

**Penale Sent. Sez. 5 Num. 26211 Anno 2019**

**Presidente: BRUNO PAOLO ANTONIO**

**Relatore: RICCARDI GIUSEPPE**

**Data Udiienza: 15/03/2019**

#### **SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

GENTILE Vincenzo, nato il 24/07/1960 a Gioia del Colle

GENTILE Leonardo Vito Rocco, nato il 23/11/1952 a Gioia dei Colle

DI MOLFETTA Emanuela, nata il 07/01/1954 a Trani

avverso la sentenza del 01/02/2017 della Corte di Appello di Bari

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere GIUSEPPE RICCARDI;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Paolo Canevelli, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità dei ricorsi;

udito il difensore della parte civile, Avv. Carmelo Piccolo, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità dei ricorsi e depositando nota spese;

udito il difensore, Avv. Ivan Filippelli, che ha concluso chiedendo l'accoglimento dei ricorsi.

#### **RITENUTO IN FATTO**

1. Con sentenza emessa il 01.02.2017 la Corte di Appello di Bari ha confermato l'affermazione di responsabilità nei confronti di Gentile Vincenzo, Gentile Leonardo Vito Rocco e Di Molfetta Emanuele per i reati di bancarotta

*f*

fraudolenta patrimoniale per distrazione e documentale, per avere, i fratelli Gentile nella qualità rispettivamente di Presidente e Vicepresidente del C.d.A., e Di Molfetta, mero prestanome dei predetti, in qualità di amministratore unico della Gentile s.r.l., dichiarata fallita dal Tribunale di Bari in data 21.03.2005, contribuito al dissesto finanziario della società, distraendo la somma complessiva di euro 618.000, ed occultato le scritture contabili obbligatorie, dichiarando, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Bari, non doversi procedere nei confronti di tutti gli imputati in relazione al reato di bancarotta semplice ex art. 217 co.1 n.4 L.F., per essere estinto per prescrizione, riducendo la pena inflitta.

2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione, con un unico atto, il difensore di Gentile Vincenzo, Gentile Leonardo Vito Rocco e Di Molfetta Emanuele, Avv. Ivan Filippelli, deducendo quattro motivi di ricorso.

2.1. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla prescrizione: la rideterminazione della data del commesso reato per la bancarotta semplice avrebbe imposto di dichiarare estinti anche i reati di bancarotta fraudolenta.

2.2. Violazione di legge per erronea definizione delle qualifiche soggettive ed insussistenza delle stesse ai fini del reato di cui all'art. 216 L.F., nonché violazione dell'art. 521 cod. proc. pen.: deduce che, a fronte di una imputazione ai sensi dell'art. 216 l.f., la qualifica dei fratelli Gentile è stata individuata sulla base delle cariche assunte nel C.d.A.; tuttavia, il C.d.A. era stato sostituito, già dal 2000, con un amministratore unico, ruolo assunto da Gentile Vincenzo, mentre Gentile Vito aveva perso ogni ruolo di rappresentanza; nondimeno tutti gli imputati sono stati condannati in qualità di *imprenditori* per il reato di bancarotta propria; o si stabilisce che tutti gli imputati sono imprenditori, nonostante il Di Molfetta non abbia mai avuto partecipazioni societarie, giudicandoli per bancarotta propria, o si stabilisce che sono tutti *amministratori*, compreso Gentile Vincenzo (*recte*, Vito), che non ha mai assunto cariche societarie, e li si giudica per bancarotta impropria.

La sentenza impugnata sembra averli ritenuti "imprenditori di fatto", qualifica non coincidente con quella di amministratore di fatto, ribadendo la discrasia tra imputazione formulata, che qualifica gli imputati quali imprenditori, e l'argomentazione a sostegno della condanna, basata sulla ricostruzione delle prerogative gestorie, riferibili in realtà alla diversa fattispecie dell'art. 223 L.F.

2.3. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla distrazione dell'importo di euro 618.000,00: deduce che la somma era stata versata in conto "futuro aumento di capitale sociale" dai fratelli Gentile per consentire l'inserimento in un programma di contribuzione per la realizzazione di un nuovo opificio industriale, che richiedeva appunto un aumento del capitale sociale; poiché il progetto non venne realizzato, l'assemblea dei soci del 13.6.2003 aveva deliberato la restituzione delle somme ai vecchi soci.

Non sussisterebbe, tuttavia, distrazione, in quanto i versamenti erano stati operati dai soci non già nell'ambito di un aumento di capitale in atto, ma quale anticipo in previsione di una futura delibera di aumento di capitale; le somme devono ritenersi collocate su un fondo di riserva, sicché la restituzione ai soci non costituisce pagamento, non rientrando nel patrimonio sociale, ma rimborso.

