

Penale Sent. Sez. 5 Num. 38879 Anno 2019

Presidente: VESSICHELLI MARIA

Relatore: CALASELICE BARBARA

Data Udiienza: 04/03/2019

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

D'AGOSTINO PASQUALE nato a Polistena il 26/06/1973

MARTELLI ROSARIO nato a Corleto Perticara il 28/03/1956

avverso la sentenza del 10/10/2017 della Corte di appello di Milano

visti gli atti, il provvedimento impugnato e i ricorsi;

udita la relazione svolta dal consigliere Barbara Calaselice;

udita la requisitoria del pubblico ministero nella persona del Sostituto Procuratore generale, Perla Lori, che ha concluso chiedendo la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi;

udito il difensore, Avv. A. Scarcella, che si riporta al ricorso chiedendone l'accoglimento.



RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Milano, con il provvedimento impugnato, in parziale riforma della sentenza emessa, in data 21 novembre 2013, all'esito di rito abbreviato, dal Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale in sede, nei confronti di Pasquale D'Agostino e Rosario Martelli, ha rideterminato la pena irrogata al solo Martelli, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche, in quella di anni uno mesi quattro di reclusione, con la concessione al predetto del beneficio della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel casellario giudiziale, confermando, nel resto, le statuizioni adottate in primo grado.

1.1. Il Giudice dell'udienza preliminare aveva accertato la penale responsabilità degli imputati in relazione al reato di bancarotta fraudolenta documentale, con assoluzione perché il fatto non sussiste quanto alle ipotesi distrattive, relativi alla Dacus Società cooperativa, dichiarata fallita in data 21 aprile 2011, irrogando la pena di anni due di reclusione ciascuno, oltre le pene accessorie di cui all'ultimo comma dell'art. 216 Legge fall.

2. Avverso la descritta sentenza hanno proposto tempestivo ricorso per cassazione gli imputati, tramite il difensore di fiducia, deducendo, nei motivi di seguito riassunti, cinque vizi.

2.1. Con il primo motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen., inosservanza o erronea applicazione della legge penale, con riferimento al reato di bancarotta fraudolenta documentale, ai sensi dell'art. 216, comma 1, n. 2 Legge Fall.

2.1.1. La ricostruzione del patrimonio e dei movimenti della società non è stata impossibile o particolarmente gravosa.

Il curatore, in base alla documentazione societaria e contabile, è riuscito a ricostruire la situazione contabile e patrimoniale della Dacus. Sul punto si richiama giurisprudenza di questa Corte che escluso il reato di bancarotta documentale fraudolenta quando il curatore abbia potuto ricostruire il patrimonio facendo ricorso a documentazione ufficiale (pur non riprodotta in quella ufficiale quali i bilanci, nella specie estratti conto corrente bancari) e a documenti provenienti dal fallito.

2.1.2. La documentazione contabile non è stata distrutta o sottratta, risultando, peraltro, unica documentazione non depositata i bilanci degli anni 2009 - 2010, per i quali era ancora possibile il deposito e il completamento alla data del



fallimento (2011). Si tratterebbe di bilanci relativi, comunque, ad un periodo in cui la società non aveva operato, avendo cessato l'attività nel 2008.

2.1.3. Entrambi gli amministratori, poi (il Martelli avendo rivestito la carica per soli due mesi) avevano investito della tenuta della contabilità un commercialista, estraneo alla compagine societaria.

Per i ricorrenti, dunque, l'unica condotta ipotizzabile è quella colposa, avendo i predetti, per negligenza o colpa, agito con la consapevolezza che la confusa ed irregolare tenuta avrebbe potuto rendere impossibile la ricostruzione, assumendo l'assenza di dolo specifico del fine di impedire la ricostruzione patrimoniale e contabile.

2.2. Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 217, comma 2, legge Fall. e dell'art. 43 cod. pen. nonché contraddittorietà della motivazione e illogicità della stessa.

Si assume che la condotta andava qualificata, come richiesto con l'atto di appello, quale bancarotta semplice non risultando la tenuta della contabilità negli ultimi tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento, per omessa tenuta dei libri prescritti o per averli tenuti in modo incompleto o irregolare né risultando dimostrata la volontà di frodare i creditori.

2.3. Con il terzo motivo si assume quanto al trattamento sanzionatorio, che la sentenza è viziata per inosservanza o erronea applicazione di legge penale con riferimento all'attenuante di lieve entità richiesta in via subordinata, con il gravame.

