Penale Sent. Sez. 5 Num. 15638 Anno 2022
Presidente: MICCOLI GRAZIA ROSA ANNA
Relatore: PISTORELLI LUCA
Data Udienza: 22/03/2022

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
Ferrero Michele, nato a Noto, il 26/11/1938;

avverso la sentenza del 25/2/2021 della Corte d'appello di Roma;
visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Luca Pistorelli;
udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore generale Dott. Sabrina Passafiume, che ha concluso per l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata;
uditi per l'imputato l'avv. Vincenzo Comi e l'avv. Franco Coppi, che hanno concluso per l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Roma ha confermato la condanna di Ferrero Michele per i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, commessi nella sua qualità di amministratore di diritto, fino al 14 luglio 2006, e successivamente di amministratore fatto della San Giacomo s.r.l., fallita il 18 febbraio 2009. In particolare oggetto di contestazione è la distrazione della somma di euro 103.800, pari al corrispettivo della cessione di partecipazioni societarie detenute dalla fallita in favore della Netum Immobiliare s.r.l. e dell'imputato, nonché l'irregolare tenuta delle scritture contabili a partire dal 2005 e l'assenza di qualsiasi documentazione contabile per il periodo compreso dal 2008 alla data del fallimento.

2. Avverso la sentenza ricorre l'imputato articolando tre motivi.
2.1 Con il primo deduce erronea applicazione della legge penale e vizi di motivazione, in relazione all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in particolare con riferimento alla mancata applicazione della clausola dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2634 c.c. Disciplina applicabile al caso di specie, anzitutto in quanto la fallita era inserita in un gruppo societario facente capo al Ferrero, come ricostruito dalle pronunzie di merito, in secondo luogo in quanto la cessione di quote societarie di cui al capo di imputazione andrebbe qualificata quale legittima operazione infra gruppo, svolta anche a beneficio della fallita, giacché la nozione di società controllata ex art. 2359 c.c. non si applicherebbe nei soli casi in cui la controllante sia un ente collettivo, ma anche nell'ipotesi in cui a svolgere il ruolo di "holding" del gruppo sia esercitato dal socio sovrano persona fisica. L'estensione della disciplina dei vantaggi compensativi anche nel caso di "holding" persona fisica è anzitutto rispettosa della lettera di cui all'art. 2497 c.c., che nel fare riferimento a "enti" esercenti l'attività di direzione e coordinamento di altre società" non esclude espressamente che questi possano anche essere unipersonali, ossia persone fisiche. Lettura avvalorata dal secondo comma della medesima fattispecie e dall'art. 2497-quinquies c.c., il cui dettato normativo apre ad una interpretazione estensiva volta a ricomprendere anche le persone fisiche. A ulteriore conferma, si evidenzia che la figura di "holding" persona fisica non sarebbe sconosciuta all'ordinamento italiano, essendo menzionata dall'art. 90, decreto legislativo dell'8 luglio 1999, n. 270 e dal provvedimento della Consob del 21 dicembre 1988 n. 88/40.714 in merito alla disciplina in materia di comunicazione di partecipazioni rilevanti nelle società quotate. Premesso ciò sull'applicabilità al caso oggetto di ricorso della disciplina sui vantaggi compensativi infra gruppo, risulterebbe evidente il deficit motivazionale della sentenza impugnata laddove volta a negare l'utilità dell'integrazione istruttoria richiesta nell'atto di appello volta ad indagare, tra l'altro, i vantaggi derivanti alla fallita dalla cessione delle quote societarie contestate al Ferrero. Parimenti meritevole di critica sarebbero le conclusioni cui è giunta la Corte

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

territoriale in punto di elemento soggettivo, posto che aderendo alla tesi prospettata dalla difesa, la volontà distrattiva non sarebbe altro che la lecita intenzione di perseguire un interesse a vantaggio del gruppo.

2.2 Analoghi vizi vengono denunziati con il secondo motivo in relazione all'attribuzione all'imputato della qualifica di amministratore di fatto della fallita. La Corte, in primo luogo, non si sarebbe attenuta ai requisiti ex art. 2639 c.c. necessari per riconoscere tale qualifica, avendo unicamente valorizzato il ruolo apicale del Ferrero nel gruppo cui appartiene la fallita. Sul punto i giudici avrebbero inoltre mancato di confrontarsi sia con la consulenza tecnica della difesa, laddove dà conto di come il ricorrente non abbia mai compiuto atti gestori per conto della fallita, sia con la relazione del curatore fallimentare, nella quale si evince che il Bertino, amministratore formale della San Giacomo s.r.l. al tempo del fallimento, abbia indicato quale gestore effettivo della società non il Ferrero ma tale Perticarà.

2.3 Ancora erronea applicazione della legge penale e vizi di motivazione vengono infine dedotti anche con il terzo ed ultimo motivo in merito al denegato riconoscimento delle attenuanti generiche, statuizione sorretta da una motivazione meramente apparente, che fa generico riferimento a plurime condotte distrattive ed al conseguente danno cagionato al ceto creditorio della fallita, elementi non menzionati nel capo di imputazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

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

2. Il primo motivo è in realtà inammissibile poiché il ricorrente manca di confrontarsi con la motivazione dei giudici del merito.

