

Penale Sent. Sez. 5 Num. 15650 Anno 2020

Presidente: SCARLINI ENRICO VITTORIO STANISLAO

Relatore: CALASELICE BARBARA

Data Udienza: 24/01/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GULLINO ROBERTO nato a Aosta il 14/04/1955

avverso la sentenza del 29/04/2019 della Corte di appello di Torino

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere B. Calaselice;

udita la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale, P. Filippi, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio in relazione alla bancarotta documentale, l'annullamento con rinvio per la bancarotta con distrazione, annullamento senza rinvio in relazione all'aggravante;

udito il difensore, Avv. F. M. Drago, che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata è stata riformata la condanna di Roberto Gullino, emessa dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo, il 17 dicembre 2013, alla pena ritenuta di giustizia, in relazione ai reati ascrittigli (bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e documentale post-fallimentare, nonché occultamento di documenti tributari da parte di soggetto interdetto dall'attività commerciale) pronunciando la prescrizione del reato di cui all'art. 10 d. lgs. n. 74 del 2000, nonché rideterminando la pena principale, in quella di anni due mesi dieci di reclusione, eliminando le pene accessorie di cui all'art. 29 cod. pen. e quelle di cui all'art. 12 d. lgs. n. 74 del 2000, rideterminando, infine, le pene accessorie fallimentari nella durata di anni due mesi dieci.

1.1. La contestazione attiene alle vicende della Alto 1 s. a. s., della quale Gullino era socio accomandatario, dichiarata fallita in data 17 settembre 2007, attribuendo la condotta al predetto, di aver agito, nei confronti dei terzi, anche come amministratore di fatto della Bito s.r.l., distraendo sistematicamente le risorse, occultando documenti e conservando quasi esclusivamente i documenti relativi ai costi aziendali presso la propria abitazione, onde ostacolare la ricostruzione del volume di affari, fatti contestati con l'aggravante di cui all'art. 219 comma 2 n. 2 legge fall., perché posti in essere da soggetto destinatario di divieto di esercizio di attività commerciale.

2. Avverso la descritta sentenza ha proposto tempestivo ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del difensore di fiducia, deducendo nei motivi di seguito riassunti otto vizi.

2.1. Con il primo motivo si denuncia nullità della sentenza per vizio di cui all'art. 606, comma 1, lett e) cod. proc. pen. nella forma della mancanza di motivazione in relazione al motivo di appello concernente l'insussistenza del divieto di esercizio di attività commerciale a carico di fallito e, quindi, dell'aggravante di cui all'art. 219 comma 2, n. 2 legge fall.

L'appello aveva devoluto, con motivi nuovi, il punto dell'insussistenza in capo al fallito del divieto di svolgere attività commerciale, senza autorizzazione del giudice delegato all'attività aziendale, come invece contestato.

Si tratta di divieto previsto dall'art. 5 comma 2 lett. a) del d. lgs. 114 del 1998, abrogato dall'art. 20 d. lgs. n. 169 del 2007. Il ricorrente evidenzia che il giudice delegato non deve autorizzare al lavoro ma solo indicare quale parte del guadagno del fallito debba essere riversato alla curatela. Di qui l'eccezione



insussistenza anche dell'aggravante di cui all'art. 219, comma 2, n. 2 legge fall., censura rimasta priva di risposta nella sentenza di appello.

2.2. Con il secondo motivo si denuncia erronea applicazione di legge penale ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett b) cod. proc .pen., in relazione all'art. 219 comma 2 n. 2 legge fall. e dell'art. 5, comma 2, lett. a) del d lgs. 114 del 1998, abrogato dall'art. 20 d . lgs. n. 169 del 2007.

La Corte ha omesso di motivare circa l'esistenza dell'aggravante violando la norma abrogatrice di cui all'art. 20 cit.

2.3 Con il terzo motivo si denuncia nullità della sentenza per vizio di motivazione, indicata come illogica e mancante, in ordine a motivi di appello e motivi nuovi con i quali si censurava la sentenza di primo grado circa la distinzione tra guadagni e ricavi, tenuto conto che si tratta di bancarotta post-fallimentare e alla sussistenza del guadagno quale elemento del reato di bancarotta fraudolenta post-fallimentare.

