tema di bancarotta patrimoniale per distrazione, non è configurabile l'attenuante della riparazione del danno, di cui all'art. 62, comma primo, n. 6, cod. pen., qualora la restituzione di beni oggetto della condotta distrattiva sia avvenuto a seguito del prospettato esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore fallimentare e non per iniziativa dell'imputato. Tale attenuante, infatti, è applicabile solo allorché la riparazione del danno, tanto nella forma specifica della restituzione, quanto in quella del risarcimento, sia effettiva, integrale e volontaria.

Bancarotta impropria.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

Sulla bancarotta impropria, secondo Cass. pen., Sez. 5, n. 30735 del 5/4/2019, Cassano, Rv. 276996-01, integra il delitto di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto e dei contributi previdenziali e assistenziali che abbia causato il dissesto della società, potendo il reato fallimentare concorrere con quello tributario e con quello previdenziale in ragione della diversità sia dei beni tutelati sia della struttura dei reati.

Secondo Cass. pen., Sez. 5, n. 22488 del 15/2/2019, Apolloni, Rv. 276202-01, le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall., possono consistere anche nella compensazione dell'ingente esposizione debitoria della società nei confronti del fisco con crediti inesistenti, in quanto siffatta operazione, comportando l'azzeramento meramente formale dei debiti, consente alla società di operare e contribuisce, in modo prevedibile, ad aggravare il dissesto della stessa determinando il maturarsi di ulteriori debiti con il fisco.

Cass. pen., Sez. 5, n. 43562 del 24/10/2019, Vigna, Rv. 277125-01 ha specificato che fattispecie di reato può essere integrata anche da condotte omissive, ovvero nella sistematica elusione dei doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo, quando esse comportino il fallimento della società e un depauperamento del patrimonio non giustificato dall'interesse per l'impresa.

Operazioni infragruppo.

Si riportano alcune pronunce significative in tema di operazioni cd. *infragruppo*. Cass. pen., Sez. 5, n. 10633 del 30/1/2019, Scambia, Rv. 276029-01 ha affermato che sussiste distrazione, rilevante quale ipotesi di bancarotta fraudolenta, il finanziamento erogato in favore di una società dello stesso gruppo in assenza di qualsiasi vantaggio compensativo per la società finanziatrice.

Secondo Cass. pen., Sez. 5, n. 47216 del 10/6/2019, Zanoni, per escludere la natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società ad altra non è sufficiente allegare la mera partecipazione ad un "gruppo di società", dovendosi, invece, dimostrare, in maniera specifica, il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi, ex art. 2634 cod. civ, per la società apparentemente danneggiata.

Per Sez. 5, n. 9843 del 12/10/2018, dep. 2019, Rossi, Rv. 275501-01, il continuativo rilascio di garanzie, nella specie, fidejussioni bancarie, a favore di altre società del "gruppo", di cui sia noto lo stato di difficoltà, per importi che esorbitino la capienza del patrimonio della società garante, con ciò determinandone il fallimento, comporta un immediato e sproporzionato sacrificio finanziario per la società garante a fronte di vantaggi aleatori con ragionevoli probabilità di insuccesso, è incompatibile con l'interesse sociale e con i principi di buona e corretta amministrazione.

Infine Cass. pen., Sez. 5, n. 39043 del 24/9/2019, Corradini, Rv. 276960-01, ha qualificato come "operazione di drenaggio di risorse della fallita" e quindi distrattiva, quella effettuata, in assenza di contropartite, a favore di una controllata con danaro proveniente dal patrimonio personale dell'imprenditore,

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

ma già immesso nel patrimonio sociale, in quanto, una volta immesso nel patrimonio sociale, esso appartiene all'ente e costituisce garanzia delle pretese creditorie.

I reati di cui all'art. 236 l. fall. in tema di concordato preventivo.

Passando alla giurisprudenza penale in tema di concordato preventivo, la norma di riferimento è l'**art. 236 l. fall.** (*Concordato preventivo e, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, convenzione di moratoria, norma modifica*) – norma modificata più volte nel corso del tempo (v. d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132) – la quale contiene di distinte previsioni di reato (alternative tra loro):

1. al **primo comma**, incrimina le condotte illecite poste allo scopo di essere ammessi alla procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari,
2. al **secondo comma**, incrimina le condotte poste in essere nel caso di concordato preventivo (punendo però condotte distrattive commesse anche prima dell'ammissione al concordato preventivo, ed a prescindere da una successiva dichiarazione di fallimento: così Cass. pen., Sez. 5, n. 26444 del 28/05/2014, Denaro, Rv. 259849).

