



35687-22

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

Composta da:

GERARDO SABEONE	- Presidente -	Sent. n. sez. 1931/2022
EDUARDO DE GREGORIO		UP - 05/07/2022
ROSA PEZZULLO		R.G.N. 35263/2021
ANGELO CAPUTO		
EGLE PILLA	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis)

avverso la sentenza del 06/04/2021 della CORTE APPELLO di CATANZARO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere EGLE PILLA;

Udita la requisitoria del Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ANDREA VENEGONI che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Udite le conclusioni del difensore di fiducia, avv. (omissis) per il ricorrente, il quale nel riportarsi ai motivi di ricorso, ha concluso per l'accoglimento dello stesso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 6 aprile 2021, la Corte di appello di Catanzaro ha parzialmente riformato la sentenza pronunciata in data 26 ottobre 2018 dal Tribunale di Catanzaro nei confronti di (omissis) dichiarando estinto per intervenuta prescrizione il reato a lui ascritto e revocando le sanzioni accessorie, confermandola nel resto quanto alle spese e alle statuizioni civili in favore della curatela fallimentare.

La sentenza di primo grado aveva condannato il ricorrente, nella qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione dal 3 marzo 2003 al 9 ottobre 2004 e amministratore unico fino al 12 gennaio 2006, nonché amministratore di fatto sino alla data di fallimento, dichiarata con sentenza del Tribunale di Catanzaro in data 15 giugno 2007 della U.S. (omissis) spa, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche equivalenti alla circostanza aggravante del danno di rilevante gravità, alla pena di anni uno e mesi dieci di reclusione, previa riqualificazione del reato di bancarotta patrimoniale distrattiva in bancarotta preferenziale con riferimento alla sola condotta di "prelievi a titolo di restituzione dei soci" di cui al capo A), oltre pene accessorie e statuizioni civili .

Il Tribunale assolveva il (omissis) dagli ulteriori reati contestati relativi al conseguimento di indebite erogazioni di contributi pubblici attraverso artifici contabili e false comunicazioni sociali.

2. Avverso tale decisione ha proposto ricorso l'imputato, attraverso il difensore di fiducia, presentando un unico articolato motivo di censura di seguito enunciato nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen.

Con l'unico motivo, è stato dedotto vizio di motivazione in relazione alla penale responsabilità del ricorrente in relazione al reato di bancarotta preferenziale.

Il ricorrente lamenta che, pur avendo la Corte territoriale disposto l'acquisizione delle risultanze del processo civile tra la Curatela fallimentare e il (omissis) ha poi disatteso le conclusioni del consulente di ufficio di quel giudizio (consulenza acquisita ai sensi dell'art.234 cod. proc. pen.), il quale aveva ritenuto che le anticipazioni dei soci non rientrassero tra i finanziamenti postergati, dal momento che la società si trovava in un contesto patrimoniale che poteva definirsi equilibrato dal punto di vista finanziario.

La Corte territoriale non ha valutato adeguatamente la sussistenza del giudicato interno con riferimento alle assoluzioni intervenute a favore dei soci in relazione alla medesima contestazione e in favore del ricorrente e dei soci in relazione alle altre contestazioni loro mosse.

La Corte territoriale si è adeguata alle soluzioni cui è pervenuto il giudice civile senza tuttavia che la pronuncia civile sia divenuta definitiva, disattendendo e violando le indicazioni contenute nell'art.238 bis cod. proc. pen.

La Corte non ha adeguatamente motivato in ordine alla sussistenza del dolo specifico, necessario al fine della configurabilità della bancarotta preferenziale, che si sostanzia nella volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto accettando l'eventualità che ciò provochi un danno al ceto creditorio.

La circostanza che i creditori beneficiari della restituzione, imputati a titolo di concorso nella bancarotta preferenziale, siano stati assolti con sentenza passata

in cosa giudicata è significativa della mancanza in capo agli stessi della rappresentazione preferenziale dell'atto.

