

## **Bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare: somme complessivamente eccedenti i limiti stabiliti dal giudice delegato**

11 Ottobre 2013

Giulia Palano

### **Le Massime Redazionali**

*Il reato di bancarotta post fallimentare si concreta nella distrazione delle somme pervenute al fallito per l'attività esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, qualora dette somme superino i limiti determinati dal giudice delegato in relazione a quanto occorre per il mantenimento dell'imprenditore fallito e della famiglia, ai sensi dell'art. 46 comma 1 n. 2, ed ultimo comma L.F.*

*Nel fallimento non vanno riversati i "ricavi" dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i "guadagni" da lui conseguiti; con la conseguenza che, per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.*

*In assenza di determinazione, da parte del giudice delegato, delle somme che il fallito è autorizzato a trattenere, dovrà essere il giudice penale ad effettuare, incidentalmente, la valutazione richiesta dall'art. 46 cit., avendo mente alle esigenze del fallito e della sua famiglia.*

*La Bancarotta per distrazione non può essere sempre addebitata, sic et simpliciter, all'amministratore di diritto, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non implica necessariamente la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto, ma a condizione che non vi sia stata ingerenza dell'amministratore di diritto nella gestione dell'impresa e non vi sia la prova della consapevolezza, da parte sua, delle azioni delittuose poste in essere dall'amministratore effettivo, né dell'accettazione, da parte sua, del rischio di siffatte azioni (Cassazione penale, sez. V, 19/02/2010, n. 19049).*

*Sotto il profilo soggettivo (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670), in tema di bancarotta fraudolenta, in caso di concorso ex art. 40 c.p., comma 2, dell'amministratore (o gestore) di diritto nel reato commesso dall'amministratore (o gestore) di fatto, ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670).*

### **Il caso**

Con la sentenza 15 dicembre 2011, n. 815 la Corte d'Appello di Reggio Calabria confermava il provvedimento del G.U.P. del Tribunale locale che aveva riconosciuto quale responsabile del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare il titolare di un'impresa individuale

dichiarata fallita, e, contestualmente, condannava per il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, sia l'amministratore di fatto che l'amministratore di diritto della neonata società, costituita, senza autorizzazione del giudice delegato, con lo scopo di proseguire l'attività dell'impresa dichiarata fallita.

A parere dei Giudici di secondo grado, infatti, per entrambe le contestazioni era stato integrato l'elemento oggettivo del reato, poiché, in relazione alla distrazione nel delitto pre fallimentare, i beni societari erano stati indebitamente sottratti alla loro lecita destinazione, mentre, con riferimento alla fattispecie post fallimentare, la condotta era stata perfezionata poiché i ricavi derivanti dalla società creata successivamente al fallimento erano stati indebitamente sottratti agli organi della procedura fallimentare.

Gli imputati hanno proposto ricorso in Cassazione deducendo, con un unico motivo articolato in tre capi, l'erronea applicazione della legge penale e l'illogicità della motivazione.

In particolare, con riferimento all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare, la difesa deduceva l'insussistenza della condotta distrattiva addebitata, sostenendo che le somme mancanti all'attivo erano state carpite con l'inganno da soggetti terzi, mentre i beni non rinvenuti presso la società erano stati venduti sì ai clienti, ma con ricavi piuttosto esigui.

Invece, in relazione all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, la difesa contestava l'entità della somma individuata quale distrazione, poiché la stessa non rappresentava i guadagni effettivi della nuova società, bensì i ricavi della stessa, ritenuti *“appena sufficienti per il mantenimento suo e della sua famiglia”*.

Infine, per quanto riguarda la responsabilità dell'amministratore di diritto, coimputato per bancarotta fraudolenta post fallimentare, la difesa ne dichiarava la totale estraneità, poiché le operazioni erano state realizzate integralmente dall'amministratore occulto attraverso la società di nuova costituzione.

### **La decisione**

Con sentenza 05 giugno 2013, n. 24493, gli Ermellini hanno parzialmente accolto il ricorso presentato.