La Corte territoriale motiva il diniego sulla base della entità del passivo trascurando l'approdo giurisprudenziale di questa Corte che collega la particolare tenuità del fatto al danno causato alla massa creditoria, in seguito all'incidenza che le condotte integranti reato hanno avuto in relazione alla diminuzione globale prodotta alla massa attiva che sarebbe stata disponibile al riparto.

2.4. Con il quarto motivo si denuncia che con riferimento al D'Agostino la Corte di appello non ha preso in considerazione tutte le circostanze idonee a determinare la concessione delle attenuanti di cui all'art. 62-bis cod. pen.

2.5. Con il quinto motivo si censura la motivazione nella parte in cui ha confermato il giudizio che ha condotto il Giudice di primo grado a negare al D'Agostino la sospensione condizionale della pena tenuto conto che, anche in quella sede, emergevano elementi di valutazione per reputare il predetto meritevole del beneficio, operando a suo favore un giudizio prognostico favorevole.

CONSIDERATO IN DIRITTO



1. Il provvedimento impugnato deve essere annullato con rinvio, limitatamente al punto relativo alla determinazione della durata delle pene accessorie fallimentari, mentre i ricorsi, nel resto, in quanto infondati, devono essere rigettati.

2. Il primo motivo è infondato.

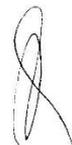
2.1. È principio consolidato di questa Corte regolatrice, quello secondo il quale l'oggetto del reato di bancarotta fraudolenta documentale può essere rappresentato da qualsiasi documento contabile, relativo alla vita dell'impresa, dal quale sia possibile conoscere i tratti della sua gestione, diversamente da quanto previsto per l'ipotesi di bancarotta semplice documentale, in relazione alla quale l'oggetto del reato è individuato nelle sole scritture obbligatorie (Sez. 5, n. 5461 del 25/11/2016, dep. 2017, Falda Ranzini, Rv. 269094; Sez. 5, n. 44886 del 23/09/2015, Rossi, Rv. 265508).

Del resto si osserva che la Corte territoriale ha fatto buon governo, dell'orientamento reiteratamente affermato in sede di legittimità, secondo il quale anche ove detta ricostruzione sia, altrimenti, possibile per la curatela, il reato in questione sussiste, posto che la condotta materiale della bancarotta fraudolenta documentale si configura, non solo quando la ricostruzione del patrimonio si renda impossibile, per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute, ma anche quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza (Sez. 5, n. 45174 del 22/05/2015, Faragona, Rv. 265682; Sez. 5, n. 21588 del 19/04/2010, Suardi, Rv. 247965).

2.1.1. Il rilievo, poi, della natura della documentazione contabile non depositata (solo bilanci degli anni 2009 - 2010, per i quali era ancora possibile il deposito e il completamento alla data del fallimento (2011) devolve un accertamento preliminare, in fatto, inibito a questa Corte a fronte di una motivazione della Corte territoriale che, invece, indica come non depositati al curatore i partitari, il libro giornale e la documentazione inerente i cantieri e le singole commesse, oltre ai descritti bilanci.

2.1.2. Il riferimento al periodo in cui la società non aveva operato, avendo cessato l'attività nel 2008, appare del tutto inconferente.

Appare dirimente per la correttezza della ritenuta sussistenza del reato, il richiamo al consolidato principio secondo il quale l'obbligo di regolare tenuta delle scritture non si esaurisce con la cessazione dell'attività. Esso, infatti, non viene





meno se l'azienda non abbia, formalmente, cessato di operare, ma si esaurisce solo quando la cessazione dell'attività commerciale sia formalizzata con la cancellazione dal registro delle imprese (tra le molte altre, Sez. 5, n. 20911 del 19/04/2011, Gaiero, Rv. 250407; Sez. 5, n. 15516 del 11/02/2011, Di Mambro, Rv. 250086 - 01). Sicché, nella specie, appare significativo il comportamento descritto dai giudici di merito, anche in relazione all'anno indicato dai ricorrenti, durante il quale l'omessa redazione dei bilanci sarebbe da ascrivere all'assenza di operazioni da registrare.

2.1.3. La nomina di un commercialista, officiato della tenuta della contabilità non è argomento che consente di rivedere, nel senso invocato, il ragionamento dei giudici di merito.

