

CASSAZIONE.NET

M

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
QUINTA SEZIONE PENALE

38529/09

UDIENZA PUBBLICA  
DEL 13/05/2009

SENTENZA  
N. 1038 /

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. FERRUA GIULIANA	PRESIDENTE	
1.Dott.MARASCA GENNARO	CONSIGLIERE	REGISTRO GENERALE
2.Dott.NAPPI ANIELLO	"	N. 006689/2009
3.Dott.OLDI PAOLO	"	
4.Dott.BRUNO PAOLO ANTONIO	"	

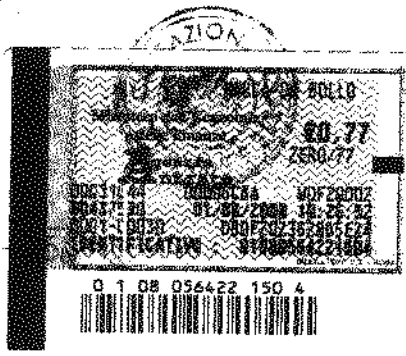
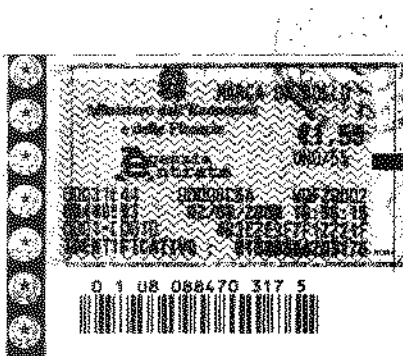
ha pronunciato la seguente

SENTENZA / ~~ORDINANZA~~

sul ricorso proposto da :

1) ~~████████████████████~~ N. IL 06/05/1957  
 avverso SENTENZA del 26/06/2008  
 CORTE APPELLO di TRIESTE

visti gli atti, la sentenza ed il ricorso  
udita in PUBBLICA UDIENZA la relazione fatta dal Consigliere  
MARASCA GENNARO



Udito il Pubblico Ministero in persona del dottor Gioacchino Izzo , che ha concluso per il rigetto del ricorso ;

Udito il difensore dell'imputato avvocato Claudio Vergine , che ha concluso per l'annullamento della sentenza impugnata , sottolineando che si trattava di utili e che vi era accordo per prelevarli ;

La Corte di Cassazione osserva :

~~XXXXXXXXXX~~, socio illimitatamente responsabile , unitamente a ~~XXXXXXXXXX~~ della ~~XXXXXXXXXX~~, dichiarata fallita insieme ai soci il 27 marzo 1998 , veniva condannato alle pene ritenute di giustizia , con il rito abbreviato , per il delitto di bancarotta per la distrazione di circa 100 milioni di lire effettuata nel corso del 1992 , in entrambi i gradi di merito – sentenze emesse in data 3 dicembre 2002 dal GUP presso il Tribunale di Trieste e in data 26 giugno 2008 dalla Corte di Appello della stessa Città - , per avere prelevato da tre libretti della società danaro che costituiva il corrispettivo di fatture emesse e non annotate in contabilità e non avere dimostrato che tale somma fosse stata destinata a fini sociali .

Il Tribunale , inoltre , rilevava che la somma prelevata non poteva essere considerata come distribuzione di utili , sia perché il prelievo venne effettuato prima della approvazione del rendiconto , sia perché la somma prelevata superava l'entità di utili conseguiti negli anni 1991 e 1992 .

La Corte di Appello , dopo avere rigettato la tesi del [redacted] che alla luce del nuovo diritto societario dovesse essere considerato un piccolo imprenditore , confermava la decisione di primo grado e poneva in evidenza che le difficoltà economiche della società iniziarono nel 1993 .

Con il ricorso per cassazione [redacted] , dopo avere ricostruito la vicenda processuale , deduceva :

- 1) la violazione degli articoli 125 comma III e 546 comma I lettera e) c.p.p. per vizio della motivazione , essendo fuori dubbio che anche gli utili sono inizialmente somme di spettanza della società , che , però , debbono essere ripartiti tra i soci . Inoltre il fatto che le somme prelevate deriverebbero da vendite a nero non esclude che si trattasse di *utili* ; in ogni caso non vi è prova che la intera somma provenisse da sottofatturazioni . Gli utili non erano riferibili soltanto al 1992 , ma anche agli anni precedenti ;
- 2) la violazione dell'articolo 2262cc ed il vizio di motivazione sul punto perché non vi era alcuna prova se si trattasse di utili riferibili al 1992 o ad anni precedenti . Inoltre nelle società in nome collettivo è possibile , previo accordo dei soci , la distribuzione degli utili prima della approvazione del rendiconto e non costituiscono appropriazione indebita le operazioni compiute dall'amministratore ;
- 3) la violazione di legge e la mancanza di motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo del reato perché nel 1992 non era

affatto prevedibile lo stato di insolvenza determinatosi nel 1998 per effetto dei crediti che i due soci vantavano verso la società ;

- 4) la violazione di legge non essendo assoggettabile a fallimento la [redacted] [redacted] ai sensi del decreto legislativo 5 del 2006 ;
- 5) la violazione dell'articolo 219 della legge fallimentare ed il vizio di motivazione sul punto .