Il primo capo è stato integralmente rigettato in considerazione del fatto che la difesa non avrebbe dimostrato la liceità della diversa destinazione dei beni.

Relativamente ai capi riguardanti la fattispecie post fallimentare, la Suprema Corte ha accolto le doglianze della difesa, sul presupposto che, *ex* articolo 46, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) affinché si configuri l'elemento oggettivo di tale delitto, vanno considerate distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo<sup>1</sup> eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato, di una attività intrapresa successivamente alla dichiarazione di fallimento.

In riferimento alla distrazione, infatti, la Cassazione ha argomentato che *“nel fallimento non vanno riversati i “ricavi” dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i “guadagni” da lui conseguiti”*.

Innanzitutto, preme evidenziare che il delitto in questione ha come presupposto l'emanazione di una sentenza dichiarativa di fallimento, dalla quale consegue lo spossessamento patrimoniale<sup>2</sup> del fallito *ex* articolo 42 LF. Tale spossessamento, a sua volta, rende aprioristicamente illecita qualunque movimentazione di ricchezza da questi realizzata in violazione degli obblighi a lui imposti.

Ovviamente, non tutti i trasferimenti patrimoniali effettuati dal fallito possono essere considerati *ipso facto* illeciti.

In effetti, l'art. 46 LF, rubricato, appunto, *“Beni non compresi nel fallimento”*, al I comma, n. 2) stabilisce che non sono appresi alla massa fallimentare *“gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia”*.

Sul punto la Suprema Corte ha sottolineato anche che ai sensi e per gli effetti dell'articolo 42, comma II, LF, debbano essere appresi alla massa attiva tutti i beni che pervengono al fallito in corso di procedura, “*dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni*”. Partendo da tale ultimo dato normativo, mediante la pronuncia in commento la Cassazione ha sottolineato che “*per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato*”.

Sembra opportuno specificare che i limiti entro i quali vigono tali previsioni sono fissati con decreto motivato del giudice delegato, tenendo conto “*della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia*”. In assenza della determinazione di tali limiti da parte del giudice delegato, nel caso in cui venisse aperto un procedimento penale, sarà il giudice penale - in via incidentale - a determinare la liceità delle somme trattenute dal fallito.

Queste le ragioni per le quali gli Ermellini hanno parzialmente annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria, sottolineando che “*la materialità del fatto di bancarotta richiede la concreta sottrazione di somme superanti il limite massimo previsto dalla disciplina sul fallimento*”.

La Corte ha, inoltre, precisato che, al fine di contestare il reato di bancarotta post fallimentare, non è sufficiente che il fallito abbia utilizzato somme derivanti dalla propria attività professionale, ma è necessario che abbia superato i limiti economici eventualmente posti dal giudice delegato o che abbia superato le soglie diversamente disposte.

A ciò si aggiunga che, nello stabilire se vi sia stata sottrazione da parte del fallito di beni destinati alla massa fallimentare, occorre anche stimare i costi sostenuti da quest'ultimo nella gestione della nuova attività, con la conseguenza che si considerano distratte esclusivamente le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.

È evidente, quindi, alla luce di tale recente pronuncia giurisprudenziale, che il reato di bancarotta fraudolenta post fallimentare ponga delicati problemi interpretativi ed applicativi.

Infine la Corte, ritenendo, appunto, non integrato il reato post fallimentare - in considerazione dell'insussistenza dell'elemento oggettivo - non si è espressamente pronunciata sulla doglianza relativa all'esecutore del reato.

Tuttavia, circa la responsabilità dell'amministratore di diritto, la Suprema Corte ha comunque sottolineato che la bancarotta distrattiva non può essergli sempre addebitata *tout court*, poiché la mera accettazione di tale carica non implica necessariamente la consapevolezza degli eventuali disegni criminosi dell'amministratore occulto, a condizione, però, che non vi sia stata alcuna ingerenza dell'amministratore formale nella gestione dell'impresa e purché manchi la prova della consapevolezza delle azioni delittuose e dell'accettazione del rischio di siffatte azioni (in senso conforme si veda Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza 27 marzo 2012, n. 11649).

