



9813/06

Udienza

pubblica in

data 8/3/2006

SENTENZA N. *h78*

REGISTRO GENERALE
20892/2005

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

QUINTA SEZIONE PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

dott.	<i>Bruno</i>	<i>Foccarini</i>	Presidente
dott.	<i>Mario</i>	<i>Rotelle</i>	Consigliere
dott.	<i>Aniello</i>	<i>Nappi</i>	Consigliere
dott.	<i>Maurizio</i>	<i>Fumo</i>	Consigliere
dott.	<i>Antonio</i>	<i>Didone</i>	Consigliere

GIEMME NEW s.r.l.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

F.A., n. a *(omissis)* il *(omissis)*
R.U., n. a *(omissis)* il *(omissis)*

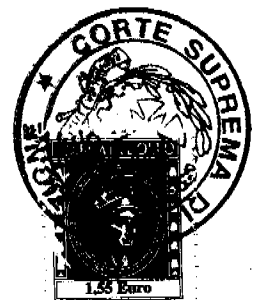
avverso

la sentenza della Corte d'appello di Firenze depositata il 29 aprile 2004

Sentita la relazione svolta dal Consigliere dott. Aniello Nappi

Udite le conclusioni del P.M. *di Francesco Selva* che ha chiesto *il rigo*

Udito, per la parte civile, l'avv. *Alberto Del Carlo di Duca*
udito il difensore avv. *Stefano Del Carlo di Pise*



Motivi della decisione

1. Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Firenze ha confermato la dichiarazione di colpevolezza di **F.A.** e **R.U.** in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, contestato a **F.** nella sua qualità di amministratore della Germital s.r.l., fallita il 6 aprile 1993, e a **R.** nella sua qualità di amministratore della s.p.a. R.M. Oleificio, cui furono cedute nell'imminenza del fallimento tutte le quote della società poi fallita, così distraendone, secondo l'accusa, l'avviamento e l'intera clientela, grazie anche all'assunzione dell'amministratore e di parte del personale come dipendenti della società controllante.

Ricorrono per cassazione **R.U.**, con cinque motivi d'impugnazione, e **F.A.**, con quattro motivi.

Con il primo motivo **R.U.** deduce violazione dell'art. 521 c.p.p. ed eccepisce quindi la nullità della sentenza impugnata a norma dell'art. 522 c.p.p., lamentando che i giudici d'appello gli abbiano addebitato, oltre allo sviamento della clientela e al trasferimento del personale, già oggetto della decisione di primo grado, anche la distrazione del marchio Olivana appartenente alla società fallita, considerato elemento costitutivo dell'avviamento. Sennonché il marchio è oggetto di un autonomo diritto di esclusiva, distinto dall'avviamento, che è invece una qualità dell'azienda e non è autonomamente disponibile. Ne consegue che costituisce illegittima modificazione della contestazione l'aver considerato per la prima volta nel giudizio d'appello il marchio come oggetto di distrazione.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce illogicità della motivazione, denunciandone due contraddizioni relative alla ritenuta distrazione del marchio Olivana. Rileva in primo luogo che la distrazione del marchio si sarebbe realizzata, secondo i giudici del merito, mediante cessioni gratuite anteriori a quella cessione delle quote della società poi fallita che secondo l'accusa integra l'attività distrattiva; sicché l'evento di distrazione avrebbe anticipato la condotta distrattiva. Aggiunge poi che, come gli stessi giudici del merito riconoscono, le cessioni gratuite del marchio non intervennero mai in favore della s.p.a. R.M. Oleificio.

Con il terzo motivo il ricorrente deduce erronea applicazione dell'art. 40 c.p., lamentando che i giudici del merito abbiano attribuito rilevanza distrattiva a presunti sviamenti di clientela ante-

riori alla cessione delle quote, che secondo l'accusa avrebbe invece determinato lo sviamento.

Con il quarto motivo il ricorrente deduce erronea applicazione dell'art. 2555 c.c., lamentando che i giudici del merito abbiano assunto a fondamento dell'addebito di distrazione un concetto di avviamento incompatibile con la sua natura giuridica di qualità complessiva dell'azienda. Infatti, come i giudici del merito riconoscono, il dissesto della Germital s.r.l. fu determinato da un incendio che il 23 gennaio 1992 distrusse l'intero complesso aziendale. Rimase certo l'originario avviamento dell'azienda, ma non poteva essere considerato oggetto di distrazione rispetto a un'azienda ormai inesistente.

Con il quinto motivo infine il ricorrente deduce vizio di motivazione della sentenza impugnata, lamentando che erroneamente i giudici del merito abbiano considerato distrattiva la cessione delle quote della società poi fallita, perché con tale operazione era stato pagato ai soci anziché alla società il valore dell'avviamento.

Censure analoghe propone con il suo ricorso F.A.

.