I motivi posti a sostegno del ricorso proposto da [redacted] sono fondati nei limiti di cui si dirà .

Per esigenze logiche deve essere trattato per primo il quarto motivo di impugnazione .

Esso è inammissibile perché si tratta della mera ripetizione di un motivo di appello , che la Corte di merito aveva rigettato in base ai principi stabiliti da una sentenza delle Sezioni Unite Penali .

Ebbene il ricorrente ha del tutto ignorato tale motivazione ed ha riproposto gli argomenti contenuti nell'atto di appello , cosa che rende inammissibile il motivo di impugnazione .

In ogni caso il motivo è manifestamente infondato .

La questione sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione con il motivo in discussione può così essere sintetizzata : *se i fatti di bancarotta commessi prima della entrata in vigore del decreto legislativo n. 5 del 2006 e del successivo decreto legislativo n. 169 del 2007 , che hanno modificato i requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile a fallimento , continuino ad essere previsti*

*come reato anche se in base alla nuova normativa l'imprenditore non potrebbe più essere dichiarato fallito .*

La Suprema Corte aveva dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza ( Cass. Sez. V penale n. 2083 del 18 ottobre 2007 aveva optato per una risposta negativa al quesito , mentre Cass. Sez. V penale 20 marzo 2007 aveva dato una risposta affermativa al quesito proposto ) che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite Penali .

Con decisione del 28 febbraio 2008 le Sezioni Unite hanno stabilito che i fatti di bancarotta commessi prima della entrata in vigore della normativa richiamata continuano ad essere previsti come reato anche se in base alla nuova normativa l'imprenditore non possa più essere dichiarato fallito .

Il Collegio ritiene di condividere l'orientamento delle Sezioni Unite , che , peraltro , in materia di articolo 2c.p. e successione di norme extrapenali nel tempo ha ripreso un orientamento già manifestatosi con SS. UU. 27 settembre 2007 – 16 gennaio 2008 secondo il quale deve ritenersi inapplicabile il principio previsto dall'articolo 2 comma III c.p. qualora si tratti di modifiche della disciplina integratrice della fattispecie penale che non incidano sulla struttura essenziale del reato , ma comportino esclusivamente una variazione del contenuto del precetto delineando la portata del comando .

Insomma il disvalore sociale della condotta non è venuta meno con la nuova normativa , essendosi il legislatore limitato a modificare i presupposti per l'applicazione della norma incriminatrice penale ; cosicché appare del tutto irragionevole ritenere che siffatte modifiche retroagiscano ( vedi anche Cass. 18 maggio 2006 n. 17230 ) .

A diverse conclusioni si deve pervenire con riferimento agli altri motivi di impugnazione perché effettivamente la motivazione della sentenza impugnata non ha risolto i problemi posti dall'appellante .

E' del tutto pacifico che il ████████ abbia prelevato da tre libretti , ove venivano depositate somme di spettanza della società , una somma di circa cento milioni di lire nel giro di pochi mesi del 1992 ; è altresì pacifico che i tre libretti vennero accesi nello stesso anno 1992 e che i relativi versamenti furono effettuati nel corso di tale anno .

La Corte di merito ha ritenuto che , non avendo il ricorrente dimostrato di avere destinato le somme prelevate a fini sociali , si fosse in presenza di una distrazione .

Il ricorrente ha sostenuto che si trattava di utili della società che potevano essere ripartiti tra i soci e che , pertanto , non si poteva parlare di distrazione .

Orbene i giudici del merito hanno riconosciuto che la società avesse maturato utili sia nel 1991 che nel 1992 , ma hanno ritenuto che in base alla disposizione dell'articolo 2262cc gli utili potessero essere ripartiti soltanto dopo l'approvazione del rendiconto , approvazione che , quanto meno con riferimento agli utili maturati nel corso del 1992 , non vi era ancora stata al momento del prelevamento del danaro .

Siffatta interpretazione dell'articolo 2262c non può essere condivisa .

Premesso che anche se proveniente da operazioni non lecite sotto il profilo fiscale – sottofatturazioni – il danaro ricavato costituisce per la società pur sempre un utile , va detto che la norma citata stabilisce che gli utili debbono essere ripartiti dopo l'approvazione del rendiconto , *salvo patto contrario* ,

ovviamente tra i soci , trattandosi di una norma posta a salvaguardia dei diritti dei soci ( vedi Cass. Civile 9 luglio 2003 , n. 10786 ) .

Orbene la Corte , a fronte della deduzione dell'appellante che aveva sostenuto esserci tra i soci un patto siffatto , avrebbe dovuto stabilire l'assenza dell'accordo tra i soci , cosa che , invece , non ha fatto .

