

Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 18/12/2019) 10-03-2020, n. 9398

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE QUINTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CATENA Rossella - Presidente -

Dott. SESSA Renata - Consigliere -

Dott. TUDINO A. - rel. Consigliere -

Dott. SCORDAMAGLIA Irene - Consigliere -

Dott. RICCARDI Giuseppe - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(OMISSIS), nato a (OMISSIS);

avverso l'ordinanza del 27/09/2019 del TRIB. LIBERTA' di ROMA;

udita la relazione svolta dal Consigliere ALESSANDRINA TUDINO;

lette/sentite le conclusioni del PG MARIO MARIA STEFANO PINELLI;

Il Proc. Gen. conclude per il rigetto del ricorso.

L'Avv. (OMISSIS) si riporta ai motivi di ricorso e insiste per l'accoglimento dello stesso.

Svolgimento del processo

1. Con l'ordinanza impugnata del 27 settembre 2019, il Tribunale di Roma ha rigettato - ad esclusione di una specifica condotta distrattiva sub c) - l'istanza di riesame proposta da (OMISSIS) avverso l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari in data 10 settembre 2019, che ha applicato all'indagato la misura cautelare coercitiva degli arresti domiciliari in ordine a plurimi fatti di bancarotta, relativi al fallimento di (OMISSIS) s.r.l., della quale il (OMISSIS) era stato amministratore e presidente del Consiglio di amministrazione.

2. Avverso l'indicata ordinanza del Tribunale del riesame di Roma ha proposto ricorso per cassazione l'indagato, con atto a firma dei difensori, Avv. (OMISSIS) e (OMISSIS), articolando quattro motivi, di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173 disp. att. c.p.p., comma 1.

2.1. Il primo motivo denuncia mancanza, illogicità o contraddittorietà della provvista indiziaria, *sub specie* di travisamento documentale, in riferimento all'entità del debito erariale riferibile alla fallita, erroneamente indicato in "decine di milioni di Euro" laddove, invece, risulta dallo stato passivo un'insinuazione definitiva per Euro 1.687.067,46, oggetto di rateizzazione ed assunzione da parte di (OMISSIS) s.r.l., mentre altre posizioni - ammesse al passivo con riserva - risultano oggetto di contenzioso tributario, con conseguente mancata valutazione del tema difensivo spiegato sul punto.

2.2. Con il secondo motivo, si censura violazione di legge e correlato vizio della motivazione in riferimento agli elementi costitutivi del reato di bancarotta per distrazione. Quanto alla ricostruzione dell'operazione di fusione per unione di (OMISSIS) s.p.a. e (OMISSIS) s.p.a., confluite nella new co. (OMISSIS) s.r.l.. Operazione ritenuta dal Tribunale distrettuale eseguita in danno dei creditori alla stregua dell'assunto per cui la trasformazione societaria per fusione determinerebbe sempre una sottrazione di garanzia, omettendo di considerare: a) come siffatta fusione fosse intervenuta tra società del medesimo gruppo, in posizione di controllo ((OMISSIS) detentore del 100% delle quote di partecipazione in (OMISSIS) s.p.a.); b) il disposto dell'art. 2504-bis c.c. che, nel prevedere la conservazione dell'identità delle società coinvolte nell'operazione, oltre ad escludere ogni effetto depressivo, è altresì ostativo alla dichiarazione di fallimento, sul punto oggetto di richiesta di revoca; c) i benefici compensativi invece conseguiti alla fusione, potendo i creditori disporre del patrimonio unitario (derivante dall'attivo di (OMISSIS) e di (OMISSIS)), come effettivamente avvenuto attraverso l'assunzione del debito erariale da parte di (OMISSIS) s.r.l..

Donde l'erronea qualificazione della stessa operazione di fusione come distrattiva, in assenza di una valutazione ex ante dei benefici conseguiti all'operazione straordinaria societaria, anche in considerazione della mancata opposizione ex art. 2503 c.c., del contratto d'appalto apportato in dote alla new co. da parte di (OMISSIS) e degli ulteriori analoghi contratti stipulati da (OMISSIS) s.r.l., che ne documentano e consolidano la solvibilità. Risultano, pertanto, travisati i termini dell'operazione, anche riguardo agli indici di fraudolenza, ritenuti dal Tribunale del tutto assertivamente, in assenza di una congrua valutazione di utilità ex ante e dell'assunzione postuma dei debiti erariali della fallita, definiti da (OMISSIS) s.r.l.; società rispetto alla quale è stata respinta istanza di fallimento proposta da (OMISSIS) s.r.l..

