

37425/21

**REPUBBLICA ITALIANA**  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da:

EDUARDO DE GREGORIO - Presidente -  
ROSSELLA CATENA  
GRAZIA MICCOLI - Relatore -  
ENRICO VITTORIO STANISLAO SCARLINI  
LUCA PISTORELLI

Sent. n. sez. 2040  
UP - 07/07/2021  
R.G.N. 26172/2020

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sui ricorsi proposti da:

(omissis) nato a (omissis)  
(omissis) nato a (omissis)

avverso la sentenza del 15/11/2019 della CORTE APPELLO di BARI

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;  
udita la relazione svolta dal Consigliere GRAZIA MICCOLI;  
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore GIUSEPPE LOCATELLI, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio limitatamente alla durata delle pene accessorie. Rigetto nel resto.

udito il difensore degli imputati, avv. (omissis) , che ha concluso chiedendo l'accoglimento dei ricorsi

**RITENUTO IN FATTO**

**1.** Con sentenza del 15 novembre 2019 la Corte di Appello di Bari ha confermato la pronuncia di primo grado, emessa dal G.U.P. del Tribunale di Foggia in data 17 luglio 2014, con la quale (omissis) e (omissis) erano stati ritenuti responsabili del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione contestato al capo A) e del reato di bancarotta impropria da operazioni dolose contestato al capo D).

Gli imputati erano stati condannati alla pena principale di anni due e mesi otto di reclusione ciascuno, nonché alle pene accessorie fallimentari per la durata di anni dieci.

I reati di bancarotta erano stati ascritti ai suddetti imputati in relazione al fallimento (dichiarato in data 25 febbraio 2010) della (omissis) s.r.l.

Il (omissis) era stato tratto a giudizio in qualità di amministratore di fatto (e socio al 97 %) della società, mentre al (omissis) i reati erano stati ascritti nella sua qualità di amministratore di diritto.

**2.** Con un unico atto, a firma degli avvocati (omissis) e (omissis), hanno proposto ricorso entrambi gli imputati, articolandolo in quattro motivi.

**2.1.** Con il primo motivo si denunziano violazione di legge e vizi motivazionali in relazione alla configurabilità della fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione in conseguenza di un'operazione di scissione societaria.

I ricorrenti denunziano anche vizi motivazionali in relazione a specifici atti del processo quanto alla ritenuta sussistenza di elementi concreti dai quali desumere la natura depauperativa dell'operazione di scissione.

In proposito, va precisato che nel capo A) delle imputazioni agli imputati è stata contestata la distrazione di beni della società fallita in favore di tre società costituite per scissione, cui venivano intestati tutti i beni patrimoniali della (omissis) (omissis) s.r.l. ed i contratti di servizio facenti capo alla stessa società, a carico della quale invece rimanevano la gran parte delle posizioni debitorie, previdenziali ed erariali.

Secondo i ricorrenti deve escludersi fermamente che un'operazione di scissione possa integrare un'ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione, che evoca la diminuzione fittizia del patrimonio dell'impresa. Invece, l'operazione di scissione non determina alcuna forma di disposizione del patrimonio, bensì comporta esclusivamente la divisione della società cui detto patrimonio appartiene.

Richiamate le disposizioni del codice civile in materia di scissione di società, i ricorrenti sostengono che tale operazione si risolve in una vicenda meramente evolutiva e modificativa, priva di qualsivoglia efficacia traslativa: l'operazione di scissione risulta, infatti, funzionale alla riorganizzazione dell'ente, ma nell'ottica della continuità patrimoniale e di impresa, senza che possa conseguentemente profilarsi il trasferimento dei suoi cespiti patrimoniali.

Deducono, altresì, i ricorrenti che la Corte territoriale, nonostante le specifiche censure mosse con l'atto d'appello alla pedissequa impostazione della sentenza di primo grado, ha confermato la condanna degli odierni imputati senza individuare alcuna condotta effettivamente distrattiva del patrimonio aziendale, mentre la sola ritenuta maggiore difficoltà per i creditori di aggredire beni non rientra evidentemente nell'ambito applicativo della disposizione in parola.

I vizi motivazionali, in relazione alla ricostruzione degli elementi di prova idonei a dimostrare il depauperamento del patrimonio aziendale per effetto della scissione, vengono collegati al rilievo di una omessa valutazione in concreto da parte della Corte territoriale dei profili attinenti alla struttura dell'operazione di scissione e, in particolare, alla genetica fragilità

costitutiva delle società derivate, mentre i connotati distrattivi della manovra scissoria avrebbero dovuto essere ravvisati in relazione alla assenza di un concreto vantaggio economico o alla impossibilità di continuare l'attività di impresa.

Sotto altro profilo e dopo avere analizzato una serie di circostanze di fatto, i ricorrenti sostengono che la descritta operazione di scissione non possa dirsi né astrattamente né concretamente idonea ad arrecare pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica di cui all'articolo 2740 cod. civ. Tutt'al più la scissione, per come articolata, può aver avuto l'effetto di instaurare una particolare relazione privilegiata atipica tra le ragioni creditorie confluite nelle società beneficiarie e i beni nelle stesse conferiti: tale relazione, tuttavia, risulta chiaramente estranea al concetto giuridico di "titolo di prelazione", che potrebbe porsi a fondamento di una contestazione di bancarotta preferenziale.

**2.2.** Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano violazione di legge e correlati vizi motivazionali in relazione alla ritenuta sussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta impropria mediante le operazioni dolose contestate nel capo D) delle imputazioni, relative al progressivo e sistematico omesso pagamento dei debiti previdenziali ed erariali.