Peraltro, in caso di versamenti dei soci in società di capitali, si distingue tra *anticipazione in conto sottoscrizione*, *versamento in conto capitale e mutuo*; nel caso in esame, ricorrerebbe appunto un mutuo, per l'assimilazione dell'erogazione ad un prestito, in quanto l'acquisizione definitiva ai fondi della società è sospensivamente subordinata alla realizzazione del programmato aumento di capitale; non ricorrendo un vincolo di indisponibilità del capitale nominale, il socio ha un diritto alla restituzione di quanto anticipato soltanto sotto condizione risolutiva negativa della mancata delibera di aumento.

2.4. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione ai residui fatti distrattivi contestati a Di Molfetta Emanuele, concernenti l'immobile sociale ed il patrimonio aziendale: nel lamentare l'omessa motivazione per il rinvio *per relationem* alla sentenza del grado precedente, deduce che, per quanto concerne l'opificio industriale, la sentenza si sia limitata ad affermare che le cessioni costituivano atti simulati, mentre, con riferimento al patrimonio sociale, si sia limitata ad una apodittica divergenza tra il valore dei beni rinvenuti in sede di inventario e quello appostato nei bilanci, senza considerare i diversi criteri di valutazione e l'obsolescenza dei beni strumentali.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2. Il primo motivo è manifestamente infondato, in quanto la declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di bancarotta semplice non incide sul

termine di prescrizione per i reati di bancarotta fraudolenta, che, in considerazione dei limiti edittali massimi, è superiore; nel caso in esame, premesso che la consumazione del reato coincide con la sentenza dichiarativa di fallimento, emessa il 21.3.2005, il termine massimo, considerando la sospensione per una durata di 554 giorni, determinata dai rinvii per adesione del difensore alle astensioni dalle udienze, non risulta ancora decorso, scadendo il 30.3.2019.

3. Il secondo motivo è infondato.

Giova premettere che, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, in tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'"iter" del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione (Sez. U, n. 36551 del 15/07/2010, Carelli, Rv. 248051).

In applicazione di tale principio, invero, è stato affermato che non integra la violazione del principio di correlazione tra reato contestato e reato ritenuto in sentenza (art. 521 cod. proc. pen.), la decisione con la quale sia condannato un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta, anziché quale amministratore di fatto, qualora rimanga immutata l'azione distrattiva ascritta (Sez. 5, n. 18770 del 22/12/2014, dep. 2015, Runca, Rv. 264073), né qualora, sempre in tema di bancarotta fraudolenta, il soggetto, cui sia stato contestato, in concorso, il reato nella sua qualità di addetto alla sede operativa della società fallita, venga condannato come amministratore di fatto (Sez. 1, n. 2275 del 25/11/2009, dep. 2010, Ascanio, Rv. 245957).

Il principio di correlazione tra sentenza e accusa contestata è violato soltanto quando il fatto ritenuto in sentenza si trovi rispetto a quello contestato in rapporto di eterogeneità o di incompatibilità sostanziale, nel senso che si sia realizzata una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito nei confronti dell'imputato,

posto così, a sorpresa, di fronte ad un fatto del tutto nuovo senza avere avuto nessuna possibilità di effettiva difesa (Sez. 5, n. 1842 del 25/11/1998, dep. 1999, Pagani, Rv. 212351).

Tanto premesso, la sentenza impugnata, motivando sull'identica censura già proposta con l'atto di appello, ha chiarito che l'imputazione è stata elevata a titolo di bancarotta fraudolenta ex art. 216 l.f., e non a titolo di bancarotta societaria, ex art. 223 l.f.; al riguardo, le qualifiche rivestite dagli imputati nella compagine societaria sono state richiamate, nell'imputazione, al solo fine di delineare i ruoli formalmente rivestiti nella società, ma le condotte sono state contestate in veste di amministratori di fatto, e quindi di imprenditori; in particolare, i fratelli Gentile, pur dopo la dismissione delle cariche sociali, ed il venir meno dell'organo collegiale del C.d.A., hanno continuato ad esercitare di fatto ogni potere gestionale, quali amministratori di fatto, soprattutto con riferimento alle operazioni sociali che hanno poi concorso a cagionare il dissesto; e Di Molfetta, nominato amministratore unico dal 6.5.2003 fino alla data del fallimento, è stato condannato quale amministratore di diritto, avendo svolto un ruolo di mero prestanome dei coimputati.