E' noto, infatti, il principio secondo il quale incombe sull'imprenditore l'obbligo di controllare l'operato di coloro ai quali è affidata la contabilità. E' principio di diritto consolidato di questa Suprema Corte quello secondo il quale, in tema di bancarotta fraudolenta documentale, l'imprenditore non è esente da responsabilità nel caso in cui affidi la contabilità dell'impresa a soggetti forniti di specifiche cognizioni tecniche, dipendenti o liberi professionisti, in quanto, non essendo esonerato dall'obbligo di vigilare e controllare le attività svolte dai delegati, sussiste una presunzione semplice, superabile solo con una rigorosa prova contraria, che i dati siano trascritti secondo le indicazioni fornite dal titolare dell'impresa (*ex multis*, Sez. 5, n. 2812 del 17/10/2013, Manfredi, Rv. 258947; Sez. 5, n. 709 del 01/10/1998, dep. 1999, Mollo, Rv. 212147). Gli elementi addotti dai ricorrenti, correttamente, sono stati reputati dai giudici di merito non idonei a provare l'incolpevole impossibilità di assicurare la regolare tenuta della contabilità.

2.2. Il secondo motivo è infondato.

E' privo di pregio l'argomento secondo il quale la condotta andrebbe qualificata ai sensi dell'art. 217 legge fall. non risultando il dolo specifico.

E' noto, infatti, che in tema di reati fallimentari, la bancarotta fraudolenta documentale di cui all'art. 216, comma 1, n. 2 prevede due fattispecie, quella di sottrazione o distruzione dei libri e delle altre scritture contabili e quella di tenuta della contabilità, in modo da rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari e del patrimonio della fallita (Sez. 5, n. 43966 del 28/06/2017, Rossi, Rv. 271611; Sez. 5, n. 5264 del 17/12/2013, dep. 2014, Manfredini, Rv. 258881 - 01). In tema di bancarotta fraudolenta documentale, per il reato previsto dall'art. 216, comma 1 n. 2, Legge fall., è stato correttamente ritenuto, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, necessario che lo scopo dell'omissione sia quello di



recare pregiudizio ai creditori (Sez. 5, 22/1/2015, Di Cosimo, Rv. 262915; Sez. 5, n. 32173 del 11/06/2009, Drago, Rv. 244494 - 01)..

Orbene, dalle sentenze di merito risulta accertata, sia pure implicitamente, la finalità di pregiudizio, perseguita dall'agente, considerato altresì che risulta che non sono stati prodotti il libro giornale, la situazione contabile, alla data del fallimento, nonché tutta la documentazione necessaria (quali i contratti di appalto, contabilità del cantiere) anche ad accertare l'esistenza di eventuali crediti da azionare verso i committenti.

2.3. Il terzo motivo deve essere disatteso in quanto infondato.

In tema di bancarotta fraudolenta, il giudizio relativo alla particolare tenuità del fatto deve essere posto in relazione alla diminuzione, non percentuale ma globale, che il comportamento del fallito ha provocato alla massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti (Sez. 5, n. 13285 del 18/01/2013, Pastorello, Rv 255063). Analoghi principi sono ribaditi in ordine alla bancarotta documentale, ove i presupposti per la ravvisabilità della circostanza in argomento debbono essere valutati 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 (tra le altre, Sez. 5, n. 19304 del 18/01/2013, Tumminelli, Rv 255439; Sez. 5, n. 44443 del 04/07/2012, Robbiano, Rv 253778, secondo cui nell'ipotesi di bancarotta documentale, ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, non rileva l'ammontare del passivo, ma la differenza che la mancanza dei libri o delle scritture contabili ha determinato nella quota complessiva dell'attivo da ripartire tra i creditori, avendo riguardo al momento della consumazione del reato).

Orbene, applicando i suesposti principi al caso al vaglio, si osserva che la sentenza di appello ha correttamente escluso l'invocata attenuante anche se la motivazione specificamente resa sul punto, va letta in relazione alla complessiva giustificazione della decisione. Infatti la pronuncia spiega bene, riportandosi alla ricostruzione operata dal primo giudice, che proprio a causa della mancata produzione dei partitari, del libro giornale e della documentazione inerente i cantieri e le singole commesse, non era stato possibile, per gli organi della procedura, accertare l'esistenza di eventuali crediti da azionare nei confronti dei committenti, con impossibilità, poi, per il curatore, di ricostruire la situazione di dare ed avere della società. Risulta così corretta la pronuncia nella parte in cui respinge la richiesta di riconoscere l'attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 219 Legge fall.

2.4. Il quarto motivo, nell'interesse del D'Agostino va rigettato, in quanto infondato.

Ai fini della concessione delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62-bis cod. pen. non necessita, per il giudice del merito, indicare tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli sottoposti alla sua attenzione con il gravame, ma è sufficiente specificare, con motivazione coerente e non contraddittoria, quelli considerati preminenti ai fini del diniego.