Sostengono i ricorrenti che la delibera scissoria, posta a fondamento della contestazione di bancarotta per distrazione di cui al capo A), acquisisca in tale diverso ambito il significato di mero segmento di una più ampia e unica condotta delle ritenute operazioni dolose, con la conseguenza di una inammissibile duplicazione della rilevanza penale del fatto.

Aggiungono che la Corte territoriale non avrebbe risposto alle specifiche deduzioni articolate nell'atto d'appello in ordine all'assenza di qualsivoglia indagine relativa all'effettiva sussistenza in fatto di un sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali, di consistenza e natura tale da potersi qualificare come consapevole scelta gestionale.

Pertanto, non sarebbe configurabile un comportamento degli amministratori quale atto di abuso o di infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta, produttivo di danno e non giustificabile in termini di interesse per l'impresa. In difetto di tali concorrenti elementi, la condotta dell'omesso versamento nel tempo di quanto dovuto a titolo di imposte e contributi previdenziali ed assistenziali può essere più correttamente sussunta nella diversa e meno grave fattispecie di bancarotta semplice, che sanziona la causazione del dissesto societario con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.

Quanto all'accertamento dell'elemento psicologico, poi, i ricorrenti denunciano omessa motivazione sulle specifiche deduzioni formulate con l'atto d'appello e, in particolare, su quelle relative alla configurabilità nel caso di specie della fattispecie preterintenzionale.

In proposito, i ricorrenti denunciano l'illegittimità costituzionale dell'articolo 223, comma secondo, numero 2, legge fallimentare nella parte in cui configura un reato a sfondo preterintenzionale, con previsione di pena eguale alla fattispecie della causazione del fallimento con dolo.

**2.3.** Con il terzo motivo si denuncia violazione di legge e correlati vizi motivazionali in riferimento all'attribuzione al (omissis) della qualifica di amministratore di fatto, con la sola

considerazione che l'imputato fosse titolare della maggioranza del capitale sociale e avesse approvato la scissione, così come risulta dalla relativa delibera.

**2.4.** Il quarto motivo afferisce all'illegalità delle pene accessorie fallimentari.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

**1.** I ricorsi sono fondati limitatamente al quarto motivo.

Con la sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, legge fall., nella parte in cui dispone che la condanna per uno dei fatti di bancarotta fraudolenta importa l'applicazione delle anzidette pene accessorie (l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi nelle imprese) per la durata fissa di dieci anni, anziché fino a dieci anni.

Il testo della norma, risultante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, si applica con efficacia *ex tunc* anche nel presente processo in corso, secondo il disposto degli artt. 136, comma 1, Cost. e 30, comma 3 della legge costituzionale n. 87 dell'11 marzo 1953.

Conseguentemente, nella specie si impone la necessità di operare una rimodulazione della durata delle pene accessorie in discorso tenendo conto del venir meno della rigidità della disposizione dichiarata incostituzionale, rigidità che rende illegale, *in parte qua*, il trattamento sanzionatorio.

Quanto al concreto esito — annullamento con o senza rinvio — del processo di adeguamento al quadro normativo ridisegnato dalla Consulta, soccorre la decisione n. 28910 del 2019 delle Sezioni Unite di questa Corte. Infatti, con tale pronuncia, al quesito «se le pene accessorie previste per il reato di bancarotta fraudolenta dall'art. 216 legge fall., come riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 della Corte Costituzionale, debbano essere commisurate, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., alla pena principale applicata, ovvero debbano essere determinate dal giudice, nell'ambito dei limiti edittali risultanti dalla nuova formulazione, in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.», le Sezioni Unite hanno risposto che «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.».

Dunque, la sopravvenuta illegalità dell'inflizione delle predette pene per il periodo fisso di dieci anni, ossia nella misura massima consentita dal testo vigente dell'art. 216, ultimo comma, legge fallimentare, come integrato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 222 del 2018, consente di riscontrare il contrasto con il parametro normativo, specificando che in aderenza all'insegnamento contenuto nella sentenza Sez. U., n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207, «deve escludersi che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine».

Sulla scorta di tali indicazioni e considerato che la determinazione della durata del trattamento sanzionatorio ai sensi dell'art. 133 cod. pen. implica valutazioni di merito, che esulano dai limiti cognitivi della Corte di cassazione, essa va rimessa al giudice di merito, che nella specie va individuata in altra sezione della Corte di Appello di Bari.

**2.** Infondato è il primo motivo di ricorso proposto nell'interesse di entrambi gli imputati.

Nel capo A) delle imputazioni è stato contestato il reato di bancarotta per distrazione di beni della società fallita in favore di tre società ( (omissis) srl, (omissis) srl e (omissis) srl) costituite per scissione, cui venivano intestati tutti i beni patrimoniali della fallita (omissis) (omissis) s.r.l. ed i contratti di servizio facenti capo alla stessa società, a carico della quale invece rimanevano la gran parte delle posizioni debitorie, previdenziali ed erariali.

**2.1.** Secondo i ricorrenti deve escludersi che un'operazione di scissione possa integrare un'ipotesi di bancarotta fraudolenta per distrazione, giacché essa non determina alcuna forma di disposizione del patrimonio e si risolve in una vicenda meramente evolutiva e modificativa, priva di qualsivoglia efficacia traslativa.

