



18808-23

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da:

ROSSELLA CATENA	- Presidente -	Sent. n. sez. 844/2023
MARIA TERESA BELMONTE		UP - 10/03/2023
ANGELO CAPUTO	- Relatore -	R.G.N. 30904/2022
GIOVANNI FRANCOLINI		
ROSARIA GIORDANO		

ha pronunciato la seguente

### SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato a (omissis) 1

avverso la sentenza del 09/06/2021 della CORTE APPELLO di PALERMO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;  
udita la relazione svolta dal Consigliere ANGELO CAPUTO

Rilevato che le parti non hanno formulato richiesta di discussione orale ex art. 23, comma 8, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, prorogato, da ultimo, in forza dell'art. 5-*duodecies* del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199.

Letta la requisitoria scritta ex art. 23, comma 8, cit., del Sostituto Procuratore generale della Repubblica presso questa Corte di cassazione Tomaso Epidendio, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

### RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza deliberata il 09/06/2021, la Corte di appello di Palermo, per quanto è qui di interesse, rideterminata *in melius* la durata delle pene accessorie fallimentari, ha, nel resto, confermato la sentenza del 25/07/2018 con la quale, sempre per quanto è qui di interesse, il Tribunale di Marsala aveva dichiarato

(omis: (omissis) quale amministratore unico dal 06/12/2011 di (omissis)  
, dichiarata fallita il (omissis), del reato di bancarotta fraudolenta

per distrazione in relazione a operazioni di rimborso finanziamento soci per circa 215 mila euro nel 2012 e 55 mila euro nel 2013.

2. Avverso l'indicata sentenza ha proposto ricorso per cassazione (omissis) (omissis) attraverso il difensore Avv. (omissis) denunciando – nei termini di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. – erronea applicazione dell'art. 216 l. fall. e dell'art. 2467 cod. civ. Erroneamente la Corte di appello non ha considerato l'orientamento della Corte di cassazione che distingue a seconda che il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale ovvero a titolo di mutuo, ravvisando in questa seconda ipotesi non già la bancarotta fraudolenta per distrazione, ma la bancarotta preferenziale, laddove i giudici di merito hanno sempre fatto generico riferimento al rimborso in violazione dell'art. 2467 cod. civ.

3. Con requisitoria scritta ex art. 23, comma 8, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 e succ. mod., il Sostituto Procuratore generale della Repubblica presso questa Corte di cassazione Tomaso Epidendio ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

Il ricorso è fondato.

Il riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2467 cod. civ., nel quale si esaurisce la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, attiene alla fase del rimborso del finanziamento erogato alla società, ma, ai fini della qualificazione del fatto, è il titolo del versamento a venire in rilievo in via prioritaria dal punto di vista logico-giuridico.

Infatti, la giurisprudenza di questa Corte ha affermato che integra il reato di bancarotta preferenziale la restituzione ai soci, effettuata in periodo di insolvenza, dei finanziamenti concessi dai medesimi alla società a titolo di mutuo (Sez. 5, n. 13318 del 14/02/2013, Viale, Rv. 254985).

La prospettiva delineata dalla pronuncia ora richiamata è stata, più di recente, arricchita attraverso il riferimento – in linea, come si vedrà, con l'orientamento delle sezioni civili di questa Corte – alla distinzione evocata dal ricorrente.

Si è così affermato il principio di diritto in forza del quale, in tema di reati fallimentari, il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analogo dizione) integra la fattispecie della

bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società, mentre, al contrario, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale (Sez. 5, n. 8431 del 01/02/2019, Vesprini, Rv. 276031; conf. Sez. 5, n. 19354 del 24/03/2021, Trani; Sez. 5, n. 13062 del 12/02/2021, Casalini; Sez. 5, n. 11399 del 18/01/2021, Trabucco; Sez. 5, n. 32930 del 21/06/2021, Provvigionato, Rv. 281872).

Più in particolare, valorizzando, come si è anticipato, l'apporto della giurisprudenza civile di legittimità, Sez. 5, n. 8431 del 2019, Vesprini, cit. ha chiarito che «i versamenti operati dai soci in conto capitale (o con altra analogha dizione indicati), 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)». Nell'ottica penal-fallimentare, rileva ancora Sez. 5, n. 8431 del 2019, Vesprini, cit., «il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con altra analogha 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». Nella stessa prospettiva, del resto, già Sez. 5, n. 14908 del 07/03/2008, Frigerio, Rv. 239487 aveva qualificato in termini di bancarotta preferenziale la restituzione di finanziamenti che, non avendo «natura di conferimenti di capitale di rischio», «rappresentano il sorgere di un effettivo ed esigibile credito (chirografario) in capo ai soci, senza che da ciò consegua effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale».

Sez. 5, n. 8431 del 2019, Vesprini, cit. ha quindi esaminato l'ulteriore questione rappresentata dai criteri in base ai quali distinguere le due diverse tipologie di versamenti in questione, evocando anche a tale riguardo, 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).

Il ricorso, dunque, è fondato, sicché la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Palermo, che si uniformerà ai principi di diritto richiamati.

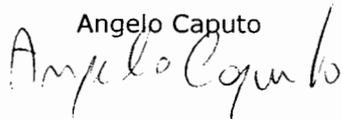
**P.Q.M.**

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Palermo.

Così deciso il 10/03/2023.

Il Consigliere estensore

Angelo Caputo



Il Presidente

Rossella Catena