Nel caso di specie l'intervenuta assoluzione dei soci beneficiari è significativa della insussistenza di qualsivoglia rappresentazione in capo agli stessi di una ipotesi di insolvenza e siffatta circostanza incide anche sulla valutazione della sussistenza dell'elemento psicologico in capo al ricorrente che non poteva essere l'unico soggetto a conoscenza dello stato di insolvenza della società.

Le conclusioni del consulente tecnico di ufficio del giudizio civile deponevano in tal senso e la sentenza impugnata ha ommesso qualsiasi valutazione di siffatto elemento.

Infine, in sede prefallimentare e fallimentare i creditori hanno diritto di compensare debiti e crediti verso il fallito. Nel caso di bancarotta fraudolenta occorre che esistano crediti privilegiati o di grado prevalente che siano rimasti insoddisfatti, in ragione dell'intervenuto pagamento, perché solo in tal modo si realizza l'elemento oggettivo della fattispecie, che è rappresentato dalla violazione della *par condicio creditorum*, e l'elemento soggettivo, che è costituito dalla volontà di recare vantaggio al creditore soddisfatto.

Sul punto la Corte territoriale non ha operato alcuna verifica ritenendo la sussistenza del reato senza valutare se il pagamento del credito per finanziamento soci abbia effettivamente leso e in che misura creditori di grado equivalente o peggiore.

La Corte, recependo le motivazioni del giudice di primo grado, ha ravvisato la lesione della *par condicio creditorum* attesa la violazione dell'art.2647 cod. civ. che prevede la postergazione e la restituzione da parte del socio dei finanziamenti rimborsatigli nell'anno anteriore alla dichiarazione del fallimento.

Nel caso in esame, lamenta il ricorrente, tuttavia, non si versava in una situazione di insolvenza e di decozione, presupposto richiesto per considerare l'operazione vietata ai sensi della citata norma.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è inammissibile.

1. L'unico motivo di ricorso risulta inammissibile in quanto generico.

1.1. Al riguardo, il Collegio ritiene necessario muovere dalla distinzione tra versamenti in conto capitale e finanziamenti a titolo di mutuo effettuati dai soci. Secondo il consolidato insegnamento delle Sezioni civili di questa Corte, invero, i versamenti operati dai soci in conto capitale, pur non incrementando immediatamente il capitale sociale, e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale (onde non occorre che siano conseguenti

ad una specifica deliberazione assembleare di aumento dello stesso), hanno tuttavia una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è assimilabile a quella del capitale di rischio, sicché non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, e possono essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società, e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione, fermo restando che tra la società ed i soci può viceversa essere convenuta l'erogazione di capitale di credito, anziché di rischio, e che i soci possono effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi), riservandosi in tal modo il diritto alla restituzione anche durante la vita della società (Sez. civ. 1, n. 7692 del 31/03/2006, Rv. 588234; conf., *ex plurimis*, Sez. civ. 1, n. 25585 del 03/12/2014, Rv. 633810; Sez. civ. 1, n. 2758 del 23/02/2012, Rv. 621560; Sez. civ. 1, n. 21563 del 13/08/2008, Rv. 605073): pertanto, l'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento, destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni), versamento, quest'ultimo, che non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant* (Sez. civ. 1, n. 24861 del 09/12/2015, Rv. 637899).

1.2. Nella materia penale fallimentare, il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con altra analogia dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; al contrario, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie della bancarotta preferenziale (Sez. 5, n.8431 del 01/02/2019, Vesprini, Rv.276031; Sez. 5, n. 14908 del 07/03/2008, Frigerio, Rv. 239487, Sez. 5, n. 13318 del 14/02/2013, Viale, Rv. 254985).