Sul punto si evidenzia quindi come tale interpretazione è assolutamente innovativa, poiché la Giurisprudenza maggioritaria non è mai stata particolarmente favorevole a riconoscere l'estraneità ai fatti dell'amministratore di diritto, a meno che non si trattasse di un mero “testa di legno”.

La Cassazione, infatti, ha sottolineato in più occasioni<sup>3</sup> che la funzione di garanzia di cui, ad ogni modo, l'amministratore di diritto è investito nei confronti del patrimonio societario, fa sì che egli sia da considerare responsabile *ex* articolo 40 cpv c.p. in tutti i casi in cui venga accertata la violazione dell'obbligo di vigilare ed attivarsi in presenza di condotte pregiudizievoli per la società o per i creditori ed a fronte di condotte omissive consistenti nella mancata e consapevole adozione di comportamenti che

avrebbero impedito il verificarsi dell'evento delittuoso.

A parere di chi scrive, tuttavia, la nuova posizione adottata dagli Ermellini con la sentenza n. 24493/13 è assolutamente ragionevole e rispondente a quei principi di diritto penale, primo fra tutti il principio di legalità, che sono posti a tutela di tutti gli individui.

Infatti, prescindere dalle intenzioni dell'amministratore formale e considerarlo automaticamente responsabile per gli illeciti commessi dall'amministratore occulto determinerebbe la nascita di una forma di responsabilità oggettiva che poco si confà all'elemento psicologico della fattispecie di bancarotta post fallimentare di cui si discute, che, per sua natura, può essere esclusivamente dolosa, comportando, così, un ingiustificato svantaggio processuale nei confronti dell'imputato.

### **I precedenti**

In tema di limiti stabiliti nel corso della procedura fallimentare dal giudice delegato, si veda anche: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 13 dicembre 1978.

Circa l'addebito all'amministratore di diritto del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 04 febbraio 2013, n. 5653; Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 1° marzo 2013 n. 9845.

Sugli indicatori dai quali si evince la qualità di amministratore di fatto di una società, si veda: Corte d'Appello Milano, Sezione Seconda Penale, 19 gennaio 2009, n. 78.

Relativamente alla responsabilità dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 26 luglio 2004, n. 32465

Sulla responsabilità dell'amministratore formale per gli illeciti commessi dall'amministratore occulto si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 19 febbraio 2010, n. 19049.

In tema reati fallimentari, circa la responsabilità penale *ex art. 40 cpv c.p. ed art. 2639 c.c.* dell'amministratore di fatto, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, 29 agosto 2012, n. 33385.

1 Il guadagno effettivo corrisponde alla differenza tra tutte le somme pervenute al fallito grazie all'attività esercitata in seguito alla dichiarazione di fallimento e le spese sostenute.

2 Per il momento a partire dal quale si producono gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n. 12573, 22 novembre 1991; e anche Corte costituzionale, sentenza n. 228, 6 giugno 1995.

3 Si vedano, tra le altre: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 7208, 26/01/2006, nelle cui motivazioni si legge che *“quando un soggetto accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possono scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale”* (in senso conforme Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 40092, 07/11/2011); e anche Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 16942, 07/05/2012, secondo la quale *“in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, l'amministratore di diritto risponde penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, sia se abbia agito di comune accordo con lui, sia in virtù dei principi generali che regolano la responsabilità penale”*.