Va, dunque, esclusa qualsivoglia violazione del principio di correlazione.

4. Il terzo motivo, concernente la distrazione della somma di € 618.000,00, è infondato.

Il ricorso sostiene che la corresponsione della somma in favore dei fratelli Gentile fosse stata eseguita a titolo di rimborso dei versamenti in conto "futuro aumento di capitale sociale", e non già come pagamento, in quanto le somme dovevano considerarsi collocate su un fondo di riserva, fino alla deliberazione dell'aumento di capitale sociale, senza diventare di proprietà della società.

Al riguardo, secondo la ricostruzione delle sentenze di merito, le somme erano state versate dai soci in conto futuro aumento di capitale per la partecipazione della società ad un progetto di ampliamento denominato Consorzio Madia Diana, per la costruzione di un nuovo opificio industriale; non essendo stato possibile realizzare l'opera nei tempi previsti, l'assemblea dei soci decise di rinunciare al progetto, contestualmente deliberando la restituzione delle somme ai fratelli Gentile.

Tuttavia, al momento della delibera di restituzione della somma, in data 13 giugno 2003, innanzitutto i fratelli Gentile non erano più soci della Gentile s.r.l.; inoltre, dal bilancio non risultava alcun debito della società nei confronti dei Gentile per anticipazioni corrisposte a titolo di futuro aumento del capitale;

infine, secondo quanto evidenziato dalla sentenza impugnata, gli ultimi due esercizi erano stati chiusi con una perdita netta notevole, che aveva determinato, già dal 2002, un patrimonio netto negativo; sicché era preclusa, in caso di azzeramento del patrimonio netto, la possibilità per l'amministratore di procedere alla restituzione del capitale ai soci, e tantomeno ad ex soci.

Pertanto, la Corte territoriale ha escluso la circostanza, posta a fondamento della doglianza difensiva, secondo cui i versamenti erano stati eseguiti in conto futuro aumento di capitale, non essendovi alcuna iscrizione in bilancio; ed il ricorso, oltre a non confrontarsi con tale argomentazione, ha omesso altresì di contestare l'impossibilità di disporre restituzioni di capitale, non soltanto a soggetti ormai privi della qualifica formale di soci, ma altresì in caso di azzeramento del patrimonio netto.

In tal senso, va infatti ribadito il principio, già affermato da questa Corte, secondo cui è configurabile il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione a carico dell'amministratore di una società per azioni che procede al rimborso di finanziamenti erogati dai soci in violazione della regola, applicabile nel caso di specie, della postergazione, di cui all'art. 2467 cod. civ., o di versamenti effettuati in conto capitale, in quanto le somme versate devono essere destinate al perseguimento dell'oggetto sociale e possono essere restituite solo quando tutti gli altri creditori sono stati soddisfatti (Sez. 5, n. 50188 del 10/05/2017, Mascellani, Rv. 271775).

Pertanto, con riferimento alla tesi sostenuta nel ricorso, secondo cui i versamenti dei soci erano stati destinati al conto "futuro aumento di capitale sociale", se è pacifico che, in tema di bancarotta fraudolenta, la somma versata per aumento di capitale dagli autori della distrazione non può essere considerata come restituzione dei mezzi finanziari sottratti al patrimonio dell'impresa, perché la prestazione fondata su una precisa causa contrattuale (sottoscrizione del capitale sociale) è diversa da quella effettuata in adempimento dell'obbligo di rendere quanto indebitamente percepito (Sez. 5, n. 4461 del 16/02/1994, Freato, Rv. 198003), va comunque evidenziato che anche per i finanziamenti destinati al *capitale di credito*, anziché *di rischio*, vige la regola della postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci rispetto alla soddisfazione degli altri creditori (art. 2467 cod. civ.).

In ogni caso, anche le somme versate in conto futuro aumento capitale sociale rientrano nell'ambito di operatività della disciplina del capitale sociale: la giurisprudenza civile ha, al riguardo, affermato che *"i versamenti effettuati dai soci della società in conto di futuro aumento di capitale, pur non*

determinando un incremento del capitale sociale e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale, hanno una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile invece a quella di capitale di rischio; ciò non esclude, tuttavia, che tra la società ed i soci possa essere convenuta l'erogazione di un capitale di credito e che, quindi, i soci possano effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo" (Sez. 1, n. 21563 del 13/08/2008, Rv. 605073 - 01).

Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità civile (Cass. Civ., sez. 1, n. 9209 del 6/7/2001; Sez. 3, 2314 del 19/3/1996), le somme suddette non possono essere restituite al conferente, a meno che il conferimento fosse stato risolutivamente condizionato alla mancata successiva deliberazione assembleare di aumento del capitale nominale della società e la delibera in questione non fosse intervenuta entro il termine convenuto dalla parti o fissato dal giudice. Nella specie, non v'è prova né del fatto che il conferimento in conto futuro aumento di capitale nominale fosse sottoposto a condizione risolutiva, non essendo stato neppure iscritto in bilancio, né del fatto che un termine per deliberare l'aumento di capitale nominale fosse stato stabilito dal giudice e fosse spirato invano (Sez. 5, n. 42568 del 19/06/2018, E, Rv. 273925, non massimata sul punto).

5. Il quarto motivo è generico, limitandosi ad una assertiva doglianza concernente il rinvio *per relationem* alla sentenza di primo grado ed alla contestazione della valutazione del fatto distrattivo, in quanto basata soltanto sulla differenza tra il valore dei beni rinvenuti e quello appostato in bilancio, senza considerare l'obsolescenza.

Al riguardo, la sentenza impugnata ha affermato la responsabilità per la distrazione dell'opificio industriale della Gentile s.r.l., essendo stato accertato che le cessioni che si erano susseguite erano atti simulati, finalizzati a sottrarre definitivamente il bene alla garanzia dei creditori, essendo l'immobile, attraverso i diversi passaggi ricostruiti nella sentenza di primo grado (p. 32-33), ritornato nella disponibilità dei fratelli Gentile.

Ebbene, se il ricorso omette del tutto di confrontarsi con il tessuto argomentativo delle sentenze, è altresì manifestamente infondato nella parte in cui contesta l'affermazione di responsabilità per la distrazione del patrimonio sociale. Invero, la Corte territoriale ha evidenziato che la società Gentile aveva in carico immobilizzazioni materiali per un importo di oltre 320 mila euro, mentre in sede di inventario venivano rinvenuti beni (per lo più autoveicoli e attrezzature per la lavorazione in pessime condizioni d'uso) per

un valore di soli 46 mila euro; valori che, pur considerando il grado di obsolescenza, non possono ritenersi compatibili con la realizzazione, nell'esercizio 2003, di un fatturato superiore ai 4 milioni di euro.

Sul punto, sia sufficiente rammentare il principio pacifico secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta, la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, da parte dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti (Sez. 5, n. 8260 del 22/09/2015, dep. 2016, Aucello, Rv. 267710, che ha osservato che la responsabilità dell'imprenditore per la conservazione della garanzia patrimoniale verso i creditori e l'obbligo di verità, penalmente sanzionato, gravante ex art. 87 l. fall. sul fallito interpellato dal curatore circa la destinazione dei beni dell'impresa, giustificano l'apparente inversione dell'onere della prova a carico dell'amministratore della società fallita, in caso di mancato rinvenimento di beni aziendali o del loro ricavato, non essendo a tal fine sufficiente la generica asserzione per cui gli stessi sarebbero stati assorbiti dai costi gestionali, ove non documentati né precisati nel loro dettagliato ammontare).

6. Va rilevata d'ufficio l'illegalità delle pene accessorie irrogate ai ricorrenti.

Invero, la sentenza n. 222 del 05/12/2018 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), 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*».

Si verte, dunque, in una ipotesi di pena illegale rilevabile d'ufficio dal giudice di legittimità, in quanto, indipendentemente dal fatto che le pene concretamente irrogate rientrino nella cornice edittale della norma così come manipolata dal giudice delle leggi, il procedimento di commisurazione si è basato su una norma dichiarata incostituzionale (cfr. Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857).



Alla luce del *dictum* della Corte costituzionale, rileva il Collegio che, limitatamente alla durata delle pene accessorie di cui all'ultimo comma dell'art. 216 l. fall., la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Bari, che dovrà rideterminare detta durata sulla base degli ordinari criteri commisurativi.

7. Al rigetto del ricorso consegue la condanna dei ricorrenti alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile, che si liquidano in € 2.500,00, oltre accessori di legge.

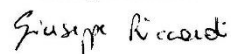
**P.Q.M.**

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alla determinazione delle pene accessorie, con rinvio per nuovo esame sul punto ad altra sezione della Corte di Appello di Bari.

Rigetta nel resto il ricorso, e condanna i ricorrenti alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile, che liquida in € 2.500,00, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma il 15/03/2019

Il Consigliere estensore  
Giuseppe Riccardi



Il Presidente  
Paolo Antonio Bruno



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
V SEZIONE PENALE