Sarebbe stato necessario, per il ricorrente, distinguere tra guadagni e ricavi, nonché indicare gli effettivi guadagni conseguiti dall'imputato. Invece la Corte di appello si limita ad affermare che si giunge alle stesse considerazioni anche tenendo conto della differenza tra guadagni e ricavi, fondando il calcolo dei guadagni sulla base di una mera congettura, già espressa nella sentenza di primo grado (ove era stato indicato che i ricavi sarebbero in nero e senz'altro eccedenti le spese per il mantenimento della famiglia). Inoltre la sentenza di appello, rimandando, *de plano* a quella del Tribunale, non distinguerebbe tra operazioni di acquisto per importazione e operazioni di rivendita.

2.4. Con il quarto motivo si eccepisce la nullità della sentenza per mancanza assoluta di motivazione, a fronte di specifico motivo di appello, in ordine al dovere di determinare la somma spettante al fallito ai sensi dell'art. 46 Legge fall. , nonché violazione dell'art. citato e dell'art. 216, comma 2, Legge fall.

Il reato di bancarotta post-fallimentare può avere riguardo solo a guadagni del fallito eccedenti la somma necessaria per il mantenimento anche della famiglia, con importo che deve essere determinato dal Giudice Delegato, su istanza del fallito. Il giudice penale, poi, secondo il ricorrente, ha l'onere, ove tale importo non sia stato determinato in sede civile, di procedere alla sua determinazione *incidenter tantum*, esame trascurato del tutto dalla Corte territoriale.

2.5. Con il quinto motivo, circa il reato di bancarotta documentale post-fallimentare, si eccepisce la nullità della sentenza per omessa motivazione sull'elemento materiale del reato.

Si osserva che l'imputato ha negato ogni condotta di sottrazione o distruzione e falsificazione delle scritture e ha eccepito che, ove tale condotta sia



esistente, questa debba essere considerata limitata ai libri e scritture dell'impresa fallita, non alla contabilità successiva al fallimento. Si contesta, invece, il sistematico occultamento di documenti inerenti attività svolte dopo il fallimento. Ciò in relazione alle operazioni intercorse con le ditte Conservas e Marea, mentre quella posta in essere con Bito s.r.l. non si sarebbe dovuta prendere in considerazione, trattandosi di società terza, mai dichiarata fallita. Si richiamano precedenti di questa Corte di legittimità indicati come in termini (n. 47197 del 2015).

2.6. Con il sesto motivo si denuncia violazione ed erronea applicazione dell'art. 216, comma 2, ultima parte legge fall. per non aver ritenuto che la bancarotta documentale debba avere ad oggetto libri e scritture contabili dell'impresa ante fallimento.

2.7. Con il settimo motivo si eccepisce vizio di motivazione in relazione alla bancarotta documentale post-fallimentare.

Si negava, con l'appello e motivi nuovi, l'occultamento e distruzione delle scritture contabili. Sono state rinvenute presso l'abitazione del ricorrente, in Cuneo, indicata come suo domicilio fiscale e luogo di residenza, scritture inerenti l'attività svolta dopo il fallimento. Peraltro l'obbligo di tenere le scritture a disposizione riguarda solo i bilanci e le scritture contabili della ditta. I documenti diversi, indicati come nascosti alle Dogane, non rientrerebbero, a parere del ricorrente, in detto obbligo.

2.8. Con l'ottavo motivo si denuncia vizio di motivazione in relazione al trattamento sanzionatorio, quanto al diniego delle circostanze attenuanti generiche ed alla concessione del minimo della pena.

3. Risulta depositata articolata memoria difensiva, in data 31 dicembre 2019, con la quale si illustrano gli orientamenti di questa Corte di legittimità in relazione a tutti i punti affrontati con il ricorso principale e, soltanto nell'intestazione, si fa riferimento a motivi nuovi.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei limiti di seguito illustrati.

2. Il terzo ed il quarto motivo sono fondati.

2.1. Va premesso che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, può ritenersi nulla per difetto di motivazione la sentenza di appello che, a fronte di motivi di impugnazione specifici, con cui si contesti in maniera argomentata la ricostruzione operata dal giudice di primo grado, si limiti a ripetere la motivazione di condanna senza rispondere a ciascuna

delle contestazioni adeguatamente mosse dalla Difesa con l'atto di appello (*ex multis*, Sez. 2, n. 56395 del 23/11/2017, Floresta, Rv. 271700). Coerentemente con l'indirizzo applicato in materia di motivazione *per relationem* (Sez. 2, n. 55199 del 29/5/2018, Salcini, Rv. 274252) deve, altresì, escludersi l'illegittimità del richiamo della motivazione di altro provvedimento quando, tra l'altro, la motivazione stessa sia congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione ed il giudice abbia dimostrato di fare proprie le argomentazioni ivi contenute.