### **Le Massime Redazionali**

*Il reato di bancarotta post fallimentare si concreta nella distrazione delle somme pervenute al fallito per l'attività esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, qualora dette somme superino i limiti determinati dal giudice delegato in relazione a quanto occorre per il mantenimento dell'imprenditore fallito e della famiglia, ai sensi dell'art. 46 comma 1 n. 2, ed ultimo comma L.F.*

*Nel fallimento non vanno riversati i “ricavi” dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i “guadagni” da lui conseguiti; con la conseguenza che, per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia*

*sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.*

*In assenza di determinazione, da parte del giudice delegato, delle somme che il fallito è autorizzato a trattenere, dovrà essere il giudice penale ad effettuare, incidentalmente, la valutazione richiesta dall'art. 46 cit., avendo mente alle esigenze del fallito e della sua famiglia.*

*La Bancarotta per distrazione non può essere sempre addebitata, sic et simpliciter, all'amministratore di diritto, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non implica necessariamente la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto, ma a condizione che non vi sia stata ingerenza dell'amministratore di diritto nella gestione dell'impresa e non vi sia la prova della consapevolezza, da parte sua, delle azioni delittuose poste in essere dall'amministratore effettivo, né dell'accettazione, da parte sua, del rischio di siffatte azioni (Cassazione penale, sez. V, 19/02/2010, n. 19049).*

*Sotto il profilo soggettivo (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670), in tema di bancarotta fraudolenta, in caso di concorso ex art. 40 c.p., comma 2, dell'amministratore (o gestore) di diritto nel reato commesso dall'amministratore (o gestore) di fatto, ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670).*

## **Il caso**

Con la sentenza 15 dicembre 2011, n. 815 la Corte d'Appello di Reggio Calabria confermava il provvedimento del G.U.P. del Tribunale locale che aveva riconosciuto quale responsabile del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare il titolare di un'impresa individuale dichiarata fallita, e, contestualmente, condannava per il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, sia l'amministratore di fatto che l'amministratore di diritto della neonata società, costituita, senza autorizzazione del giudice delegato, con lo scopo di proseguire l'attività dell'impresa dichiarata fallita.

A parere dei Giudici di secondo grado, infatti, per entrambe le contestazioni era stato integrato l'elemento oggettivo del reato, poiché, in relazione alla distrazione nel delitto pre fallimentare, i beni societari erano stati indebitamente sottratti alla loro lecita destinazione, mentre, con riferimento alla fattispecie post fallimentare, la condotta era stata perfezionata poiché i ricavi derivanti dalla società creata successivamente al fallimento erano stati indebitamente sottratti agli organi della procedura fallimentare.

Gli imputati hanno proposto ricorso in Cassazione deducendo, con un unico motivo articolato in tre capi, l'erronea applicazione della legge penale e l'illogicità della motivazione.

In particolare, con riferimento all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare, la difesa deduceva l'insussistenza della condotta distrattiva addebitata, sostenendo che le somme mancanti all'attivo erano state carpite con l'inganno da soggetti terzi, mentre i beni non rinvenuti presso la società erano stati venduti sì ai clienti, ma con ricavi piuttosto esigui.

Invece, in relazione all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, la difesa contestava l'entità della somma individuata quale distrazione, poiché la stessa non rappresentava i guadagni effettivi della nuova società, bensì i ricavi della stessa, ritenuti *“appena sufficienti per il mantenimento suo e della sua famiglia”*.

Infine, per quanto riguarda la responsabilità dell'amministratore di diritto, coimputato per bancarotta fraudolenta post fallimentare, la difesa ne dichiarava la totale estraneità, poiché le operazioni erano state realizzate integralmente dall'amministratore occulto attraverso la società di nuova costituzione.

### **La decisione**

Con sentenza 05 giugno 2013, n. 24493, gli Ermellini hanno parzialmente accolto il ricorso presentato.

Il primo capo è stato integralmente rigettato in considerazione del fatto che la difesa non avrebbe dimostrato la liceità della diversa destinazione dei beni.

Relativamente ai capi riguardanti la fattispecie post fallimentare, la Suprema Corte ha accolto le doglianze della difesa, sul presupposto che, *ex* articolo 46, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) affinché si configuri l'elemento oggettivo di tale delitto, vanno considerate distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo<sup>1</sup> eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato, di una attività intrapresa successivamente alla dichiarazione di fallimento.

In riferimento alla distrazione, infatti, la Cassazione ha argomentato che *“nel fallimento non vanno riversati i “ricavi” dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i “guadagni” da lui conseguiti”*.