Deducono, altresì, i ricorrenti che la Corte territoriale, nonostante le specifiche censure mosse con l'atto d'appello alla pedissequa impostazione della sentenza di primo grado, ha confermato la condanna degli odierni imputati senza individuare alcuna condotta effettivamente distrattiva del patrimonio aziendale, mentre la sola ritenuta maggiore difficoltà per i creditori di aggredire beni non rientra nell'ambito applicativo della disposizione in parola.

Gli assunti difensivi risultano infondati, alla stregua del tenore delle motivazioni delle conformi sentenze dei giudici di merito e dei consolidati principi affermati da questa Corte in materia.

**2.1.1.** Il Giudice dell'udienza preliminare, facendo riferimento alle dichiarazioni del curatore, ha sottolineato in premessa come questi avesse evidenziato che l'operazione di scissione, avvenuta con atto del 28 luglio 2006, aveva comportato lo "spoglio" del patrimonio della società fallita, alla quale rimanevano sostanzialmente solo i debiti (in particolare, quelli nei confronti dell'Erario, dell'INPS e dell'INAIL), peraltro senza avere i mezzi necessari per far fronte agli impegni assunti, visto che i contratti con i clienti passavano alle tre nuove società (pag. 2 della sentenza di primo grado).

La situazione debitoria della società scissa, la portata fraudolenta dell'operazione di scissione e le ragioni sottese a tale scelta imprenditoriale sono state poi oggetto di specifica analisi nella sentenza di primo grado (pagg. 6 - 10 della sentenza di primo grado).

Si è, in particolare, sottolineato come l'operazione fraudolenta di scissione sia stata attuata con modalità tali da vanificare le tutele predisposte dagli artt. 2506 e ss. cod. civ., giacché alle società derivate era stato conferito un patrimonio in cui elementi attivi ed elementi passivi si equivalevano, determinando un saldo contabile pari a zero. Di conseguenza, le possibilità per i creditori della società scissa di agire nei confronti delle società beneficiarie erano

praticamente annullate, essendo la responsabilità delle stesse prevista solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato. D'altronde, sempre secondo quanto accertato dagli organi fallimentari, la (omissis) srl, alla quale era stato assegnato l'81% del patrimonio oggetto della scissione, e la (omissis) (omissis) srl avevano evidenziato nel 2009 perdite di esercizio, rispettivamente, per euro 98.287,00 e euro 84,263,00, azzeramento delle immobilizzazioni materiali e immateriali, nonché assenza di ricavi, cessando di fatto l'attività.

Dunque, nella sentenza di primo grado, con specifico riferimento alle singole emergenze processuali, si è concluso che la scissione si era dimostrata un'operazione di facciata, strumentale alla sottrazione di gran parte dell'attivo della società fallita, con assegnazione dello stesso a società difficilmente aggredibili dai creditori, sia perché presentavano un saldo contabile pari a zero, per via dell'ammontare degli elementi attivi e di quelli passivi ricevuti, sia per la sostanziale loro incapacità di svolgere le attività costituenti l'oggetto sociale, per mancanza delle autorizzazioni di legge (pag. 8 della sentenza di primo grado).

**2.1.2.** La Corte territoriale, nella pronuncia impugnata, dopo aver dato atto delle censure difensive formulate con l'atto di appello (incentrate essenzialmente sulla regolarità giuridico-formale dell'attuata procedura di scissione e sulla sussistenza di un sistema normativo espressamente finalizzato ad impedire che la concertazione scissoria possa determinare la compromissione della garanzia patrimoniale stabilita in favore dei creditori della società scissa, in tal senso assumendo rilievo la previsione degli artt. 2506 bis, ter e quater cod.civ.), ha motivato in maniera corretta, congrua e non manifestamente illogica su tutte le questioni rilevanti.

In particolare, la Corte di Appello ha evidenziato che l'operazione scissoria si è rivelata meramente fittizia e cartolare e, quindi, geneticamente inidonea a realizzare la propagandata finalità di creazione di strutture più piccole e snelle, quanto piuttosto strumentale alla dispersione delle energie patrimoniali della società scissa in frode alle ragioni creditorie.

Invero, la finalità programmatica di delocalizzare l'organizzazione dei servizi, dapprima monopolizzati dalla società madre, è stata contraddetta da una serie di indici rivelatori della contraria intenzione della società scissa di realizzare un'apparente distribuzione delle proprie risorse patrimoniali nelle società derivate, delle quali la suddetta ha di fatto continuato a detenere il controllo gestorio patrimoniale.

Come aveva già sottolineato il giudice di primo grado, non era stata realizzata un'equa distribuzione del patrimonio trasferito in linea con l'adeguata garanzia di funzionalità operativa delle tre società derivate, in quanto quello della società madre era stato conferito nella misura del suo considerevole 81% alla (omissis) srl, mentre per il solo 10% alla (omissis) srl e per il solo e residuale 9% alla (omissis) srl.

Pertanto, secondo la sentenza in esame, la nascita delle società derivate si era caratterizzata per la creazione di una condizione di genetica fragilità costitutiva, tale da non consentirne il decollo imprenditoriale (in linea con l'effettivo intendimento di delocalizzare la

attività patrimoniali della società madre) ove si consideri che: il progetto di scissione del 7 luglio 2006 aveva previsto l'assegnazione alla società scissa del 100% delle quote di capitale di tutte le società derivate a decorrere dalla data dell'atto di scissione del 28 luglio 2006, di guisa che le società derivate non avevano potuto disporre di un capitale attivo per avviare l'attività costituente l'oggetto sociale precipuo; le tre società derivate erano state costituite nella piena consapevolezza della loro impossibilità giuridica di operare, in quanto carenti *ab origine* della necessaria autorizzazione prefettizia per il compimento delle prioritarie attività di vigilanza e trasporto valori (pagg. 4 - 5 della sentenza di appello).