1.3. Le indicate conclusioni impongono di esaminare l'ulteriore questione rappresentata dai criteri in base ai quali distinguere le due diverse tipologie di versamenti in questione. Soccorrono, anche in questo caso, le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza delle Sezioni civili di questa Corte, ove si è precisato che stabilire se, in concreto, un determinato versamento tragga origine da un mutuo, o se invece sia stato effettuato quale apporto del socio al patrimonio dell'impresa collettiva, è questione di interpretazione della volontà delle parti (Sez. civ. 1, n. 7692 del 31/03/2006, cit.); più in particolare, «i versamenti in conto

capitale sono assoggettati all'onere di contabilizzazione nel patrimonio netto della società come riserve di capitale ed alla distinta indicazione di tale natura nella nota integrativa», mentre «l'individuazione della natura del versamento dipende dalla ricostruzione della comune intenzione delle parti, la cui prova va desunta in via principale dal modo in cui il rapporto ha trovato concreta attuazione, dalle finalità pratiche cui appare diretto e dagli interessi allo stesso sottesi, e solo in subordine dalla qualificazione che i versamenti hanno ricevuto in bilancio, la cui portata può risultare determinante, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà negoziale, in considerazione della sottoposizione del bilancio all'approvazione dei soci» (Sez. civ. 1, n. 15035 del 08/06/2018, Rv. 649557).

1.4. Una volta individuati i criteri distintivi tra le ipotesi di bancarotta preferenziale e distrattiva, va evidenziato che, nel caso di specie, la questione rilevante è rappresentata dalla natura del finanziamento soci oggetto di restituzione, dal momento che, se si trattasse di crediti non postergati, la bancarotta preferenziale non sussisterebbe.

La difesa sostiene che i versamenti ad opera dei soci avevano avuto natura di "anticipazioni transitorie non postergate", in ragione della volontà negoziale delle parti e della circostanza che non fossero stati effettuati dai soci in proporzione delle loro quote sociali.

1.4.1. La prima doglianza attiene alla mancata valutazione, in senso favorevole al ricorrente, del rigetto della richiesta di sequestro conservativo nel processo civile; alla mancata valutazione, sempre in senso favorevole all'imputato, dell'acquisita CTU del processo civile che aveva ritenuto corretto l'operato del (omissis).

Al riguardo come già evidenziato nella sentenza impugnata, il rigetto del sequestro conservativo si può spiegare con la emissione di siffatto provvedimento in una fase a cognizione sommaria; a ciò si aggiunga che trattasi di provvedimento per sua natura interinale e come tale non vincolante nella valutazione del giudice penale del merito.

Quanto all'acquisita consulenza tecnica, anche siffatta doglianza appare inammissibile non confrontandosi con la sentenza impugnata la quale (p.14) ha offerto esaustiva motivazione in relazione alla mancata condivisione delle risultanze dell'accertamento di natura tecnica che concludeva nel senso dell'esistenza di un equilibrio finanziario della società: "[...] La società tra maggio e giugno del 2005 si trovava fortemente esposta e in una seria difficoltà economica che esponeva la squadra al rischio di non potersi iscrivere al campionato senza il consistente apporto dei soci. Una situazione cioè che avrebbe dovuto suggerire ai soci di procedere ad un aumento di capitale e non ad un finanziamento con restituzione in un arco di tempo contenutissimo [...]".

La sentenza chiarisce che anche il collegio sindacale, quale organo di controllo, reputava i finanziamenti effettuati dai soci quali crediti postergati.

1.4.2. La seconda doglianza attiene alla sussistenza di un giudicato interno assolutorio formatosi nei confronti dei soci e come tale da estendersi anche al ricorrente. Anche in tal caso il motivo è inammissibile in quanto manifestamente infondato non confrontandosi il ricorrente con la impugnata sentenza la quale chiarisce, confermando e valorizzando le motivazioni della sentenza di primo grado, che ha assolto gli altri soci per non aver commesso il fatto, in quanto gli stessi non ricoprivano alcun ruolo nel consiglio di amministrazione e che il ricorrente fosse un amministratore "accentratore e decisionista" senza che fossero emerse prove di diretto coinvolgimento con gli altri soci beneficiari; motivazione dunque logica e non contraddittoria e non sindacabile in questa sede di legittimità.