Innanzitutto, preme evidenziare che il delitto in questione ha come presupposto l'emanazione di una sentenza dichiarativa di fallimento, dalla quale consegue lo spossessamento patrimoniale<sup>2</sup> del fallito *ex* articolo 42 LF. Tale spossessamento, a sua volta, rende aprioristicamente illecita qualunque movimentazione di ricchezza da questi realizzata in violazione degli obblighi a lui imposti.

Ovviamente, non tutti i trasferimenti patrimoniali effettuati dal fallito possono essere considerati *ipso facto* illeciti.

In effetti, l'art. 46 LF, rubricato, appunto, *“Beni non compresi nel fallimento”*, al I comma, n. 2) stabilisce che non sono appresi alla massa fallimentare *“gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia”*.

Sul punto la Suprema Corte ha sottolineato anche che ai sensi e per gli effetti dell'articolo 42, comma II, LF, debbano essere appresi alla massa attiva tutti i beni che pervengono al fallito in corso di procedura, *“dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni”*. Partendo da tale ultimo dato normativo, mediante la pronuncia in commento la Cassazione ha sottolineato che *“per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato”*.

Sembra opportuno specificare che i limiti entro i quali vigono tali previsioni sono fissati con decreto motivato del giudice delegato, tenendo conto *“della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia”*. In assenza della determinazione di tali limiti da parte del giudice delegato, nel caso in cui venisse aperto un procedimento penale, sarà il giudice penale - in via incidentale - a determinare la liceità delle somme trattenute dal fallito.

Queste le ragioni per le quali gli Ermellini hanno parzialmente annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria, sottolineando che *“la materialità del fatto di bancarotta richiede la concreta sottrazione di somme superanti il limite massimo previsto dalla disciplina sul fallimento”*.

La Corte ha, inoltre, precisato che, al fine di contestare il reato di bancarotta post fallimentare, non è sufficiente che il fallito abbia utilizzato somme derivanti dalla propria attività professionale, ma è necessario che abbia superato i limiti economici eventualmente posti dal giudice delegato o che abbia superato le soglie diversamente disposte.

A ciò si aggiunga che, nello stabilire se vi sia stata sottrazione da parte del fallito di beni destinati alla massa fallimentare, occorre anche stimare i costi sostenuti da quest'ultimo nella gestione della nuova attività, con la conseguenza che si considerano distratte esclusivamente le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.

È evidente, quindi, alla luce di tale recente pronuncia giurisprudenziale, che il reato di bancarotta fraudolenta post fallimentare ponga delicati problemi interpretativi ed applicativi.

Infine la Corte, ritenendo, appunto, non integrato il reato post fallimentare - in considerazione dell'insussistenza dell'elemento oggettivo - non si è espressamente pronunciata sulla doglianza relativa all'esecutore del reato.

Tuttavia, circa la responsabilità dell'amministratore di diritto, la Suprema Corte ha comunque sottolineato che la bancarotta distrattiva non può essergli sempre addebitata *tout court*, poiché la mera accettazione di tale carica non implica necessariamente la consapevolezza degli eventuali disegni criminosi dell'amministratore occulto, a condizione, però, che non vi sia stata alcuna ingerenza dell'amministratore formale nella gestione dell'impresa e purché manchi la prova della consapevolezza delle azioni delittuose e dell'accettazione del rischio di siffatte azioni (in senso conforme si veda Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza 27 marzo 2012, n. 11649).

Sul punto si evidenzia quindi come tale interpretazione è assolutamente innovativa, poiché la Giurisprudenza maggioritaria non è mai stata particolarmente favorevole a riconoscere l'estraneità ai fatti dell'amministratore di diritto, a meno che non si trattasse di un mero "testa di legno".

La Cassazione, infatti, ha sottolineato in più occasioni<sup>3</sup> che la funzione di garanzia di cui, ad ogni modo, l'amministratore di diritto è investito nei confronti del patrimonio societario, fa sì che egli sia da considerare responsabile *ex* articolo 40 cpv c.p. in tutti i casi in cui venga accertata la violazione dell'obbligo di vigilare ed attivarsi in presenza di condotte pregiudizievoli per la società o per i creditori ed a fronte di condotte omissive consistenti nella mancata e consapevole adozione di comportamenti che avrebbero impedito il verificarsi dell'evento delittuoso.