2.1.1. Va ancora osservato che 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 Legge fall. Occorre por mente, però, al fatto che, per quanto riguarda le somme di denaro, sono appresi i guadagni (*ciò che il fallito guadagna*) eccedenti le necessità di mantenimento dell'imprenditore e della sua famiglia (art. 46, comma 1, n. 2, cit.).

Da queste norme e dalla *ratio* ad esse sottesa, si evince che nel fallimento non vanno riversati i *ricavi* dell'attività esercitata dal fallito dopo il fallimento, ma i guadagni 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 incontrati nella gestione dell'attività, dovendosi per l'effetto considerare distratte le somme che rappresentano il guadagno effettivo, eccedente i limiti stabiliti dal giudice delegato (Sez. 5, n. 24493 del 19/03/2013, Mangiola, Rv. 256321).

A ciò si aggiunga che è noto che (Sez. 5, n. 16606 del 09/03/2010, Quero, Rv. 247256) integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale post-fallimentare la condotta di colui che, dopo essere stato dichiarato fallito, intraprenda una nuova attività dalla quale tragga guadagni eccedenti i redditi necessari per il mantenimento proprio e della propria famiglia, omettendo di conferirli a favore della procedura concorsuale in corso, in violazione dell'art. 46 cit. E' stato pacificamente affermato, invero, che in effetti, non esiste un divieto assoluto per il fallito di lavorare dopo la dichiarazione di fallimento, ma sussiste l'obbligo di non depauperare il patrimonio sociale e di versare parte dei proventi dell'attività lavorativa svolta nella massa attiva fallimentare, trattenendo quanto necessario al mantenimento (Sez. 5, n. 38244 del 17/03/2004, Citarelli, Rv. 230340).

2.1.2. Occorre anche considerare che ad integrare il delitto non è sufficiente che il fallito abbia utilizzato i proventi dell'attività lavorativa senza aver chiesto od ottenuto un preventivo provvedimento dal giudice delegato circa le somme

che aveva il diritto di trattenere, in quanto la materialità del fatto di bancarotta distrattiva richiede la concreta sottrazione di somme, superanti il limite massimo previsto dalla disciplina sul fallimento. Con la conseguenza che, 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 di mantenimento del fallito e della sua famiglia.

Va, infine, rilevato che la giurisprudenza di legittimità civile, pone in evidenza che il fallito resta, comunque, gravato dall'onere di dimostrare partitamente la natura e l'entità di quelle che sostiene essere state le "spese" e quindi le "passività". Si è rimarcato, ad esempio, che qualora il fallito, dopo l'apertura della procedura concorsuale, intraprenda una nuova attività autorizzata e si avvalga, della collaborazione di un terzo, i pagamenti in favore di quest'ultimo eseguiti dal fallito ricadono nel regime generale di inefficacia di cui all'art. 44 Legge fall., in assenza di prova, da parte di chi ne invoca l'immunità dalle iniziative recuperatorie della curatela, circa la natura di "costi" inerenti alle operazioni che, ai sensi della diversa disposizione di cui al citato decreto, art. 42, comma 2, sono destinate ad incrementare l'attivo concorsuale con beni sopravvenuti al fallito (Sez. 1, n. 1600 del 24/01/2008, Rv. 601383; Sez. 1, n. 8274 del 07/06/2002, Rv. 554970).

2.2. Ciò posto risulta, come dedotto, che nell'atto di appello e nei motivi aggiunti, la Difesa aveva confutato, espressamente, con riferimento alla bancarotta distrattiva post-fallimentare (cfr. atto di appello depositato il 23 gennaio 2014) l'omesso esame, da parte del giudice di primo grado, della differenza tra le somme pervenute al fallito, dopo la dichiarazione di fallimento, per l'attività esercitata in quanto necessarie al mantenimento del nucleo familiare del fallito, rispetto ai guadagni dallo stesso conseguiti, con esclusione dei costi sostenuti nella gestione dell'attività. Ciò con riferimento alla fallita Alto1 s.a.s., evidenziando, già in quella sede, la confusione operata rispetto alla diversa attività esercitata di fatto dal medesimo Gullino, a partire dal giugno 2011, in relazione alla società intestata alle figlie.