2. Sono fondati e assorbenti il quarto e il quinto motivo del ricorso di R.U..

Contrariamente a quanto i giudici del merito affermano, infatti, deve innanzitutto escludersi che possa assumere rilevanza come condotta di distrazione il trasferimento alla s.p.a. R.M. Oleificio delle quote della Germital s.r.l. poi fallita. Trattandosi di società di capitali, invero, il trasferimento delle quote sociali non incise in alcun modo sul patrimonio della società poi fallita, che anche dopo la cessione conservò immutato nel suo attivo il valore dell'avviamento aziendale. Mentre non ha alcuna rilevanza nella prospettiva dei creditori della Germital s.r.l., che qui interessa, stabilire se l'operazione di cessione delle quote della società poi fallita fu un affare per i cedenti ovvero per i cessionari, perché ciò che può essere oggetto di distrazione sono i beni della società fallita, non i beni dei soci, cui le quote sociali appartengono.

Benché sembri risultare il contrario da un lontano precedente giurisprudenziale (Cass., sez. V, 24 maggio 1982, Marcucci, m. 155357), deve poi escludersi che l'avviamento commerciale di un'azienda possa essere di per sé oggetto di distrazione.

Non v'è dubbio che, perché sia configurabile il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, sia sufficiente, in particolare quando si tratti di

imprese sociali, l'utilizzazione dei beni per finalità diverse da quelle dell'impresa cui sono destinati e la loro sottrazione alla stessa funzionalità dell'azienda (Cass., sez. V, 18 novembre 1983, Bandini, m. 162387, Cass., sez. V, 28 marzo 1985, Cass., sez. V, 10 luglio 1985, Bedeschi, m. 170792, Cass., sez. V, 15 novembre 1985, Vicario, m. 171858, Cass., sez. V, 20 novembre 1987, Cartotto, m. 177518, Cass., sez. V, 7 marzo 1989, Bruzzese, m. 182141) o anche solo alla disponibilità degli organi fallimentari (Cass., sez. V, 23 marzo 1988, Fabbri, m. 179047). Sicché, ad esempio, anche «un contratto di locazione stipulato per finalità estranee all'azienda può integrare gli estremi della bancarotta per distrazione, quando venga stipulato in previsione del fallimento ed allo scopo di trasferire la disponibilità di tutti o dei principali beni aziendali ad altro soggetto giuridico» (Cass., sez. V, 29 ottobre 1993, Locatelli, m. 196456).

Tuttavia, perché si abbia bancarotta, è pur sempre necessario che oggetto di distrazione siano rapporti giuridicamente rilevanti ed economicamente valutabili. La stessa Cass., sez. V, 24 maggio 1982, Marcucci, citata, che pure risulta massimata nel senso del riconoscimento dell'avviamento come possibile oggetto di distrazione, esclude in realtà che oggetto del reato possano essere le mere aspettative, perché si riferisce, tra l'altro, al trasferimento da un'impresa all'altra di ordinazioni già ricevute e dei materiali necessari ad eseguirle.

Secondo la giurisprudenza civile, invece, «l'avviamento va definito, nei suoi termini generali, come capacità di profitto di un'attività produttiva, ossia come quell'attitudine che consente ad un complesso aziendale di conseguire risultati economici diversi (ed, in ipotesi, maggiori) di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che la compongono» (Cass., sez. I, 2 agosto 1995, n. 8470, m. 493535, Cass., sez. I, 23 luglio 1969, n. 2774, m. 342509). Sicché deve evidentemente escludersi che la qualità di un bene possa essere oggetto di disposizione o comunque di distrazione indipendentemente dal bene cui si riferisce. La stessa idea di clientela, che secondo la giurisprudenza risponde a un concetto non coincidente con quello di avviamento (Cass., sez. I, 5 luglio 1968, n. 2258, m. 334533), esprime in realtà una mera aspettativa di reiterazione di comportamenti pregressi, quando non si riferisca a rapporti contrattuali già in corso; e, come s'è detto, un'aspettativa non può essere oggetto di distrazio-

ne. Mentre i dipendenti di un'azienda, che pure contribuiscono a determinarne l'avviamento, sono persone e non possono essere degradati a bene patrimoniale passibile di distrazione.