2.3. Il terzo motivo deduce vizio della motivazione sul capo relativo alla bancarotta documentale, risultando generica ed indeterminata l'affermazione resa dal Tribunale riguardo la documentazione ritenuta incompleta, mentre il Curatore ha fatto riferimento ad una nota dell'Agenzia delle entrate che dà, invece, atto della consegna della documentazione mancante. Risulta, altresì, impropriamente ritenuta la sottrazione del libro del Collegio sindacale, che l'art. 2021 c.c. rimette alla custodia dell'organo di controllo, adombrandosi un interesse che risulta, invece, smentito dall'assenza di rilievi, avendo peraltro il sindaco (OMISSIS) dichiarato l'utilità della disposta fusione: trattasi, dunque, o di documentazione inconferente o, comunque, in possesso dell'Agenzia delle Entrate, mentre è contraddittoria rispetto al precedente assunto l'asserzione per cui la documentazione sarebbe comunque inattendibile, resa richiamando il giudizio della Direzione regionale della Basilicata, oggetto di contestazione giudiziale.

2.4. Il quarto motivo deduce analoga censura in riferimento alla dissipazione del credito vantato da (OMISSIS) nei confronti del socio (OMISSIS), oggetto di compensazione, risultando la predetta operazione giustificata ed avendo, al riguardo, il Tribunale escluso la rilevanza dell'origine del credito documentato (fatture e correlative note di credito), senza specificare a quale altra operazione il fatto contestato si riferisca, mentre dalla stessa relazione del curatore emergono le linee di debito in favore del (OMISSIS), derivanti da finanziamenti bancari personali erogati al medesimo e girati in favore della società. Quanto al debito estinto per compensazione, lo stesso si riferisce alle fatture emesse dalla fallita - e connesse note di credito - in favore della ditta (OMISSIS) per una prestazione convenuta e non eseguita, mentre il Tribunale del riesame ha erroneamente invertito i termini del rapporto, qualificando come compensazione un mero storno di fatture.

Motivi della decisione

Il secondo ed il quarto motivo di ricorso sono fondati.

1. Colgono nel segno le censure articolate nel secondo motivo di ricorso in relazione alla ricostruzione della natura distrattiva dell'operazione societaria di fusione per unione di (OMISSIS) s.p.a. e (OMISSIS) s.p.a., confluite nella new co. (OMISSIS) s.r.l.

1.1. In tema di riconduzione, entro l'alveo dell'art. 216 L. Fall., delle operazioni straordinarie societarie, questa Corte ha già avuto modo di esprimersi nel senso che, in tema di reati fallimentari, nell'ipotesi di incorporazione per fusione di società in cui il fallimento riguarda solo la società incorporante, è possibile configurare i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale a carico degli amministratori e dei concorrenti esterni della società incorporata anche in relazione a condotte illecite riguardanti quest'ultima e commesse prima della fusione, in quanto i rapporti giuridici facenti capo all'incorporata non si estinguono, ma si trasferiscono alla società incorporante (Sez. 5, n. 42568 del 19/06/2018, E., Rv. 273925, N. 6904 del 2017 Rv. 269106, N. 32728 del 2014 Rv. 261966, N. 18517 del 2018 Rv. 273072).

E', stato, a tal fine, precisato come la fusione, in quanto è frutto della scelta degli organi societari delle società partecipanti, impone ai medesimi di valutare il complesso dell'operazione anche sotto l'aspetto del rischio derivante dalle condizioni finanziarie negative della società incorporata e la possibilità della società incorporante di farvi fronte per evitare la verifica dello stato di dissesto (Sez. 5, n. 6904 del 04/11/2016 - dep. 2017, Gandolfi, Rv. 269106), sottolineandosi la necessità di verifica del pericolo concreto di propagazione dell'effetto depressivo sulla società derivante dalla fusione.

1.2. Siffatta opzione ermeneutica - invero sperimentata in ipotesi di fusione nella forma dell'incorporazione e con riferimento agli effetti prodotti sulla società incorporante - fonda sullo statuto delineato dall'art. 2504-bis c.c., che prevede che la società risultante dalla fusione o la società incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti, proseguendo in tutti i loro rapporti, con la conseguenza che le vicende economiche delle società incorporate non vengono sterilizzate dall'operazione di incorporazione, ma proiettano i loro effetti sulla società incorporante, la cui consistenza patrimoniale viene ad essere influenzata da quella della società incorporata anche in riferimento ai fattori che - incidendo negativamente sul patrimonio dell'incorporata - abbiano determinato l'affievolimento della garanzia patrimoniale dei creditori.