Con riguardo alla fattispecie di reato del primo comma dell'art. 236 legge fall., si segnala la sentenza Cass. pen., Sez. 5, n. 42591 del 10/07/2018, Marini e altri, che ha approfondito due importanti questioni relativamente ai presupposti applicativi.

Quanto all'elemento oggettivo del reato, la sentenza chiarisce il significato da attribuire alla condotta dell'imprenditore che, *"al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo..."*, si attribuisce *"...attività inesistenti..."*. Nella specie i ricorrenti eccepivano che essi erano stati ingiustamente condannati per la sopravvalutazione operata nella richiesta di concordato preventivo di alcune poste attive (il parco mezzi, un terreno e alcuni crediti), condotta estranea alla fattispecie incriminatrice contestata, la quale punisce esclusivamente l'esposizione di attività inesistenti e non anche, per l'appunto, la ipervalutazione di poste comunque esistenti. La sentenza, dopo aver evidenziato l'esistenza di un contrasto che vede da una parte (Cass. pen., Sez. 5, n. 9392 del 3/07/1991, D'Amico, Rv. 188188) chi ha sostenuto il difetto di tipicità della condotta di sopravvalutazione di beni effettivamente esistenti nel patrimonio del fallito, e dall'altra, in epoca più recente, chi invece ha ritenuto che la formula normativa ricomprenda anche l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili, e, dunque, la simulazione o la dissimulazione, anche parziale dell'attivo o del passivo (Cass. pen., Sez. 5, n. 3736 del 26/01/2000, Simoncelli, Rv. 215721), ha sostenuto una posizione per così dire intermedia, affermando che: *"...è indubbio che l'errata valutazione di attività effettivamente esistenti nel patrimonio del fallito sia condotta che travalica il tenore letterale della norma incriminatrice. Va però precisato che l'attribuzione di attività inesistenti è condotta integrata anche quando la sopravvalutazione si traduca nella vera e propria esposizione di poste attive sostanzialmente"*

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

insussistenti, come nel caso in cui lo scostamento dal valore reale di queste ultime sia tale da far apparire come esistente un bene intrinsecamente diverso da quello realmente presente nel patrimonio dell'imprenditore. Nella ricostruzione dell'effettivo significato della locuzione normativa è infatti necessario, come opportunamente sottolineato nella sentenza Simoncelli, fare riferimento alla ratio dell'incriminazione e, dunque, alla peculiare funzione informativa che la comunicazione dell'imprenditore sulla propria consistenza patrimoniale svolge ai fini della valutazione giudiziale dell'ammissione alla procedura concordataria e di quella del ceto creditorio sull'opportunità di aderirvi". La Corte, in applicazione del predetto principio, ha quindi ritenuto corretta l'interpretazione fornita dai giudici di appello in ordine alla sussistenza del reato contestato poiché la sentenza impugnata aveva valutato che le attestazioni concernenti il parco automezzi ed i crediti fossero al tal punto sommarie da non poter essere riferite a specifici beni concretamente individuabili, risultando, così, sostanzialmente fittizie.

Tuttavia la sentenza di condanna è stata annullata senza rinvio perché il fatto contestato non è previsto come reato, in relazione alla qualifica soggettiva degli imputati, nella loro qualità di amministratori e soci illimitatamente irresponsabili di una società in nome collettivo, laddove l'art. 236, comma primo, l. fall. individua il soggetto attivo del reato esclusivamente nell'imprenditore individuale. La decisione, in conformità ad un risalente precedente della Corte (così Sez. 5, n. 14773 del 2/06/1989, Danesi, Rv. 182422) ha optato per l'interpretazione restrittiva aderente alla lettera della legge, affermando però che *"...in dottrina non si è mancato di evidenziare l'incomprensibilità della scelta legislativa..."*, ma che tuttavia *"... la lettera della disposizione citata non consente ampliamenti in via interpretativa che si risolverebbero nell'applicazione dell'analogia in malam partem, atteso che, quando il legislatore ha inteso estendere le incriminazioni previste dalla legge fallimentare ai soggetti titolari di cariche societarie, lo ha indicato in maniera espressa. Né è possibile superare i limiti esegetici della norma incriminatrice ricorrendo alla clausola di estensione della responsabilità ai soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo di cui all'art. 222 legge fall., posto che, espressamente, tale disposizione riguarda esclusivamente le fattispecie di bancarotta propria previste nel Capo I del Titolo IV della suddetta legge e cioè quelle previste dagli artt. 216, 217 e 218 della medesima"*.