Quanto al giudicato assolutorio, relativo alla assoluzione di tutti gli imputati compreso il ricorrente dagli altri reati, e alla sua incidenza sulla condotta preferenziale attribuita al ricorrente, il motivo è inammissibile in quanto generico.

Questa Corte ha già avuto modo di affermare che "non può formare oggetto di ricorso per cassazione, che è, pertanto, sul punto inammissibile, l'eccezione riferita al difetto di motivazione della sentenza di appello in ordine a motivi generici, pur se proposti insieme ad altri motivi specifici, poiché i motivi generici restano viziati da inammissibilità originaria anche quando la decisione del giudice dell'impugnazione non pronuncia in concreto tale sanzione" (Sez. 3, n. 10709 del 25/11/2014, dep. 2015, Botta, Rv. 262700).

Si è ulteriormente chiarito che è inammissibile, ai sensi dell'art. 606, comma 3, ultima parte, cod. proc. pen., il ricorso per cassazione che deduca una questione che non ha costituito oggetto dei motivi di appello, tale dovendosi intendere anche la generica prospettazione nei motivi di gravame di una censura solo successivamente illustrata in termini specifici con la proposizione del ricorso in cassazione (Sez.2, n.34044 del 20/11/2020, Rv.280306).

Con riferimento, dunque, al motivo di ricorso in esame, nell'atto di appello il (omissis) ha operato solo un cenno alle intervenute assoluzioni, senza articolare specifiche e argomentate doglianze sul punto.

1.5. Inammissibile in quanto manifestamente infondata la censura relativa all'insussistenza dell'elemento psicologico nella forma del dolo specifico consistente nel volere avvantaggiare il creditore soddisfatto accettando il rischio di uno svantaggio per gli altri creditori.

La circostanza più volte evidenziata dal ricorrente della intervenuta assoluzione degli altri soci e dell'intervenuto giudicato endoprocessuale non tiene conto del fatto che gli altri soci sono stati assolti sul presupposto che non

ricoprivano cariche e che per il carattere accentratore del (omissis) non erano stati coinvolti o quanto meno non vi erano le prove che lo fossero stati.

Ai fini della configurabilità del dolo specifico nella bancarotta preferenziale è necessaria la sussistenza della volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto con l'accettazione della eventualità del danno per gli altri.

Nel caso in cui, come quello di specie, l'amministratore ha provveduto al pagamento dei crediti non privilegiati il dolo è *in re ipsa* considerando che tra i beneficiari vi era anche lo stesso ricorrente e gli altri soci creditori con evidente nocumento per gli altri.

L'art.2467 cod. civ. prevede la postergazione e la restituzione da parte del socio dei finanziamenti rimborsatigli nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

A tali fini s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Prima ancora della presunzione legale va verificata la volontà negoziale.

Nella delibera assembleare del 27 aprile 2005, dopo avere approvato il bilancio infrannuale al 31 marzo 2005, si richiamava il comunicato della FGC che richiedeva il pagamento entro il giugno del 2005 di tutti i debiti verso l'erario e verso gli enti previdenziali nonché gli oneri contributivi.

La Società chiedeva ai soci finanziamenti che sarebbero stati considerati crediti postergati. La società, anche contando sulle risorse derivanti da sponsorizzazioni e da contributi lega calcio, doveva comunque chiedere ai soci finanziamenti in relazione ai quali in bilancio è fissato il termine di 12 mesi per la restituzione, termine non indicato in delibera. Erano, dunque, postergati.

La tesi difensiva secondo la quale i finanziamenti non erano ricollegabili a quella delibera, ma ad una improvvisa richiesta del Presidente dell'ultima decade di giugno per consentire il ripescaggio in serie B1 non trova alcun riscontro documentale.

Il ripianamento era necessario per la iscrizione al campionato, sia C che B1 e trova conferma anche temporale quanto alle prime effettuazioni con la delibera aprile 2005 e con apertura voce contabile "anticipazione soci e finanziamenti postergati".