#### **lign="JUSTIFY">Le Massime Redazionali**

*Il reato di bancarotta post fallimentare si concreta nella distrazione delle somme pervenute al fallito per l'attività esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, qualora dette somme superino i limiti determinati dal giudice delegato in relazione a quanto occorre per il mantenimento dell'imprenditore fallito e della famiglia, ai sensi dell'art. 46 comma 1 n. 2, ed ultimo comma L.F.*

*Nel fallimento non vanno riversati i "ricavi" dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i "guadagni" da lui conseguiti; con la conseguenza che, per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.*

*In assenza di determinazione, da parte del giudice delegato, delle somme che il fallito è autorizzato a trattenere, dovrà essere il giudice penale ad effettuare, incidentalmente, la valutazione richiesta dall'art. 46 cit., avendo mente alle esigenze del fallito e della sua famiglia.*



*La Bancarotta per distrazione non può essere sempre addebitata, sic et simpliciter, all'amministratore di diritto, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non implica necessariamente la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto, ma a condizione che non vi sia stata ingerenza dell'amministratore di diritto nella gestione dell'impresa e non vi sia la prova della consapevolezza, da parte sua, delle azioni delittuose poste in essere dall'amministratore effettivo, né dell'accettazione, da parte sua, del rischio di siffatte azioni (Cassazione penale, sez. V, 19/02/2010, n. 19049).*

*Sotto il profilo soggettivo (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670), in tema di bancarotta fraudolenta, in caso di concorso ex art. 40 c.p., comma 2, dell'amministratore (o gestore) di diritto nel reato commesso dall'amministratore (o gestore) di fatto, ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale (Cassazione penale, sez. V, 24/03/2011, n. 17670).*

## **Il caso**

Con la sentenza 15 dicembre 2011, n. 815 la Corte d'Appello di Reggio Calabria confermava il provvedimento del G.U.P. del Tribunale locale che aveva riconosciuto quale responsabile del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare il titolare di un'impresa individuale dichiarata fallita, e, contestualmente, condannava per il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, sia l'amministratore di fatto che l'amministratore di diritto della neonata società, costituita, senza autorizzazione del giudice delegato, con lo scopo di proseguire l'attività dell'impresa dichiarata fallita.

A parere dei Giudici di secondo grado, infatti, per entrambe le contestazioni era stato integrato l'elemento oggettivo del reato, poiché, in relazione alla distrazione nel delitto pre fallimentare, i beni societari erano stati indebitamente sottratti alla loro lecita destinazione, mentre, con riferimento alla fattispecie post fallimentare, la condotta era stata perfezionata poiché i ricavi derivanti dalla società creata successivamente al fallimento erano stati indebitamente sottratti agli organi della procedura fallimentare.

Gli imputati hanno proposto ricorso in Cassazione deducendo, con un unico motivo articolato in tre capi, l'erronea applicazione della legge penale e l'illogicità della motivazione.

In particolare, con riferimento all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva pre fallimentare, la difesa deduceva l'insussistenza della condotta distrattiva addebitata, sostenendo che le somme mancanti all'attivo erano state carpite con l'inganno da soggetti terzi, mentre i beni non rinvenuti presso la società erano stati venduti sì ai clienti, ma con ricavi piuttosto esigui.

Invece, in relazione all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva post fallimentare, la difesa contestava l'entità della somma individuata quale distrazione, poiché la stessa non rappresentava i guadagni effettivi della nuova società, bensì i ricavi della stessa, ritenuti *“appena sufficienti per il mantenimento suo e della sua famiglia”*.

Infine, per quanto riguarda la responsabilità dell'amministratore di diritto, coimputato per bancarotta fraudolenta post fallimentare, la difesa ne dichiarava la totale estraneità, poiché le operazioni erano state realizzate integralmente dall'amministratore occulto attraverso la società di nuova costituzione.