In tal senso, va rilevato come la giurisprudenza civile abbia chiarito, in linea con l'insegnamento del più autorevole consesso di questa Corte (Sez. U, n. 19698 del 17/09/2010, Biasiucci c/ Presta, Rv.

614542), come l'art. 2504-bis c.c., nel testo modificato dal D.Lgs. n. 6 del 2003, nel prevedere la prosecuzione dei rapporti giuridici, anche processuali, in capo al soggetto unificato, quale centro unitario di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, risolve la fusione in una vicenda non estintiva, ma evolutivo-modificativa, che comporta un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente distinto dal vecchio (N. 24498 del 2014 Rv. 633265).

1.3. Siffatta ricostruzione unitaria si pone in armonia con i principi affermati, nella massima espressione nomofilattica, dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. U., n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, Rv. 266804, cit.) secondo cui, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, i fatti pregiudizievoli delle ragioni dei creditori assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati posti in essere, quando ne abbiano messo in pericolo la soddisfazione. Muovendo da tali premesse, ne discende come coesistente alla perseguibilità dei reati commessi dall'imprenditore (ovvero, negli organismi collettivi, dai suoi amministratori e dagli altri soggetti indicati nell'art. 223 L. Fall.) la dichiarazione di fallimento di una delle società in cui si è articolata la vicenda imprenditoriale, allorchè questa sia stata caratterizzata da un fenomeno di fusione.

E se ciò è indiscutibile quando il fallimento riguarda la società incorporata, alla stessa conclusione occorre pervenire ove il fallimento sia pronunciato nei confronti dell'incorporante, giacchè il fenomeno estintivo, che riguarda l'incorporata, concerne l'ente in sè e non le situazioni giuridiche attive e passive - che ad essa fanno capo, nè quelle maturate in capo al suo amministratore. Tali situazioni, infatti, sono state influenzate, e spesso determinate, da operazioni rischiose - quale anche l'assunzione di un rilevante debito fiscale - effettuate in danno dell'incorporata, sicchè il fallimento dell'incorporante - attualizzando l'offesa all'interesse tutelato dalle norme penali fallimentari - realizza la condizione cui è, per legge, subordinata la punibilità del trasgressore. A tale dato formale si aggiunge, peraltro, l'esigenza di assicurare la punibilità di condotte che realizzano il paradigma normativo dei reati in questione e di impedire - attraverso operazioni di trasformazione societaria - facili elusioni della normativa fallimentare, particolarmente agevole nei gruppi di società e in quelli caratterizzati da rapporti interpersonali tra i suoi membri.

In tal senso, pertanto, qualunque negozio traslativo (V. da ultimo Sez. 5, n. 34464 del 14/05/2018, in tema di cessione di ramo d'azienda; Sez. 5, n. 16748 del 13/02/2018, Morelli, Rv. 272841 in materia di affitto di beni aziendali) e qualunque operazione societaria (V. Sez. 5, n. 1984 del 2019, non massimata; Sez. 5, n. 20370 del 10/04/2015, Pisedda, Rv. 264078 in materia di scissione) può assumere valenza distrattiva o dissipativa, e ciò tanto nel caso in cui non si configurino correlativi incrementi patrimoniali o economici in favore della disponente (Sez. 5, n. 44891 del 9 ottobre 2008, P.M. in proc. Quattrocchi, Rv. 241830), quanto in quello in cui l'operazione stessa avvenga al preciso scopo di trasferire la disponibilità dei beni societari ad altro soggetto giuridico in previsione del fallimento (Sez. 5, n. 46508 del 27 novembre 2008, Scirè e altri, Rv. 242614; Sez. 5, n. 3302 del 28 gennaio 1998, Martinel, Rv. 209947; Sez. 5, n. 11207 del 29 ottobre 1993, Locatelli ed altri, Rv. 196456).

