



PROCURA GENERALE della Corte di cassazione

Udienza camerale del 20 aprile 2022 – Quinta Sezione Penale - R.G. n.43103/2021

ORDINANZA IMPUGNATA: Tribunale di Napoli del 17 settembre 2021/4 novembre 2021

CONCLUSIONI

ex art. 23, comma 8, d.l. n. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 202; art. 16 d.l. 228 del 2021

Il Pubblico Ministero osserva quanto segue.

Il GIP del Tribunale di Z., con ordinanza del 19-21.4.2021, aveva parzialmente accolto la richiesta cautelare di applicazione della misura interdittiva nei confronti di P.M. (capi a,b,c,d,e), P.A. (capi c,d,e), P.L. (capi a,b), P.L. (capi a, e) C.V. (capi e, e) e D.F. (capi a,b,c). IL provvedimento è stato confermato dal Tribunale del riesame con ordinanza del 25.6.2021, successivamente annullata dalla Corte di Cassazione con ordinanza depositata il 9 marzo 2022, per difetto di attuali esigenze cautelari.

Il Tribunale per il riesame successivamente ha accolto l'appello proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza con la quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di B. aveva rigettato nel resto la misura, applicando la misura interdittiva del divieto temporaneo di esercitare la professione di commercialista agli indagati C.B. (capi e, f, g), C.V., (capi g, h), D.A. (capo e), M.C. (capo e), N.R. (capo h), P.A. (capi f, g, h), P.F. (capi f,g,h), P.M., Z.C. (capo e) e la misura interdittiva del divieto temporaneo di esercitare l'attività imprenditoriale per la durata di mesi dodici per gli indagati M.B. (capi g e h), M.F. (capo g) e M.V. (capo g).

Hanno proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del riesame tutti gli indagati ed alcuni di loro, come previsto dal rito emergenziale, hanno presentato istanza di trattazione orale.

Risultano centrali alcune questioni sollevate dagli indagati: I) la sussistenza dell'interesse all'impugnazione del pubblico ministero ad impugnare l'ordinanza di rigetto;

II) l'applicabilità dell'art. 297 c.p.p. alle misure interdittive; III) la configurabilità del delitto di bancarotta ex art. 236 l.f. nel caso di deposito della domanda di concordato con riserva, sia (a) nel caso in cui a questa segua solo l'ammissione al concordato preventivo, ma non la sua omologazione per intervenuta rinuncia (capo e) sia (b) quando, dopo la richiesta di concordato in bianco, si è direttamente formalizzato l'accordo di ristrutturazione, successivamente omologato, e, successivamente (capi g ed h); IV) l'attualità delle esigenze cautelari.

I-II. È infondato il motivo con il quale i ricorrenti (destinatari della misura cautelare in base all'ordinanza genetica che aveva accolto parzialmente la richiesta del p.m.) deducono la *carezza di interesse* del pubblico ministero all'impugnazione dell'ordinanza di rigetto parziale del GIP. Sostengono, infatti, che un siffatto interesse non sarebbe *concreto e attuale*, essendo già stata loro applicata la misura interdittiva nella durata massima prevista dall'art. 308 c.p.p. in relazione ad altri capi d'imputazione. Da ciò deriverebbe – secondo i ricorrenti – che l'ordinanza del riesame, che in accoglimento dell'appello del p.m., applica la medesima misura per altri capi d'imputazione, diversamente da quanto dalla stessa argomentato, non avrebbe altro effetto che disporre nuovamente una misura già efficace nei loro confronti e destinata comunque a cessare, decorso un anno dalla sua notifica, per l'effetto della retrodatazione prevista dall'art. 297 c.p.p.

L'interpretazione dell'art. 297 c.p.p. proposta dai ricorrenti, con cui la quale è censurata l'argomentazione del Tribunale del riesame, appare corretta; non condivisibile, invece, è la conclusione che ne traggono.

Il Tribunale, infatti, ritiene sussistente l'interesse all'impugnazione del p.m. potendo quest'ultimo così ottenere l'applicazione di una nuova misura cautelare destinata a cessare negli effetti decorso un ulteriore anno.

In senso contrario deve rilevarsi che trova applicazione anche per le misure interdittive, e non solo per quelle coercitive, il principio di retrodatazione degli effetti. Ciò emerge sia dal dato testuale delle disposizioni sia dalla loro interpretazione sistematica.