La Corte territoriale ha, quindi, ancora sottolineato come una siffatta condizione strutturale delle società derivate risultasse incompatibile con la dichiarata finalità di snellire e rendere più agevole (e quindi tempestiva) l'operatività dei servizi; in effetti, è risultato l'intendimento della società madre di continuare a gestire di fatto la totalità delle attività societarie attraverso l'utilizzo delle dotazioni delle stesse (oggetto della scissione), sia pure ascrivendone formalmente i ricavi alle società derivate e, di conseguenza, sottraendoli alla garanzia patrimoniale diretta su di essa gravante.

Non a caso la permanenza in capo alla società scissa del possesso delle strutture organizzative formalmente trasferite quanto a giuridica titolarità alle società derivate era stata oggetto di un espresso riferimento nel verbale di delibera attuativa della scissione, a riprova della fittizietà dell'accordo scissorio, in pregiudizio delle ragioni creditorie più che in ragione di un'effettiva ottimizzazione gestionale delle risorse nelle società tripartite. È risultato, infatti, che tali società sono rimaste sostanzialmente improduttive per ben due anni ovvero per tutto il 2006 ed il 2007, in quanto non ancora beneficiarie della volturazione delle necessarie licenze prefettizie.

Ciò ha portato i giudici di merito a ritenere che non possa rispondere a congrua logica imprenditoriale l'aver previsto l'immediatezza del trasferimento patrimoniale tra società scissa e società derivate senza aver fatto precedere tale conferimento dall'effettiva acquisizione in capo alle cessionarie della giuridica legittimazione a fare uso delle infrastrutture cedute, a tal fine essendo sufficiente il ricorso alla previsione di subordinare la cessione patrimoniale all'atto della conseguita volturazione prefettizia delle licenze.

Ciò, però, non era avvenuto, perché non era effettivo il dichiarato intendimento di attribuire un'autonomia operativa alle società derivate, dovendo esse costituire solo aree di giuridica delocalizzazione del patrimonio attivo della società madre, la quale nell'anno 2006 versava (secondo i dati probatori specificamente indicati nelle sentenze di merito) in un conclamato stato di decozione, in ragione dell'esposizione debitoria presso l'INPS pari ad euro 1.195.236,50, presso l'INAIL pari ad euro 77.537,23 e presso l'Agenzia delle Entrate pari ad euro 3.598.177,71.

Tale situazione, di per sé gravissima, si è tradotta nelle condizioni che poi hanno portato al fallimento della società scissa, con un incremento debitorio registratosi significativamente proprio a decorrere dall'anno 2006 in cui, alla luce di quanto osservato dal curatore fallimentare

nella sua relazione ex art. 33 L.F., il mancato pagamento dei debiti previdenziali ed erariali ha assunto una stabilità che si è via via consolidata, sino a determinare all'atto della declaratoria di fallimento un'esposizione per euro 12.851,809,00 da crediti privilegiati e per euro 6.832.578,68 da crediti chirografari (pag. 9 della sentenza di appello).

**2.2.** Alla stregua della ricostruzione dei fatti come operata dai giudici di merito e non ravvisandosi il vizio di travisamento della prova, deve ritenersi configurabile il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione come ascritto agli imputati.

Questa Corte ha già avuto modo in diverse pronunzie di affermare che integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione la scissione di una società, successivamente dichiarata fallita, a favore di altra società alla quale siano conferiti beni di rilevante valore, qualora tale operazione, in sé astrattamente lecita, sulla base di una valutazione in concreto che tenga conto della effettiva situazione debitoria in cui operava la società al momento della scissione, si riveli volutamente depauperatoria del patrimonio aziendale e pregiudizievole per i creditori nella prospettiva della procedura concorsuale, non essendo le tutele previste dagli artt. 2506 e seg. cod. civ. di per sé idonee ad escludere ogni danno o pericolo per le ragioni creditorie (Sez. 5, n. 27930 del 01/07/2020, Rv. 279636; Sez. 5, n. 20370 del 10/04/2015, Rv. 264078; Sez. 5, n. 13522 del 21/01/2015, Rv. 262964; Sez. 5, n. 6404 del 08/10/2014, Rv. 262723; Sez. 5, n. 42272 del 13/06/2014, Rv. 260393; Sez. 5, n. 15715 del 28/11/2013, Rv. 262762).

Anche l'unica pronunzia, che risulta massimata in senso difforme a quelle sopra indicate, ha in effetti precisato che, in caso di scissione mediante costituzione di nuova società, l'assegnazione a quest'ultima di rilevanti risorse non costituisce di per sé un fatto di distrazione qualora la società scissa venga successivamente dichiarata fallita, dovendosi invece tenere conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la stessa al momento della scissione (Sez. 5, n. 10201 del 18/01/2013, Rv. 254788).