## **La decisione**

Con sentenza 05 giugno 2013, n. 24493, gli Ermellini hanno parzialmente accolto il ricorso presentato.

Il primo capo è stato integralmente rigettato in considerazione del fatto che la difesa non avrebbe



dimostrato la liceità della diversa destinazione dei beni.

Relativamente ai capi riguardanti la fattispecie post fallimentare, la Suprema Corte ha accolto le doglianze della difesa, sul presupposto che, *ex* articolo 46, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) affinché si configuri l'elemento oggettivo di tale delitto, vanno considerate distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo<sup>1</sup> eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato, di una attività intrapresa successivamente alla dichiarazione di fallimento.

In riferimento alla distrazione, infatti, la Cassazione ha argomentato che *“nel fallimento non vanno riversati i “ricavi” dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i “guadagni” da lui conseguiti”*. Innanzitutto, preme evidenziare che il delitto in questione ha come presupposto l'emanazione di una sentenza dichiarativa di fallimento, dalla quale consegue lo spossessamento patrimoniale<sup>2</sup> del fallito *ex* articolo 42 LF. Tale spossessamento, a sua volta, rende aprioristicamente illecita qualunque movimentazione di ricchezza da questi realizzata in violazione degli obblighi a lui imposti.

Ovviamente, non tutti i trasferimenti patrimoniali effettuati dal fallito possono essere considerati *ipso facto* illeciti.

In effetti, l'art. 46 LF, rubricato, appunto, *“Beni non compresi nel fallimento”*, al I comma, n. 2) stabilisce che non sono appresi alla massa fallimentare *“gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia”*.

Sul punto la Suprema Corte ha sottolineato anche che ai sensi e per gli effetti dell'articolo 42, comma II, LF, debbano essere appresi alla massa attiva tutti i beni che pervengono al fallito in corso di procedura, *“dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni”*. Partendo da tale ultimo dato normativo, mediante la pronuncia in commento la Cassazione ha sottolineato che *“per stabilire se ed in quale misura il fallito abbia sottratto beni alla massa fallimentare, occorre tener conto dei costi da lui incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato”*.

Sembra opportuno specificare che i limiti entro i quali vigono tali previsioni sono fissati con decreto motivato del giudice delegato, tenendo conto *“della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia”*. In assenza della determinazione di tali limiti da parte del giudice delegato, nel caso in cui venisse aperto un procedimento penale, sarà il giudice penale - in via incidentale - a determinare la liceità delle somme trattenute dal fallito.

Queste le ragioni per le quali gli Ermellini hanno parzialmente annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria, sottolineando che *“la materialità del fatto di bancarotta richiede la concreta sottrazione di somme superanti il limite massimo previsto dalla disciplina sul fallimento”*.

La Corte ha, inoltre, precisato che, al fine di contestare il reato di bancarotta post fallimentare, non è sufficiente che il fallito abbia utilizzato somme derivanti dalla propria attività professionale, ma è necessario che abbia superato i limiti economici eventualmente posti dal giudice delegato o che abbia superato le soglie diversamente disposte.

A ciò si aggiunga che, nello stabilire se vi sia stata sottrazione da parte del fallito di beni destinati alla massa fallimentare, occorre anche stimare i costi sostenuti da quest'ultimo nella gestione della nuova attività, con la conseguenza che si considerano distratte esclusivamente le somme che rappresentano il guadagno effettivo ed eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato.

È evidente, quindi, alla luce di tale recente pronuncia giurisprudenziale, che il reato di bancarotta fraudolenta post fallimentare ponga delicati problemi interpretativi ed applicativi.

Infine la Corte, ritenendo, appunto, non integrato il reato post fallimentare - in considerazione dell'insussistenza dell'elemento oggettivo - non si è espressamente pronunciata sulla doglianza relativa all'esecutore del reato.