Sempre sul tema delle qualifiche soggettive dei reati di cui all'art. 236 legge fall., con riferimento al reato del secondo comma dell'art. 236 legge fall., è utile ricordare che Cass. pen., Sez. 5, n. 10517 del 29/09/1983, Totaro, Rv. 161588, ha ritenuto *"manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 236, secondo comma, n. 1, legge fallimentare, in relazione all'art. 3 cost., nella parte in cui dichiara applicabili, nel caso di concordato preventivo o di amministrazione controllata, le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, e non anche agli imprenditori individuali"*.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

Ancora, con riferimento al reato di cui secondo comma dell'art. 236 L. fall., merita di essere segnalata Cass. pen., Sez. 5, n. 39517 del 15/06/2018, Schiano, Rv. 273842, la cui massima afferma: *"Non viola il divieto di estensione analogica in malam partem la configurabilità del reato di cui all'art.236 legge fall. anche nell'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale, previsto dall'art. 186-bis legge fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n.134), poiché tale ultima disposizione normativa non ha disciplinato una nuova figura di concordato ma si è limitata a tipizzare una procedura già concretamente esistente nella prassi"*.

La questione riguardava l'applicabilità dell'art. 236 legge fall. anche all'ipotesi anche al concordato preventivo con continuità aziendale, in assenza di un esplicito richiamo nella norma incriminatrice dell'istituto previsto dall'art. 186-bis legge fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. Il ricorrente eccepiva infatti che, rimasto immutato l'art. 236 legge fall., non era possibile estendere *in malam partem* la norma penale all'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale, che configura un istituto del tutto diverso, in ragione della estraneità dello stato di decozione, sotto il profilo funzionale e strutturale, dalla procedura concordataria liquidativa. La Suprema Corte ha rigettato il ricorso, affermando perentoriamente che il cit. art. 186-bis non ha introdotto nella legge fallimentare un nuovo istituto concordatario, ma ha solo dettato una compiuta disciplina ad una procedura già ricompresa nella pluralità di forme attraverso cui il concordato preventivo poteva già essere declinato. In estrema sintesi una funzione ricognitiva e non innovativa di quanto già esistente nella prassi. Fatta questa premessa la conclusione giuridica è stata nel senso di negare la sussistenza di un fenomeno successorio della legge extrapenale, rilevante ai sensi dell'art. 2 cod. pen..

In motivazione si legge infatti: *"Nel caso in disamina, l'intervento normativo attuato mediante inserimento, nella legge fallimentare, dell'art. 186-bis ha comportato la mera previsione, in dettaglio, di speciali benefici connessi all'istituto del concordato con continuità aziendale, invece strutturalmente già previsto in quanto rientrante nel novero delle molteplici forme in cui la procedura concordataria poteva già atteggiarsi, in presenza dei previsti requisiti. Di guisa che lo ius novum è circoscritto alla sola triplice esplicazione della prosecuzione dell'attività d'impresa, declinata "in modo legalmente tipico dall'art. 186-bis", e dai requisiti formali ivi previsti, ma non investe in alcun modo le coordinate essenziali dell'istituto, non dispiegando effetto alcuno sulla portata del precetto penale di cui all'art. 236 legge fall. In tal senso, il mancato richiamo all'art.186-bis nella norma incriminatrice appare del tutto in linea con la funzione e la struttura della predetta norma extrapenale, e non esprime, invece - come prospettato dal ricorrente - alcuna volontà del legislatore di escludere rilievo penale a gravi condotte consumate prima o mediante la procedura di concordato con continuità aziendale, apparendo del tutto irragionevole ritagliare una pretesa area di impunità in riferimento a condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione o nel corso del concordato preventivo, in qualunque declinazione l'istituto operi, rientrando le stesse nell'ambito previsionale dell'art.*

Gli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di reati fallimentari e di concordato preventivo

Aldo Natalini - Webinar del 19 novembre 2021

236, comma 2, n. 1) L. fall. che, in virtù dell'espresso richiamo del precedente art. 223 della stessa legge, punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216, commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite. Non vi è, pertanto, alcuna giustificazione razionale nel pretendere un diverso regime penale rispetto ad una ipotesi di concordato che riposa sulle medesime condizioni delle ulteriori forme della stessa procedura, e che se ne distingue solo in ordine alla disciplina civilistica di dettaglio, funzionale alla continuità dell'attività di impresa".