Infine, va ribadito che non occorre accertare il nesso di causalità tra le condotte contestate, poste in essere durante l'esercizio di una delle imprese trasformate, e il dissesto o il fallimento della stessa o di entrambe, dal momento che la giurisprudenza di questa Corte esclude siffatto vincolo di destinazione, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento della società amministrata destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività (Sez. U, ibidem, Rv. 266804; ex multis, Sez. 5, n. 13910 del 08/02/2017, Santoro, Rv. 269389; Sez. 5, n. 47616 del 17/07/2014, Simone, Rv. 261683; Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261942).

Tale impostazione riverbera i suoi effetti sulla valutazione dell'elemento psicologico, giacchè il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo concreto a dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria nè la volontà di cagionare il fallimento, nè la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, nè lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di conferire al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (Sez. U, ibidem; Sez. 5, n. 38396 del 23/06/2017, Sgaramella, Rv. 270763, Sez. 5, n. 13910 del 08/02/2017, Santoro, cit.), con la rappresentazione "della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori tutelati dalla norma incriminatrice" (Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi ed altri, Rv. 263801).

E' evidente, pertanto, che, se non è richiesta alcuna forma di rappresentazione e volizione dello stato di dissesto, nè del possibile fallimento dell'impresa da parte degli autori dei reati quando l'impresa non abbia subito modificazioni nel corso della sua storia, lo stesso deve affermarsi in presenza di un fenomeno modificativo-evolutivo tra imprese, non essendovi ragioni per derogare ai principi sopra richiamati.

Di guisa che la dichiarazione di fallimento di una delle società confluite nella fusione è idonea, nel concorso delle altre condizioni di legge, a determinare la punibilità della condotte poste in essere dagli amministratori delle altre (Sez. 5 n. 42568 del 19/06/2018, E., Rv. 273925, N. 6904 del 2017, N. 6904 del 2017, N. 32728 del 2014, N. 32728 del 2014, N. 18517 del 2018, N. 18517 del 2018), e che la stessa fusione di una società gravata da note passività o da obbligazioni insolute costituisce - ove le medesime incidano sulla derivata situazione economica e patrimoniale del nuovo ente, aggravandola - condotta distrattiva.

In altri termini, la rilevanza dell'operazione di fusione in termini di riduzione della garanzia patrimoniale di una delle società coinvolte deve essere accertata previa verifica, ex ante ed in concreto, dell'effetto che la stessa è idonea a produrre, ove intervenga il fallimento delle società coinvolte nella fusione o di quella che ne sia derivata.

Donde la potenziale rilevanza depressiva degli effetti della fusione societaria, realizzata tanto nella forma per incorporazione che per unione, con la sola implicazione per cui, nell'ultimo caso, è anche sul nuovo ente che andrà commisurato e valutato l'effetto depressivo.

1.4. Quanto alle finalità della operazione ed al suo corretto inquadramento giuridico, è, dunque, alla concreta pericolosità ex ante dell'operazione che occorre fare riferimento, ferma restando la atipicità della condotta che può qualificarsi in termini di distrazione.

Deve, pertanto, essere affermato il principio di diritto per cui, in tema di reati fallimentari, anche l'operazione di unione per fusione di società in cui il fallimento riguarda solo una delle società trasformate, può costituire condotta distrattiva, in quanto i rapporti giuridici facenti capo a ciascuna società non si estinguono, ma si trasferiscono alla società derivante dalla fusione, quando sia dimostrata, alla stregua di una valutazione ex ante ed in concreto, la pericolosità della stessa operazione di fusione per la società poi fallita.

2. Ai principi enunciati il Tribunale del riesame di Roma non si è attenuto.

2.1. Nel caso in disamina, è la stessa operazione di fusione per unione della fallita, confluita nella new.co (OMISSIS) s.r.l., ad essere contestata come condotta distrattiva, e non già l'effetto depressivo conseguito all'unione della fallita per la confluyente (OMISSIS) s.p.a. o per la nuova società derivante dalla fusione, con conseguente necessità di verifica della pericolosità dell'operazione societaria solo in riferimento alla medesima (OMISSIS) s.p.a. che, in virtù della vicenda modificativa, ha comunque conservato la titolarità dei rapporti giuridici alla medesima facenti capo.

Nell'ordinanza impugnata, la natura distrattiva dell'operazione di fusione, peraltro erroneamente ricondotta alla forma per incorporazione, è stata ritenuta alla stregua delle incontestate passività della fallita (OMISSIS) s.p.a., gravata da un ingente debito erariale, della prossimità della stessa operazione di trasformazione rispetto alla dichiarazione di fallimento e dell'astratta concorrenza dei creditori di (OMISSIS) s.p.a. sui beni della prima, omettendo in toto di considerare quale concreto effetto depressivo per la fallita abbia comportato la fusione con altra società in bonis ed a quale specifico profilo di rischio si siano trovati esposti i creditori della fallita, in conseguenza della vicenda modificativa-evolutiva, che ha dato luogo alla costituzione di (OMISSIS) s.r.l..