Tuttavia, circa la responsabilità dell'amministratore di diritto, la Suprema Corte ha comunque sottolineato che la bancarotta distrattiva non può essergli sempre addebitata *tout court*, poiché la mera accettazione di tale carica non implica necessariamente la consapevolezza degli eventuali disegni criminosi dell'amministratore occulto, a condizione, però, che non vi sia stata alcuna ingerenza dell'amministratore formale nella gestione dell'impresa e purché manchi la prova della consapevolezza delle azioni delittuose e dell'accettazione del rischio di siffatte azioni (in senso conforme si veda Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza 27 marzo 2012, n. 11649).

Sul punto si evidenzia quindi come tale interpretazione è assolutamente innovativa, poiché la Giurisprudenza maggioritaria non è mai stata particolarmente favorevole a riconoscere l'estraneità ai fatti dell'amministratore di diritto, a meno che non si trattasse di un mero "testa di legno".

La Cassazione, infatti, ha sottolineato in più occasioni<sup>3</sup> che la funzione di garanzia di cui, ad ogni modo, l'amministratore di diritto è investito nei confronti del patrimonio societario, fa sì che egli sia da considerare responsabile *ex* articolo 40 cpv c.p. in tutti i casi in cui venga accertata la violazione dell'obbligo di vigilare ed attivarsi in presenza di condotte pregiudizievoli per la società o per i creditori ed a fronte di condotte omissive consistenti nella mancata e consapevole adozione di comportamenti che avrebbero impedito il verificarsi dell'evento delittuoso.

A parere di chi scrive, tuttavia, la nuova posizione adottata dagli Ermellini con la sentenza n. 24493/13 è assolutamente ragionevole e rispondente a quei principi di diritto penale, primo fra tutti il principio di legalità, che sono posti a tutela di tutti gli individui.

Infatti, prescindere dalle intenzioni dell'amministratore formale e considerarlo automaticamente responsabile per gli illeciti commessi dall'amministratore occulto determinerebbe la nascita di una forma di responsabilità oggettiva che poco si confà all'elemento psicologico della fattispecie di bancarotta post fallimentare di cui si discute, che, per sua natura, può essere esclusivamente dolosa, comportando, così, un ingiustificato svantaggio processuale nei confronti dell'imputato.

## **I precedenti**

In tema di limiti stabiliti nel corso della procedura fallimentare dal giudice delegato, si veda anche: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 13 dicembre 1978.

Circa l'addebito all'amministratore di diritto del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 04 febbraio 2013, n. 5653; Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 1° marzo 2013 n. 9845.

Sugli indicatori dai quali si evince la qualità di amministratore di fatto di una società, si veda: Corte d'Appello Milano, Sezione Seconda Penale, 19 gennaio 2009, n. 78.

Relativamente alla responsabilità dell'amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 26 luglio 2004, n. 32465

Sulla responsabilità dell'amministratore formale per gli illeciti commessi dall'amministratore occulto si veda: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, 19 febbraio 2010, n. 19049.

In tema reati fallimentari, circa la responsabilità penale *ex* art. 40 cpv c.p. ed art. 2639 c.c. dell'amministratore di fatto, si veda: Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, 29 agosto 2012, n. 33385.

1 Il guadagno effettivo corrisponde alla differenza tra tutte le somme pervenute al fallito grazie all'attività esercitata in seguito alla dichiarazione di fallimento e le spese sostenute.

2 Per il momento a partire dal quale si producono gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n. 12573, 22 novembre 1991; e anche Corte costituzionale, sentenza n. 228, 6 giugno 1995.

3 Si vedano, tra le altre: Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 7208, 26/01/2006, nelle cui motivazioni si legge che “*quando un soggetto accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possono scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale*” (in senso conforme Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 40092, 07/11/2011); e anche Corte di Cassazione, Sezione Quinta Penale, sentenza n. 16942, 07/05/2012, secondo la quale “*in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, l'amministratore di diritto risponde penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, sia se abbia agito di comune accordo con lui, sia in virtù dei principi generali che regolano la responsabilità penale*”.

**TAG:** *bancarotta fraudolenta, diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*

---

#### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*