E seppure non dovesse risultare dalla volontà negoziale risulta dalla presunzione legale di postergazione di cui all'art.2467 cod. civ.

Nel caso di specie si è in presenza di un finanziamento erogato dal socio, ma onerato dal vincolo della postergazione ex art. 2467 cod. civ., atteso che quando

sono stati effettuati i conferimenti la società si trovava in una difficile situazione finanziaria.

Il finanziamento erogato dal socio sotto forma di pagamenti di debiti sociali deve quindi essere equiparato al versamento in conto capitale e come tale ritenuto irripetibile se non dopo il completo soddisfacimento degli altri creditori.

Deve, pertanto, condividersi la prospettazione secondo cui il pagamento eseguito dalla ricorrente di un debito della società poi fallita (su richiesta di quest'ultima) rientra tra i finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati", e comprensivi quindi anche di quelli indiretti, concessi dal socio in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento, come tali assoggettati al regime della postergazione a norma dell'art. 2467 comma 2° cod. civ., la quale consente la restituzione di tali finanziamenti ai soci solo dopo che siano stati integralmente soddisfatti tutti gli altri creditori.

In proposito, è stato già statuito da questa Corte che l'art. 2467 cod. civ. è stato introdotto allo scopo di affermare il principio di corretto finanziamento delle imprese, la cui violazione comporta la riqualificazione imperativa del "prestito" in "prestito postergato" rispetto alla soddisfazione degli altri creditori (Cass. n. 16393/2007).

Quanto alla applicabilità dell'art. 2467 cod. civ. a tutte le società di capitali, va richiamato l'orientamento di questa Corte in base al quale "E' estensibile ad altri tipi di società di capitali il disposto di cui all'art. 2467 c.c. che, nelle s.r.l., prevede la postergazione del rimborso del finanziamento del socio concesso in situazioni che renderebbero necessario un conferimento, perché la "ratio" della norma consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società "chiuse". Tale disciplina deve trovare pertanto trovare applicazione anche al finanziamento del socio di una s.p.a., qualora le condizioni della società siano a quest'ultimo note, per lo specifico assetto dell'ente o per la posizione da lui concretamente rivestita, quando essa sia sostanzialmente equivalente a quella del socio di una s.r.l." (Nella specie, la S.C. ha ritenuto applicabile la previsione di cui all'art. 2467 c.c. nel caso in cui il socio, azionista di maggioranza di una s.p.a. ed anche presidente del consiglio d'amministrazione, aveva sottoscritto un prestito obbligazionario non convertibile, garantito da ipoteca, in favore della società) (Sez.1, n.16291 del 20/06/2018, Rv.649534).

Nell'ipotesi di specie, a parere del collegio, la sentenza impugnata ha fatto buon governo dei principi suindicati rilevando la situazione di squilibrio finanziario che ha ritenuto provata sulla base delle risultanze istruttorie e attraverso una motivazione in fatto logica e coerente non sindacabile in sede di legittimità.

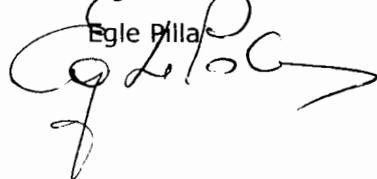
Alla inammissibilità del ricorso, consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. Consegue altresì, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen. l'onere del versamento di una somma, in favore della Cassa delle Ammende, determinata, in considerazione delle ragioni di inammissibilità del ricorso stesso, nella misura di euro tremila.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

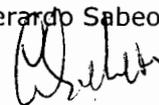
Così deciso in Roma in data 5 luglio 2022

Il Consigliere estensore

Egle Pilla


Il Presidente

Gerardo Sabeone



CORTE DI CASSAZIONE
V SEZIONE PENALE
DEPOSITATA IN CANCELLERIA
22 SET 2022
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