Questo Collegio ritiene di dover ribadire come sia <<fuor di dubbio che l'operazione societaria di scissione sia regolarmente disciplinata dagli artt. 2506 e ss. cod. civ. in termini che consentono anche, come segnatamente disposto dall'art. 2506-bis, comma secondo, l'assegnazione alla società beneficiaria dell'intero patrimonio della società scissa; e che, come osservato in altra occasione da questa Corte (Sez. 5, n. 10201 del 18/01/2013, Marzona, Rv. 254788), l'ordinamento preveda tutele per i creditori della società scissa, da un lato con la possibilità di opposizione degli stessi al progetto di scissione, e dall'altro con la previsione della responsabilità della società beneficiaria, nei limiti del suo patrimonio netto, per gli elementi del passivo non assegnati, ai sensi dell'art. 2506-bis, comma terzo, e comunque per i debiti della società scissa dalla stessa non soddisfatti, secondo l'art. 2506-*quater*, comma terzo, cod. civ.. Da tanto non deriva tuttavia una conclusione in termini generali, per la quale la scissione non assumerebbe connotazioni di rilevanza penale in materia fallimentare, con particolare riguardo all'ipotesi della bancarotta fraudolenta per distrazione. Le condotte riferibili a tale ipotesi presentano connotati intrinseci di offensività (Sez. 5, n. 16759 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879) nei confronti della garanzia generica che il patrimonio dell'imprenditore, secondo la



previsione dell'art. 2740 cod. civ., offre ai creditori, messa in pericolo dalla destinazione di componenti del patrimonio a finalità diverse da quelle inerenti all'attività imprenditoriale (Sez. 5, n. 36629 del 05/06/2003, Longo, Rv. 227148). Tale dimensione di pericolosità, costantemente riconosciuta come tipica dell'offesa propria dei reati di bancarotta (Sez. 5, n. 12897 del 06/10/1999, Tassan Din, Rv. 214860; Sez. 5, n. 11633 dell'08/02/2012, Lombardi Stronati, Rv. 252307; Sez. 5, n. 3229 del 14/12/2012, Rossetto, Rv. 253932), assume, per effetto della previsione di punibilità del fatto a seguito dell'intervento della dichiarazione di fallimento o degli altri provvedimenti alla stessa a tali fini equiparati, il contenuto effettivo del pericolo che, nell'eventualità dell'intervento della procedura concorsuale, il soddisfacimento per quanto possibile delle pretese creditorie, a cui la stessa è funzionale, sia pregiudicato dalla pregressa ed indebita diminuzione patrimoniale (Sez. 5, n. 1354 del 07/05/2014, Daccò). E tanto prescinde dall'eventuale, astratta riconducibilità della condotta ad una categoria di atti gestionali leciti e disciplinati dall'ordinamento; si pensi in proposito al contratto di affitto di beni dell'impresa, che in determinate condizioni, quale l'avere ad oggetto l'intero complesso aziendale della fallita, in modo da privare quest'ultima della concreta possibilità di proseguire nella propria attività (Sez. 5, n. 44891 del 09/10/2008, Quattrocchi, Rv. 241830), il mancato accollo dei debiti della locatrice da parte dell'affittuario o l'assenza di una clausola di gradimento per la curatela a fronte di un'elevata durata del contratto (Sez. 5, n. 49472 del 09/10/2013, Albasi, Rv. 257565), integra il reato di bancarotta per distrazione. Ciò che rileva, in altri termini, è che una determinata operazione, per le modalità con le quali è stata realizzata, si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio (connotazione che distingue la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione da quella della bancarotta semplice per compimento di operazioni manifestamente imprudenti di cui all'art. 217, comma secondo, n. 2 legge fall., v. Sez. 5, n. 15850 del 26/06/1990, Bordoni, Rv. 185886; Sez. 5, n. 6462 del 04/11/2004 (22/02/2005), Garattoni, Rv. 231394) ed in prospettiva pregiudizievoli per i creditori laddove si addivenga ad una procedura concorsuale. Orbene, come pure già rilevato da questa Corte (Sez. 5, n. 1597 del 28/11/2013, (omissis)!), le descritte tutele normative per la posizione dei creditori, rispetto agli effetti della scissione, risultano inidonee ad escludere interamente il danno o quanto meno il pericolo per le ragioni dei creditori della società scissa, nel caso in cui venga dichiarato il fallimento di quest'ultima. Se è vero, infatti, che ai creditori è riconosciuto il diritto di rivalersi sui beni conferiti alle società beneficiarie, che rimangono obbligate per i relativi debiti, è vero altresì che un pregiudizio per gli stessi è comunque ravvisabile nella necessità di ricercare detti beni. Ma, soprattutto, all'esito di tale ricerca i creditori potranno trovarsi nella condizione di dover concorrere con i portatori di crediti nel frattempo maturatisi nei confronti delle società beneficiarie, con la concreta possibilità che tanto riduca le possibilità di un effettivo soddisfacimento delle loro pretese. Peraltro, nella prima decisione di questa Corte citata sul punto (Sez. 5, n. 10201 del 18/01/2013, Marzona, Rv. 254788) si osservava che la previsione normativa della praticabilità della scissione e delle garanzie per i creditori escludeva unicamente che il conferimento di beni alla società beneficiaria,

nel caso dell'intervenuto fallimento della società scissa, fosse condotta inevitabilmente produttiva di pericolo gli interessi dei creditori della fallita e idonea ad integrare gli estremi del reato di bancarotta per distrazione; evidenziandosi la necessità, ai fini del giudizio sulla ravvisabilità del reato, di una valutazione in concreto, che tenesse conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la società poi fallita al momento della scissione>> (così in motivazione la citata Sez. 5, n. 42272 del 13/06/2014, Rv. 260393)

**2.3.** Come si è visto, nel caso di specie tale valutazione è stata adeguatamente operata, sia tenendo conto dell'effettiva situazione debitoria in cui versava la società fallita al momento della scissione, sia della indiscriminata cessione alle tre società derivate della totalità dei contratti di vigilanza ovvero delle risorse prioritarie.