Ciò a prescindere dal fatto che appare arduo ritenere che il prelevamento di una somma , che costituisca pacificamente un utile , prima della approvazione del rendiconto costituisca una distrazione , posto che l'articolo 2262cc , come si diceva dinanzi , mira a garantire una parità di trattamento tra i soci e non la integrità del patrimonio sociale posto a garanzia dei creditori , non potendosi ritenere che la ripartizione degli utili ponga a rischio l'integrità patrimoniale della società in nome collettivo , tanto più che il ~~\_\_\_\_\_~~ era socio illimitatamente responsabile .

La Corte ha , inoltre , osservato che , comunque , la somma prelevata nel 1992 fosse superiore agli utili maturati nel corso di tale anno , riconoscendo tuttavia che anche nel 1991 la società aveva maturato utili per una somma superiore ai cinquanta milioni di lire .

Stranamente il danaro prelevato dai libretti sembra corrispondere alla somma degli utili maturati negli anni 1991 e 1992 , cosicché si sarebbe dovuto chiarire se il prelievo effettuato fosse o meno imputabile anche agli utili maturati nel 1991 , come sostenuto dal ricorrente .

Insomma , e per concludere sul punto , le evidenti carenze della motivazione e le manifeste illogicità della stessa non consentono di stabilire con certezza se i prelievi effettuati dal ~~\_\_\_\_\_~~ dai tre libretti in discussione nel corso del 1992 costituiscano o meno una distrazione , né quale sia la effettiva entità della stessa .

Più gravi perplessità sorgono , inoltre , in ordine alla individuazione dell'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione in capo al ██████████

E' certamente vero che il dolo richiesto dall'articolo 216 della legge fallimentare è un dolo generico , ma è pur sempre necessaria la consapevole volontà dell'agente di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che cagionino o possano cagionare danno ai creditori .

L'elemento soggettivo del delitto di bancarotta , infatti , non è certo *in re ipsa* , ma deve essere desunto da un esame puntuale della fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice .

Tanto più preciso e rigoroso deve essere tale esame quanto più lontano nel tempo rispetto allo stato di insolvenza ed alla dichiarazione di fallimento si colloca il presunto atto distrattivo .

E' certamente vero che attività compiute nel corso della vita della società prive di rilievo penale , ancorché non del tutto legittime e corrette o avventate sul piano commerciale e finanziario , acquistano rilievo penale nel momento della dichiarazione di fallimento .

Ed è altresì vero che per essere qualificato distrattivo non è necessario , secondo la giurisprudenza maggioritaria , che l'atto sia legato da un nesso eziologico con lo stato di insolvenza e , quindi , con la dichiarazione di fallimento .

Ma è pure vero che più tali atti sono lontani nel tempo da tale evento , più è difficile rinvenire una consapevole volontà dell'agente di cagionare danno ai creditori .

Ed infatti se è vero che molti atti di alienazione , privi di adeguato corrispettivo , oppure prelievi di somme di danaro non giustificati dalle casse sociali , oppure ancora operazioni finanziarie di dubbia utilità per la società , compiuti a ridosso dello stato di insolvenza e della successiva dichiarazione di fallimento sono fortemente sintomatici della esistenza in capo all'agente di una consapevole volontà di cagionare danno ai creditori , non sempre è dato rinvenire in condotte , peraltro spesso regolari , quantomeno su un piano formale , poste in essere diversi anni prima - nel caso di specie sei anni - di tale dichiarazione una tale consapevole volontà .

Insomma dalla motivazione della sentenza impugnata non è dato desumere che nel caso di specie sia stato compiuto quell'esame puntuale della condotta , richiesto dalla giurisprudenza di legittimità , teso ad accertare sia la pretesa irregolarità dei prelievi effettuati , sia la ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo del reato contestato a fronte di un macroscopico passaggio del tempo tra la effettuazione delle operazioni contestate - 1992 - e la dichiarazione di fallimento - 1998 - .

E' appena il caso di rilevare che i giudici del merito non hanno nemmeno segnalato quando abbia avuto inizio la procedura fallimentare , apparendo non rilevante la considerazione che già nel 1993 - quindi in un momento certamente successivo ai prelievi in discussione - avevano avuto inizio i contrasti tra i due soci , contrasti che poi sarebbero stati la vera causa della crisi dell'azienda e del successivo fallimento della società .

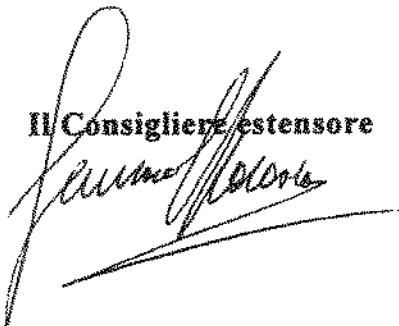
Per tutte le ragioni indicate la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra Sezione della Corte di Appello di Trieste , che effettuerà un nuovo esame in base ai principi enunciati .

**P.Q.M.**

La Corte annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte di Appello di Trieste per nuovo esame

Così deliberato in Camera di consiglio , in Roma , in data 13 maggio 2009

**Il Consigliere estensore**



**IL PRESIDENTE**



Depositata in Cancelleria  
Roma, li ..... - 2 OTT. 2009



**CANCELLIERE**  
Carmela Lanzuise