Rispetto a tale censura, meglio articolata dall'appellante anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza di questa Corte di legittimità, la Corte di appello, con motivazione del tutto insufficiente (concentrata in poche righe a pag. 6 della pronuncia) si limita a giungere alle stesse conclusioni del primo giudice, assumendo di aver tenuto conto della differenza tra guadagni e ricavi, limitandosi a sostenere che i ricavi sarebbero senz'altro eccedenti le spese per il mantenimento della famiglia, avendo Gullino coinvolto nell'attività le giovanissime figlie, con condotta diretta anche a coprire la reale documentazione contabile e fiscale; con ciò confondendo del tutto la motivazione in relazione alle



due distinte condotte, poste in essere in relazione alla Alto 1 s.a.s. ed alla Bito s.r.l. Del resto si attribuisce l'impossibilità di ricostruzione corretta dei ricavi, tenendo conto dei costi sostenuti, proprio alla condotta del Gullino, contestata come bancarotta fraudolenta documentale, con motivazione tautologica, senza nulla aggiungere in relazione all'attività di fatto esercitata dal predetto per la Bito s.r.l.

Il Collegio rileva che, nel caso al vaglio, il ricorrente risponde di bancarotta post-fallimentare a seguito del fallimento della Alto 1 s.a.s., nonché in proprio, quale socio accomandatario, della predetta s.a.s.; inoltre gli viene ascritta la bancarotta post-fallimentare relativa alle risorse ottenute, mai versate alla curatela, attraverso l'amministrazione di fatto della s.r.l. sopra indicata.

Non risulta, invero, specificato nella sentenza impugnata, con riferimenti ai guadagni che si riferiscono all'attività che ha svolto l'imputato, dopo la dichiarazione di fallimento, espressamente, con la partita Iva della società in accomandita semplice dichiarata fallita, in cosa sia consistita la distrazione post-fallimentare e in cosa si siano concretizzati i ricavi, collegabili alla predetta attività sino al giugno 2011, limitandosi la pronuncia di appello soltanto a fare riferimento all'attività compiuta dal Gullino attraverso lo "scudo" rappresentato dalla società intestata, formalmente, alle giovanissime figlie del ricorrente.

Sul punto, invero, la sentenza di primo grado, cui quella di appello, senza nulla aggiungere, fa rinvio evidenzia che:

- a partire dal fallimento dichiarato nel 2007 e sino alla data della sentenza di primo grado (17 dicembre 2013) Gullino ha compiuto per la Alto1 s.a.s. operazioni imponibili di rilevante importo, tratte dalla documentazione fiscale e contabile reperita presso terzi soggetti, rispetto alle quali non vi è stato un accertamento, specifico, dei costi sostenuti stante la lacunosità, ascrivibile al medesimo Gullino, della documentazione contabile e fiscale;

- a partire dal giugno 2011, Gullino ha continuato la stessa attività dietro lo schermo della Bito s.r.l., formalmente amministrata dalle figlie, quale amministratore di fatto, società che gestiva in via esclusiva.

A fronte di tale duplice condotta, descritta compiutamente nell'imputazione, non appare affatto motivato, nel provvedimento impugnato, pur a fronte di specifiche critiche dell'appellante, quale di queste vada ascritta all'imputato come bancarotta post-fallimentare relativa alla Alto 1 s.a.s., eseguita utilizzando la partita Iva della società fallita e quella corrispondente ad omonima ditta individuale, rispetto a quella ascrivibile al medesimo Gullino, perché posta in essere dal predetto quale amministratore di fatto della Bito s.r.l. intestata alle figlie, società, peraltro, mai fallita ed al cui esercizio, evidentemente avvenuto in nero, il predetto non è indicato come autorizzato dagli organi della procedura fallimentare.



Entrambi i provvedimenti di merito, invero, sottolineano la carenza di accertamento in relazione ai costi, ma fanno riferimento, generico, ad attività svolta in nero, reputata *in re ipsa* superare i limiti di cui all'art. 46 Legge fall., stante l'omesso versamento alla procedura fallimentare di guadagni, senza nulla aggiungere rispetto alla necessità, secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra indicato, di distinguere tra guadagni e ricavi. Inoltre la motivazione della pronuncia di appello è del tutto carente in relazione alla differenza tra l'attività distrattiva compiuta quale bancarotta post-fallimentare in relazione alla Alto 1 s.a.s. e quella relativa alla Bito s.r.l.