Ha precisato la Corte territoriale che il "costante e significativo richiamo alla condizione patrimoniale della società madre al momento della delibera di scissione del 28.07.06 non può che confermare la correttezza della valutazione operata dal giudice di prime cure in punto di affermazione della penale responsabilità degli odierni appellanti in relazione al reato di cui al capo a) della rubrica, essendosi già sottolineata la sussistenza nell'anno 2006 di una situazione di gravosa esposizione debitoria per la società madre dell'ordine di oltre 4.500.000,00 euro in ogni caso superiore a quella maturata nel precedente intervallo cronologico a decorrere dall'anno 1998. In tale contesto l'aver la società madre dato vita a ben tre società intrinsecamente inattive in quanto prive dell'autorizzazione a svolgere le competenze assegnate non può che celare il reale intendimento di delocalizzare e sottrarre alla garanzia creditoria le attività che continuava di fatto ad esercitare per conto delle società derivate, apparendo del tutto inverosimile che nella programmazione della scissione i prevenuti non abbiano preventivato (e quindi voluto) gli effetti deleteri che la pluriennale inattività delle società derivate poteva ingenerare sulla consistenza del relativo patrimonio netto disponibile all'aggressione creditoria sussidiaria" (pag. 9 della sentenza di appello).

**3.** Infondato è il secondo motivo con il quale i ricorrenti denunciano violazione di legge e correlati vizi motivazionali in relazione alla ritenuta sussistenza dell'elemento materiale del reato di bancarotta impropria mediante operazioni dolose, relative al progressivo e sistematico omesso pagamento dei debiti previdenziali ed erariali.

**3.1.** In primo luogo, sostengono i ricorrenti che la delibera scissoria, posta a fondamento della contestazione di bancarotta per distrazione, acquisisca in tale diverso ambito il significato di mero segmento di una più ampia ed unica condotta delle ritenute operazioni dolose, con la conseguenza di una inammissibile duplicazione della rilevanza penale del fatto.

L'assunto non è fondato.

In proposito vanno richiamati i principi costantemente affermati da questa Corte, per i quali fra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e quello di bancarotta impropria per causazione del dissesto con operazioni dolose, ove contestati in relazione alla medesima procedura fallimentare, non è configurabile il concorso formale, rimanendo pertanto il secondo reato assorbito nel primo solo nel caso in cui la relativa condotta sia individuata nell'imputazione

con riguardo agli stessi fatti addebitati nell'accusa di bancarotta fraudolenta (Sez. 5, n. 44103 del 27/06/2016, Ferlino, Rv. 268207).

Si è per questo precisato che le operazioni dolose, in quanto causa del dissesto, per acquisire autonoma rilevanza penale ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2 legge fall., devono consistere in fatti diversi da quelli contestati nell'imputazione di bancarotta fraudolenta, in termini tali da integrare un concorso materiale con questi ultimi (Sez. 5, n. 533 del 14/10/2016, Zaccaria, Rv. 269019; conforme: Sez. 5, n. 24051 del 15/05/2014, Lorenzini e altro, Rv. 260142).

In effetti, la fattispecie di fallimento cagionato da operazioni dolose, prevista dall'art. 223, comma secondo, n. 2, legge fall., presuppone una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo, ma da un fatto di maggiore complessità strutturale, riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato e si distingue dalle ipotesi generali di bancarotta fraudolenta patrimoniale, di cui al combinato disposto degli artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1), legge fall. - in cui, invece, le disposizioni di beni societari (qualificabili in termini di distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione) sono caratterizzate, secondo una valutazione "ex ante", da manifesta ed intrinseca fraudolenza, in assenza di qualsiasi interesse per la società amministrata (Sez. 5, n. 12945 del 25/02/2020, Rv. 279071).

Nel caso in esame, come si è visto non è stata contestata la bancarotta per distrazione in relazione agli stessi fatti correttamente sussunti nella fattispecie di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2 legge fall., perché relativi a plurime operazioni di maggiore complessità strutturale rispetto a condotte di bancarotta patrimoniale, che si sono sostanziate nel "non pagare i contributi previdenziali all'INPS per l'importo di euro 5.456.856,02, non pagare i contributi assistenziali all'INAIL per l'importo di euro 496.096,62 e non versare i tributi erariali all'Agenzia delle Entrate per l'importo di euro 16.613.823,45", così da cagionare "il fallimento della (omissis) (omissis) s.r.l. ( l'entità del dissesto - dunque del fallimento - era infatti molto maggiore di quella che altrimenti sarebbe stata, così pure diversa era la data del fallimento da quella che altrimenti sarebbe stata)" (così il capo di imputazione di cui alla lettera D).

È, d'altronde, incontroverso che le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, legge fall. possono consistere nel sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali e previdenziali, frutto di una consapevole scelta gestionale da parte degli amministratori della società, da cui consegue il prevedibile aumento della sua esposizione debitoria nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali (tra le tante, Sez. 5, n. 24752 del 19/02/2018, Rv. 273337; Sez. 5, n. 15281 del 08/11/2016, Rv. 270046).

**3.2.** Destituito di fondamento è anche l'ulteriore assunto difensivo, secondo il quale la Corte territoriale non avrebbe risposto alle specifiche deduzioni articolate nell'atto d'appello in ordine all'assenza di qualsivoglia indagine relativa all'effettiva sussistenza in fatto di un sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali, di consistenza e natura tale da potersi

qualificare come consapevole scelta gestionale. Peraltro, non sarebbe configurabile un comportamento degli amministratori quale atto di abuso o di infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta, produttivo di danno e non giustificabile in termini di interesse per l'impresa.