2.5. Il quinto motivo devolve un giudizio inibito a questa Corte in presenza di motivazione del giudice di primo grado, confermata dalla Corte territoriale che ha compiutamente e logicamente illustrato le ragioni della mancata concessione della sospensione condizionale della pena. Si fa infatti riferimento al carattere reiterato e stabile della condotta ed alla parallela presenza in altre società con le quali quella fallita si trovava in rapporto di dare avere.

A fronte di detta specifica motivazione, l'appello presentava, sul punto, profili di inammissibilità essendosi limitato a invocare il beneficio senza confutare, puntualmente, la motivazione resa dal primo giudice. Detta inammissibilità dell'atto di appello per difetto di specificità dei motivi, che la Corte territoriale erroneamente non ha qualificato come tale, può essere rilevata in questa sede di legittimità, ai sensi dell'art. 591, comma 4, cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 36111 del 09/06/2017, P, Rv. 271193; Sez. 3, n. 38683 del 26/04/2017, Crisculo, Rv. 270799).

3. Il collegio deve rilevare di ufficio l'illegalità delle pene accessorie ex art. 216, u.c., Legge fall. applicate ex lege come effetto penale della pronuncia di condanna impugnata.

Con sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 216, u. c. Legge fall. nella parte in cui dispone: *la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*, anziché: "la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni".

La sostituzione operata dalla sentenza citata, determina l'illegalità delle pene accessorie irrogate in base al criterio dichiarato illegittimo, indipendentemente dal fatto che quelle concretamente applicate rientrino nel nuovo parametro, posto che il procedimento di commisurazione si è basato su una norma dichiarata

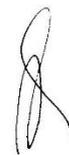
incostituzionale. Detto principio, elaborato in relazione alle pene principali dalla Corte di cassazione nella sua composizione più autorevole (Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon) è stato ritenuto estensibile anche a quelle accessorie non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali. Il principio di legalità della pena si applica, invero, anche con riferimento alle pene accessorie (Sez. U. n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., in motivazione; da ultimo: Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù Franco, Rv. 274413 – 01 di cui si ripercorrono le argomentazioni).

3.1 Si impone, pertanto, l'annullamento della sentenza impugnata, con obbligo, per il giudice del rinvio, di attenersi, nella rideterminazione della durata della pena accessoria non più fissa (dieci anni), ma indicata solo nel massimo (fino a dieci anni), ai criteri indicati dalla pronuncia della Corte Costituzionale citata e da quella delle Sezioni Unite di questa Corte, cui la questione specifica è stata rimessa, in data 10 dicembre 2018 (sentenza del 28 febbraio 2019, ric. Suraci).

Si è, infatti, posto il problema di individuare, il genere di intervento manipolativo cui sottoporre l'ultimo comma dell'art. 216 Legge fall., tenuto conto che la Corte Costituzionale ha individuato come insoddisfacente il parametro di cui all'art. 37 cod. pen., propendendo per consentire, per tali pene, una funzione distinta, rispetto a quelle proprie della pena principale, fissando una durata diversa, rispetto a quella della pena detentiva inflitta in concreto. In relazione al quesito posto, a seguito della pronuncia del giudice delle leggi, questa Corte di legittimità nella sua più autorevole composizione, secondo l'informazione provvisoria della decisione diffusa, ha fissato il principio secondo il quale le pene accessorie, previste dall'art. 216 Legge fall., nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 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.

4. Discende dal ragionamento sin qui svolto, l'annullamento della sentenza impugnata, limitatamente al punto delle pene accessorie, ex art. 216 ultimo comma legge fall., con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Milano. Nel resto il ricorso deve essere rigettato.

4.1. Ai sensi dell'art. 624 cod. proc. pen., dall'annullamento con rinvio circoscritto all'indicato punto della decisione, deriva l'autorità di cosa giudicata di tutti i restanti punti della sentenza privi di connessione con quello annullato e,



quindi, quello dell'accertamento della responsabilità degli imputati e della quantificazione della pena principale, come operata in grado di appello.

P.Q.M.

annulla la sentenza impugnata limitatamente al punto delle pene accessorie ex art. 216 Legge fall., con rinvio per nuovo esame su detto punto, ad altra sezione della Corte di appello di Milano. Rigetta, nel resto, i ricorsi.

Così deciso il 4/03/2019