La doglianza si fonda anzitutto sull'erroneo presupposto per cui la Corte territoriale avrebbe escluso la rilevanza di eventuali vantaggi compensativi tratti dalla fallita dalla sua appartenenza ad un gruppo riconducibile all'imputato in ragione della ritenuta inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 2634 c.c. nel caso in cui il controllo sulle società dell'agglomerato sia esercitato da una persona fisica. I giudici del merito, invece, non hanno disconosciuto l'esistenza del gruppo, tantomeno per la ragione indicata nel ricorso, ma hanno più semplicemente escluso che la circostanza sia di per sé sufficiente per negare la natura distrattiva della cessione delle partecipazioni societarie possedute dalla fallita in favore della Netum Immobiliare s.r.l. e del Ferrero per un corrispettivo in denaro non rinvenuto dal curatore. Il ricavato di tale cessione, in assenza di scritture contabili e di altri elementi volti a ricostruirne la destinazione, è stato logicamente ritenuto oggetto di distrazione, coerentemente ai principi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

costantemente affermati da questa Corte (*ex multis* Sez. 5, Sentenza n. 28520 del 24/04/2013, Avesani, Rv. 257250).

L'esistenza di un gruppo societario, infatti, non elide la distinzione giuridica e patrimoniale tra le diverse società che ne fanno parte. Sicché, il trasferimento di risorse da una società all'altra del gruppo o verso la holding persona fisica, senza una causale idonea a giustificarlo, viola l'integrità del patrimonio di garanzia di quella depauperata, integrando la fattispecie del delitto predetto. Ciò a meno che non sia ravvisabile la presenza, effettiva o anche solo fondatamente prevedibile, di vantaggi compensativi che riequilibrino gli effetti immediatamente negativi per la società fallita e neutralizzino gli svantaggi per i creditori sociali (Sez. 5, Sentenza n. 16206 del 02/03/2017, Magno, Rv. 269702).

I suddetti vantaggi non possono dunque ritenersi discendere dalla mera appartenenza al gruppo e tantomeno dal solo vantaggio conseguito dall'ente controllante, ma, qualora la loro esistenza già non risulti in atti, spetta all'imputato fornire quantomeno un principio di prova del saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata (Sez. 5, Sentenza n. 46689 del 30/06/2016, Coatti, Rv. 268675).

Come accennato, con motivazione coerente a tali coordinate ermeneutiche la Corte territoriale ha escluso che nel caso di specie siano state acquisite evidenze da cui desumere la necessaria compensazione della fallita ovvero che l'imputato abbia anche solo allegato elementi idonei a prospettare i vantaggi compensativi conseguiti o ragionevolmente conseguibili dall'operazione.

Sulla base delle considerazioni fino ad ora svolte si esclude inoltre il vizio motivazionale della sentenza impugnata laddove nega l'utilità di una integrazione probatoria che era stata richiesta dall'odierno ricorrente solo a fini esplorativi, peraltro in sostituzione del mancato assolvimento, da parte dello stesso Ferrero, dell'onere di allegazione precedentemente richiamato.

3. Il secondo motivo è invece meritevole di accoglimento.

Deve anzitutto rammentarsi che, per giurisprudenza ormai consolidata, al fine di riconoscere la qualifica di amministratore di fatto, pur non occorrendo l'esercizio di tutti i poteri tipici dell'organo di gestione, è non di meno necessario il riscontro di una significativa e continuativa gestione, svolta in modo non episodico od occasionale dall'agente.

In particolare non può ritenersi che la titolarità da parte dell'agente della carica di amministratore della società capogruppo (ovvero la sua identificazione con la *holding*)

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

implichi di per sè l'assunzione della qualifica di amministratore di fatto delle società controllate, a meno che l'esercizio dei poteri di direzione e coordinamento del gruppo non si traduca specificamente in atti gestione di fasi o settori delle controllate, limitandone dell'autonomia e riducendo gli amministratori di diritto a meri esecutori materiali delle direttive impartite (*ex multis* Sez. 5, Sentenza n. 36865 del 27/10/2020, Cimatti, Rv. 280107).

Nel caso di specie la motivazione impugnata, sul punto, è manifestamente carente in ordine alla prova di quegli indici sintomatici da cui desumere la carica di amministratore di fatto in capo al Ferrero. In particolare è stata valorizzata la posizione apicale ricoperta dal ricorrente nel gruppo societario cui apparteneva la fallita e la conseguente titolarità del capitale sociale di quest'ultima, circostanze tuttavia ancora neutre rispetto all'oggetto della prova necessaria per la dimostrazione dell'effettiva gestione di fatto della stessa. Nemmeno appare in tal senso dirimente l'ulteriore prova logica valorizzata dalle Corti territoriali, che dal fatto che il Bertino fosse un amministratore solo di diritto della fallita e che altre società del gruppo dove il Bertino figurava quale amministratore in effetti fossero gestite dal Ferrero, deduce che anche nel caso della fallita egli abbia ricoperto la carica di amministratore, sia pure di fatto. Tale ragionamento, infatti, non si confronta adeguatamente nè con il ricordato insegnamento giurisprudenziale sulla necessità di provare una concreta attività gestoria imputabile al Ferrero, nè con la circostanza che lo stesso Bertino abbia indicato un altro soggetto - tale Perticarà - quale amministratore di fatto della fallita.

4. In conclusione la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Roma, rimanendo assorbito il terzo motivo di ricorso.

P.Q.M.

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

Così deciso il 22/3/2022

Il Consigliere estensore
Luca Pistorelli

Il Presidente
Grazia Rosa Anna Miccoli

CORTE DI CASSAZIONE
V SEZIONE PENALE

Corte di Cassazione - copia non ufficiale