Per vero, il motivo di appello relativo al reato in esame risulta del tutto generico, in quanto si limita a richiamare il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari del 13 maggio 2013 (che aveva ritenuto l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza richiamando principi di diritto oramai superati in materia) e a fare riferimento alla nozione di "operazioni" dolose, senza censurare nello specifico la ricostruzione dei fatti e la valutazione delle prove operate dal giudice di primo grado sul punto.

La Corte territoriale sul punto ha evidenziato come "il carattere progressivo e sistematico dell'omesso pagamento dei debiti previdenziali ed erariali rilevato dal curatore fallimentare e registrato nell'ambito dell'attività investigativa con una significativa stabilizzazione dell'inerzia solutoria proprio in concomitanza con l'assunzione della delibera assembleare scissoria deponga inequivocabilmente per la volontarietà piena e consapevole del contegno inadempiente degli amministratori societari. Del pari mentre sul piano del nesso di causalità ricorre un'evidente correlazione tra tale contegno inadempiente e lo stato di decozione patrimoniale prodromico alla declaratoria di fallimento è altrettanto vero che il reato de quo non esige per la sua configurabilità che la volontarietà dell'inadempimento si spinga sino ad includere la determinazione del dissesto in quanto, contrariamente a quanto opinato dalla difesa appellante, tale effettualità deve ricadere nell'ambito soggettivo della mera prevedibilità dell'evento che, come è noto, rappresenta requisito costitutivo neutro in quanto richiesto vuoi nell'ipotesi del dolo vuoi in quella della colpa" (pag. 11 della sentenza di appello).

Tale passaggio motivazionale appare congruo a fronte della genericità delle censure difensive e non è affetto da manifesta illogicità.

Peraltro, va detto che la lettura della ricostruzione delle vicende societarie che hanno portato al fallimento non lascia dubbi sull'effettiva sussistenza di un sistematico inadempimento delle obbligazioni fiscali e previdenziali da parte della fallita, di consistenza e natura tale da potersi qualificare come consapevole scelta gestionale.

Vanno qui infatti richiamati tutti gli elementi relativi alla situazione debitoria della società fallita al momento della scissione e del successivo aggravamento di tale situazione.

Si è già detto che la società già nell'anno 2006 versava (secondo i dati probatori specificamente indicati nelle sentenze di merito) in un conclamato stato di decozione, in ragione dell'esposizione debitoria presso l'INPS pari ad euro 1.195.236,50, presso l'INAIL pari ad euro 77.537,23 e presso l'Agenzia delle Entrate pari ad euro 3.598.177,71.

Tale situazione, di per sé già gravissima, si è tradotta nelle condizioni che poi hanno portato al fallimento della società, con un incremento debitorio registratosi significativamente proprio a decorrere dall'anno 2006 in cui, alla luce di quanto osservato dal curatore fallimentare nella sua relazione ex art. 33 L.F., il mancato pagamento dei debiti previdenziali ed erariali ha assunto una stabilità che si è via via consolidata, sino a determinare all'atto della declaratoria di

fallimento un'esposizione per euro 12.851,809,00 da crediti privilegiati e per euro 6.832.578,68 da crediti chirografari (pag. 9 della sentenza di appello).

**3.3.** Infondata è anche la censura relativa all'accertamento dell'elemento psicologico: i ricorrenti denunciano omessa motivazione sulle deduzioni formulate con l'atto d'appello e, in particolare, su quelle relative alla configurabilità nel caso di specie della fattispecie preterintenzionale.

Come si è già detto, il motivo di appello sul punto non è specifico e, comunque, la Corte territoriale ha correttamente evidenziato che "il reato *de quo* non esige per la sua configurabilità che la volontarietà dell'inadempimento si spinga sino ad includere la determinazione del dissesto in quanto, contrariamente a quanto opinato dalla difesa appellante, tale effettualità deve ricadere nell'ambito soggettivo della mera prevedibilità dell'evento che, come è noto, rappresenta requisito costitutivo neutro in quanto richiesto vuoi nell'ipotesi del dolo vuoi in quella della colpa. Non a caso nell'ipotesi di fallimento causato da operazioni dolose la condotta di reato è configurabile quando la realizzazione di tali operazioni si accompagni, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, alla prevedibilità del dissesto come effetto della condotta antidoverosa" (pag. 11 della sentenza di appello).

Peraltro, nella sentenza di primo grado si era sottolineato come il mancato pagamento dei tributi e dei contributi previdenziali ed assistenziali fosse da ricondurre ad una scelta consapevole e volontaria degli amministratori, che avevano certamente avuto ben presente la pericolosità del loro comportamento per la buona salute della società, rappresentandosi, dunque, in concreto, il rischio del dissesto della stessa (pag. 14 della sentenza di primo grado).

**3.4.** I ricorrenti hanno denunciato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 223, comma secondo, numero 2, legge fallimentare nella parte in cui configura un reato a "sfondo preterintenzionale" con previsione di pena eguale alla fattispecie della causazione del fallimento con dolo.

La questione si riferisce all'affermazione dei principi di cui ad alcune pronunzie di questa Corte, secondo le quali, << in tema di fallimento determinato da operazioni dolose, che si sostanzia in un'eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo preterintenzionale, l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà dell'amministratore della complessa azione arrecante pregiudizio patrimoniale nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i propri doveri a fronte degli interessi della società, nonché dell'astratta prevedibilità dell'evento di dissesto quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo invece necessarie la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare>> (Sez. 5, n. 38728 del 03/04/2014, Rv. 262207; Sez. 5, n. 17690 del 18/02/2010, Rv. 247315).