Ciò non esclude, peraltro, che possa assumere rilevanza penale un'attività di sviamento della clientela e di svuotamento di un'azienda di quegli elementi costitutivi della sua capacità produttiva che ne definiscono l'avviamento. E, quando si tratti di aziende riconducibili a una società, tale attività penalmente rilevante può essere qualificata secondo lo schema dell'art. 223 n. 2 legge fall., ove risulta che si tratti di operazioni dolose cui conseguì il fallimento. Infatti, secondo la giurisprudenza, «la nozione di operazioni dolose di cui all'art 223 comma 2 n. 2 del RD 16 marzo 1942 n. 267, prevede il comportamento degli amministratori che cagionino il dissesto con abusi o infedeltà nell'esercizio della carica ricoperta, ovvero con atti intrinsecamente pericolosi per la "salute" economico - finanziaria della impresa» (Cass., sez. V, 16 dicembre 1998, Carrino, m. 212613); e «non corrisponde concettualmente a quella di fatti costituenti reato, comprendendo essa, invece, qualsiasi comportamento del titolare del potere sociale che, concretandosi in un abuso o in una infedeltà delle funzioni o nella violazione dei doveri derivanti dalla sua qualità, cagioni lo stato di decozione della società, con pregiudizio della medesima, dei soci, dei creditori e dei terzi interessati» (Cass., sez. V, 8 aprile 1988, Grappone, m. 178604).

Nel caso in esame, in realtà, la ricostruzione dei fatti posta a fondamento della decisione impugnata è appunto intesa a dimostrare come l'azione degli imputati fosse destinata a cagionare il fallimento della Germital s.r.l. e ad avvantaggiare così la s.p.a. R.M. Oleificio, che ne avrebbe preso il posto nel mercato dell'olio di oliva. Anche l'evasione di alcuni ordini con olio prodotto dalla s.p.a. R.M. Oleificio anziché con olio «Olivana», cui la corte d'appello attribuisce particolare rilevanza, non può essere considerata come attività distrattiva, perché intervenne nel marzo 1992, quando a causa dell'incendio la società poi fallita non era in grado di evadere gli ordinativi. Sicché anche questa attività, che pure in astratto potrebbe essere qualificata come distrazione, può essere qui valorizzata solo nella prospettiva di una sua destinazione a cagionare il fallimento della Germital s.r.l. Ed è il fallimento di questa società, o comunque l'aggravamento del suo dissesto, che in definitiva i giudici del merito addebitano agli impu-

tati. Secondo la ricostruzione della sentenza impugnata, infatti, gli imputati, acquisito il controllo della Germital, ne provocarono il fallimento, per fare in modo che la s.p.a. R.M. Oleificio subentrasse nella sua posizione sul mercato senza acquisirne l'azienda e pagarne il prezzo, che avrebbe dovuto includere il rilevante valore dell'avviamento.

Tuttavia questa ricostruzione dei fatti è incompatibile con la loro contestazione come distrattivi. Sicché questa Corte non può che limitarsi a rilevare la diversità del fatto contestato rispetto a quello accertato dalla stessa sentenza impugnata.

3. Questa conclusione giova solo in parte ad -
 F.A. , perché rimangono a suo carico le condotte di gratuita cessione in uso temporaneo del marchio «Olivana» contestategli dai giudici del merito, che pure escludono la s.p.a. R.M. Oleificio dal novero di tali cessionari e quindi esonerano almeno implicitamente da questa responsabilità -
 R.U. .

Tuttavia anche con riferimento a queste condotte risulta evidente l'erroneità della loro qualificazione come distrazione.

Dalla stessa sentenza impugnata risulta invero che le cessioni in uso gratuito del marchio «Olivana» furono tutte successive all'incendio del 23 gennaio 1992. Intervenero pertanto in un momento in cui, non avendo la Germital s.r.l. alcuna capacità produttiva, non le sottraevano certo quote di mercato; e potevano valere anzi a mantenere viva la portata evocativa del marchio in vista di un'eventuale ripresa dell'attività produttiva da parte dell'impresa che ne rimaneva titolare.

Vi sarebbe stata certo distrazione, se le cessioni fossero state solo apparentemente gratuite e il ricavato fosse stato acquisito dai soci anziché dalla società poi fallita. Ma una tale ipotesi non viene neppure adombrata dall'accusa. Sicché deve escludersi anche con riferimento a questa condotta l'esistenza di una distrazione, rimanendo solo la possibilità di interpretarla ancora nella prospettiva, risultante dalla sentenza impugnata, di una destinazione a cagionare il fallimento della società Germital.

La sentenza impugnata va pertanto annullata senza rinvio unitamente alla sentenza di primo grado, perché il fatto risulta diverso da come contestato. Secondo quanto prevede l'art. 620 lettera 1) c.p.p., infatti, la Corte di cassazione deve adottare una pronuncia di annullamento senza rinvio in ogni caso in cui possa «essa medesima» dare i prov-

vedimenti necessari. E nel caso in esame il provvedimento da adottare, a norma dell'art. 521 comma 2 c.p.p., è appunto quell'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero che avrebbero dovuto adottare i giudici del merito, dopo avere rilevato la palese diversità tra fatti contestati e fatti accertati.

P.Q.M.

La Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata e la sentenza di primo grado e dispone ex art. 620 lettera 1 e 521 comma 2 c.p.p. la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lucca.

Roma, 8 marzo 2006

Il Presidente

Il consigliere relatore
(dr. Aniello Nappi)