2.2. Al riguardo, il riesame aveva analiticamente documentato - oltre all'assunzione postuma del debito erariale da parte della new.co., post factum come tale irrilevante nella valutazione della condotta materiale, ma non insignificante sotto il versante soggettivo - specifici elementi, indicativi di un rafforzamento del patrimonio di (OMISSIS) s.p.a., in conseguenza della fusione con (OMISSIS) s.p.a., dalla quale era derivata una nuova società, dotata di una reale capacità di imporsi sul mercato grazie agli appalti portati in dote.

Elementi che andavano senz'altro ponderati nella (ri)valutazione della concreta pericolosità della fusione ex se per i creditori di (OMISSIS) s.p.a., in quanto idonei ad introdurre un apprezzamento di esclusione del pericolo concreto che connota la fattispecie oggetto di provvisoria incolpazione.

In altri termini, a fronte dell'astratta rilevanza dell'operazione straordinaria societaria di fusione per unione in termini distrattivi, manca la necessaria verifica in concreto della pericolosità ex ante della stessa per i creditori della fallita; pericolosità in ipotesi esclusa laddove la fusione con (OMISSIS) s.p.a. e la creazione di un nuovo ente giuridico non abbia comportato, di per sé, un aggravamento delle passività, nè una diminuzione patrimoniale, tale da pregiudicare o compromettere - nell'ambito della vicenda evolutivo-modificativa intervenuta - i creditori di (OMISSIS) s.p.a., determinando o aggravando un rischio, attualizzato dalla dichiarazione di fallimento.

Donde la motivazione rassegnata al riguardo si rivela del tutto apparente e, come tale, censurabile nella presente fase cautelare di legittimità.

3. E', del pari, fondato il quarto motivo.

3.1. Con l'atto di riesame, il ricorrente aveva ricostruito l'operazione contestata sub b), devolvendo al giudice del gravame cautelare la questione relativa alla riconducibilità ad un'operazione di compensazione delle partite intercorse tra (OMISSIS) s.p.a. e la ditta individuale D.G., escludendo l'esistenza di reciproci crediti, estinti per compensazione.

Sul punto, il Tribunale del riesame si è limitato a trascrivere uno stralcio sintetico della motivazione del primo giudice (f. 3: "la situazione patrimoniale rappresentata alla data del 1 aprile 2014 e dalla

quale risulta sia un credito della società verso D.G. come fosse un cliente, che un debito come fosse un fornitore, non trova fondamento in idonea documentazione contabile") che, da un lato, omette di rivalutare i dati e le argomentazioni difensive, deponenti per l'emissione di note di credito, e, dall'altro, attribuisce alle predette il riferimento ad altra operazione²che rinuncia a ricostruire e a qualificare, senza porla in correlazione con quella oggetto di contestazione e di giustificare, con la necessaria chiarezza, la ritenuta non pertinenza della deduzione difensiva.

3.2. Nè siffatto deficit giustificativo trova composizione attraverso la lettura dell'ordinanza genetica che, sul punto, si rivela essa stessa anodina.

(Ndr: testo originale mancante) dello stesso" e che farebbe figurare il medesimo D.G. "come fosse un fornitore", viene descritto come sottoposto a successive ridenominazioni e rettifiche, sulle quali la difesa ha dedotto specifiche causali, rimaste prive di analisi critica nell'ordinanza impugnata e non univocamente ricostruibili alla stregua delle conformi ordinanze cautelari.

Donde la natura dissipativa anche di siffatta estinzione per compensazione resta sguarnita della necessaria giustificazione, all'esito delle deduzioni defensionali immotivatamente eluse.

4. Le evidenziate omissioni valutative impongono l'annullamento dell'ordinanza impugnata in parte qua, con rinvio al Tribunale del riesame per nuovo esame sui capi evidenziati, restando assorbite le ulteriori censure in quanto esse stesse suscettibili di rivalutazione, all'esito della necessaria ricostruzione delle operazioni distrattive.

P.Q.M.

annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Roma.

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 10 marzo 2020