La sentenza stante la mancanza di motivazione va, pertanto, annullata sul punto con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Torino, per nuovo esame, onde colmare la lacuna motivazionale tenendo, comunque, in debito conto che, in sede di merito, è onere del fallito dare la prova, anche per via induttiva, dei costi sostenuti nell'esercizio dell'attività lavorativa.

2.3. E' appena il caso di osservare che le censure svolte in relazione al reato di bancarotta fraudolenta documentale sono infondate tenuto conto che, dai provvedimenti di merito, emerge che la contabilità reperita soltanto presso l'abitazione del ricorrente, è collegata senz'altro all'attività della s.a.s. dichiarata fallita. Peraltro le scritture contabili risultano tenute in modo non esauriente, posto che entrambe le sentenze di merito sottolineano che il volume di affari è stato ricostruito soltanto a seguito di documentazione reperita presso terzi (società Conservas Hoya sa, di Barcellona, Marea 2007 s.r.l.), in occasione di controlli esercitati presso quelle società.

3. Fin da ora, infine, è possibile stabilire i criteri cui il giudice del rinvio dovrà attenersi nella valutazione della posizione del Gullino, ove risolve positivamente la problematica afferente l'esistenza del reato di bancarotta post-fallimentare, circa l'aggravante contestata.

E' da precisare, infatti, che, ove all'esito del rinvio, sia confermato il giudizio di responsabilità dell'imputato, in relazione al reato di bancarotta patrimoniale post-fallimentare per entrambe o una soltanto delle condotte di cui al capo di imputazione, è in ogni caso da valutare se l'aggravante di cui all'art. 219, comma 2, n. 2 legge fall., sia sussistente.

Si tratta del divieto, in capo alla fallita, di svolgere attività commerciale, senza autorizzazione del giudice delegato all'attività aziendale, previsto dall'art. 5 comma 2 lett. a) del d lgs. 114 del 1998, abrogato dall'art. 20 d. lgs. n. 169 del 2007.

Sul punto si osserva che il decreto correttivo del 2007 n. 169, recante disposizioni integrative e correttive al r.d. n. 267 del 1942 ed al d. lgs. n. 5 del 2006, ha soppresso, con l'art. 20 e con decorrenza dal 1 gennaio 2008, l'art. 5,

comma 2, del d. lgs. n. 114 del 31 marzo 1998 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma dell'art. 4, comma 4, della Legge 15 marzo 1997 n. 59) alla cui stregua non potevano esercitare l'attività commerciale salvo che avessero ottenuto la riabilitazione, tra gli altri, coloro che sono stati dichiarati falliti. Tale cancellazione si aggiunge all'abrogazione dell'art. 50 della previgente Legge fallimentare, per cui l'istituto della riabilitazione è stato, in definitiva, eliminato dalla disciplina del fallimento, introducendo quello dell'esdebitazione, esteso dal citato d. lgs. n. 169 del 2007, alle procedure fallimentari pendenti alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 5 del 2006, a quelle chiuse a detta data, alle procedure per le quali la relativa domanda fosse stata presentata a tale data.

In definitiva la nuova disciplina sopra indicata, in uno all'esito della pronuncia della Corte Cost. n. 39 del 2008, mass. 32129, escludono che possano ritenersi soggetti alle incapacità personali relative all'esercizio dell'attività commerciale (n.d.r. intese in senso stretto), i falliti per i quali sia intervenuta la chiusura della procedura concorsuale.

Sicché ai fini della sussistenza dell'aggravante in parola, di cui all'art. 219, comma 2, n. 2 Legge fall., dovrà essere precisato, dai giudici di merito se l'esercizio dell'attività commerciale non autorizzata dalla procedura fallimentare, da parte del fallito, indicata come protratta, nel complesso, fino alla data della sentenza di primo grado (momento peraltro significativo anche ai fini della decorrenza del *dies a quo* della prescrizione: Sez. 5, 11/05/2011 n. 18565, Vitali, Rv. 250082), si collochi prima o dopo la chiusura del fallimento della s.a.s.

4. Per quanto sin qui esposto, ritenendo assorbito l'ottavo motivo di ricorso, in quanto relativo al trattamento sanzionatorio, si impone l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio per nuovo esame nei limiti di cui alla parte motiva, da parte di altra sezione della Corte di appello di Torino.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Torino per nuovo esame.

Si da atto che il presente provvedimento non è allo stato sottoscritto, per impedimento del Presidente e dell'estensore ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) del d.p.c.m. 8 marzo 2020.

Così deciso, il 24/01/2020