Si è detto che, << rispetto all'analogia, diversa, fattispecie prevista nello stesso capoverso dell'art. 223, al n. 2, ossia la causazione volontaria del fallimento, balza evidente che alla sostanziale identità, o possibile sovrapposibilità sul piano oggettivo, fa riscontro una netta divaricazione della componente soggettiva. Infatti, in tema di fallimento determinato da operazioni dolose, configurabile come eccezionale ipotesi di fattispecie a sfondo

preterintenzionale, l'elemento soggettivo risiede nella mera dimostrazione della consapevolezza e volontà della natura "dolosa" dell'operazione alla quale segue il dissesto, nonché dell'astratta prevedibilità di tale evento quale effetto dell'azione antidoverosa, non essendo necessarie, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la rappresentazione e la volontà dell'evento fallimentare. Deve, infatti, reputarsi sufficiente, per la configurabilità del reato in questione la rappresentazione dell'azione nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi della società>> (così, in motivazione, la citata Sez. 5, n. 38728 del 03/04/2014, Rv. 262207).

Come si è evidenziato, i ricorrenti sostengono che la corretta qualificazione della fattispecie di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, legge fallimentare in un reato "a sfondo preterintenzionale" determini una violazione dell'art. 3 Cost., atteso che la fattispecie preterintenzionale, sebbene caratterizzata da minore disvalore, risulta soggetta alla stessa pena della causazione dolosa del fallimento.

Ritiene questo Collegio che l'assunto dei ricorrenti non consenta di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale; invero, quest'ultima ha più volte affermato di non poter sindacare le scelte sanzionatorie del legislatore, sempre che non trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, non potendo in alcun caso giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale (*ex plurimis*, sentenze n. 248 del 2020, n. 190 del 2020, n. 155 e n. 40 del 2019, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016).

Invero, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l'indicazione di un *tertium comparationis* idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l'intervento della Corte costituzionale in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l'intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse a quest'ultimo (sentenze n. 207 del 2017, n. 236 del 2016 e n. 148 del 2016).

Anche di recente si è ribadito che <<le valutazioni discrezionali di dosimetria penale competono in esclusiva al legislatore, chiamato dalla riserva di legge ex art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto della lesione di un determinato bene giuridico: il sindacato di legittimità costituzionale al metro degli artt. 3 e 27 Cost. può quindi esercitarsi unicamente su scelte sanzionatorie arbitrarie o manifestamente sproporzionate, tali da evidenziare un uso distorto della discrezionalità legislativa>> (sentenza n. 117 del 12 maggio 2021).

D'altronde, << il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo, cosicché il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della

colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile>> (così sentenza n. 55 del 2021).

**4. Manifestamente infondato** è il terzo motivo di ricorso proposto nell'interesse del solo (omissis).

Sostiene il ricorrente che gli è stata attribuita la qualifica di amministratore di fatto, con la sola considerazione che fosse titolare della maggioranza del capitale sociale e avesse approvato la scissione, così come risulta dalla relativa delibera.

In effetti, le censure risultano aspecifiche, in quanto non si confrontano con la motivazione della sentenza di appello sul punto, in risposta alle analoghe doglianze proposte con l'atto di appello.

La Corte territoriale ha sottolineato come <<la delibera assembleare di scissione societaria ( nella quale si concreta, come si è visto l'attuazione della finalità distrattiva) è ricaduta inevitabilmente nell'ambito dell'esclusivo potere decisionale del (omissis) il quale invero ha detenuto l'intero capitale sociale quale socio di maggioranza al 97% della (omissis) srl e proprietario al 100% della (omissis) socio di minoranza al 3%, secondo una ripartizione potestativa che viene fedelmente riprodotta nelle tre società derivate. Ipotizzare in un tale contesto, che parafrasa in punto di fatto la *societas unius personae*, una estraneità del (omissis) alle decisioni che attengono alla gestione delle iniziative societarie nel periodo che dal 2006 al 2010 significa negare l'evidenza di un'inevitabile sinergia che è pacificamente intercorsa tra l'amministratore di fatto e l'amministratore unico il quale ha ripetuto il proprio potere decisorio dalla volontà assembleare che, per ragioni di distribuzione del capitale sociale, coincideva con quella di (omissis) >> (pag. 10 della sentenza di appello).

È pur vero che la titolarità della maggioranza delle quote societarie non può implicare di per sé la qualifica di amministratore di fatto; tuttavia, è evidente nel caso di specie che il (omissis), oltre ad essere titolare del 97% delle quote sociali, ha certamente esercitato poteri di direzione e coordinamento con atti specificamente gestori, quale quello della scelta di scissione (che - come si è visto- è stato fondamentale nella causazione della *debacle* societaria), limitando l'autonomia e riducendo l'amministratore di diritto a mero esecutore materiale delle direttive impartite.

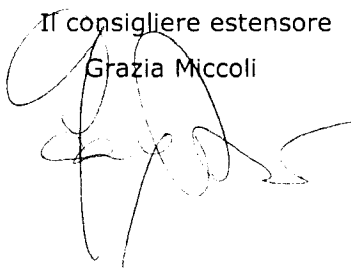
#### **P.Q.M.**

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alla durata delle pene accessorie di cui all'art. 216, ultimo comma, legge fallimentare, con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Bari. Rigetta nel resto i ricorsi.

Così deciso in Roma, il 7 luglio 2021

Il consigliere estensore

Grazia Miccoli



Il Presidente

Eduardo De Gregorio