Dal punto di vista lessicale, solo il primo comma dell'art. 297 c.p.p., nel disciplinare la decorrenza degli effetti delle custodia cautelare dalla effettiva restrizione della libertà dell'indagato si riferisce precipuamente ad una misura custodiale. Sia la rubrica dell'articolo che le altre disposizioni, invece, fanno riferimento genericamente alle "*misure*" e, specificamente, il secondo comma si riferisce alle "*altre misure*". Nell'articolo sono contemplate più disposizioni perché il *dies a quo* della decorrenza dei termini deve essere ricollegato alla tipologia di misura adottata (dalla restrizione effettiva della libertà per quelle custodiali e dalla notifica dell'ordinanza per le "*altre misure*").

Dal punto di vista sistematico, sono fissati termini massimi di durata per tutte le misure (coercitive, incluso il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, ecc. e interdittive – cfr. art. 308 c.p.p.). Non vi è ragione, tanto più in assenza di elementi

testuali di segno contrario, di limitare la portata applicativa della norme sulle cd. contestazione a catena solo alle misure custodiali o al più ampio *genus* di quelle coercitive.

La finalità del legislatore è quella di evitare che l'esecuzione frazionata di misure cautelare, quando il materiale di indagine consente al p.m. la possibilità di richiederla simultaneamente per fatti diversi (giusta l'interpretazione della Corte costituzionale anche se essi non connessi - sent. n. 408/2005), possa tradursi in una durata della misura cautelare non conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità, durata minima e certezza del diritto. Si esclude, pertanto, la possibilità che il pubblico ministero possa arbitrariamente scegliere se richiedere la misura cautelare contestualmente o in modo frazionato, incidendo sulla durata complessiva della restrizione della libertà.

E' indubbio che le misure interdittive non incidano sulla libertà personale ex art. 13 Cost. o di circolazione (art. 16 Cost.). Esse, tuttavia, limitano comunque, altri diritti costituzionali; a fronte di un dato letterale non ostativo all'applicazione della norma anche a quelle interdittive, tali effetti, pertanto, inducono ad una interpretazione non restrittiva della stessa.

Tanto chiarito, sebbene in caso di accoglimento parziale dell'appello del pubblico ministero l'esecuzione frazionata della misura non dipenda dalla scelta dell'organo inquirente, ma dalla diversità di valutazione da parte degli organi giudicanti, non vi è ragione di escludere che anche in tal caso si applichi comunque l'art. 297 c.p.p. La disposizione, come evidenziato, non è finalizzata a "sanzionare" la scelta del pubblico ministero, ma sottende il principio in forza del quale l'autorità giudiziaria, unitariamente intesa, a fronte di un compendio indiziario idoneo a motivare adozione di misure cautelari per una pluralità di fatti, può e deve disporre un'unica misura cautelare la cui durata va commisurata ai termini di fase previsti per ciascuno di essi, con decorrenza unitaria e scadenza differenziata.

Ne deriva che non vi è ragione di distinguere, in presenza di gravi elementi indiziari per più reati emergenti dalla medesima indagine, tra il frazionamento ad iniziativa del p.m. (che sceglie di richiedere la misura cautelare prima per alcuni reati e successivamente per altri) e l'ipotesi nella quale, invece, l'adozione frazionata delle misure, a fronte di una richiesta unitaria, sia conseguenza alla diversità di valutazioni tra GIP e tribunale del riesame (investito dall'impugnazione avverso il rigetto parziale da parte del p.m.).

E' errato, tuttavia, trarre dall'applicazione nel caso di specie dell'art. 297, comma 3 c.p.p., il difetto di interesse all'impugnazione del pubblico ministero.

E' indubbio che l'interesse all'impugnazione previsto dall'art. 568 c.p.p. deve essere **concreto** e, quindi, volto ad ottenere un *vantaggio pratico* dal suo accoglimento¹ e che, come afferma la giurisprudenza consolidata, l'interesse deve essere anche **attuale**.

¹ Ad esempio, non sussiste l'interesse richiesto dall'art. 568, comma quarto, cod. proc. pen., <<nel ricorso del pubblico ministero volto ad ottenere l'esatta applicazione della legge, senza

L'attualità, infatti, non va intesa nel senso indicato dai ricorrenti. Deve escludersi, infatti, che per la sussistenza di tale interesse, dall'accoglimento dell'impugnazione debba derivare una modifica immediata della realtà giuridica (per le misure cautelari, la carcerazione o scarcerazione dell'imputato). Con tale espressione si indica esclusivamente la necessità che l'interesse dedotto permanga fino al momento della decisione.

L'interesse ad agire, del resto, in base ai principi processuali generali, è una *condizione dell'azione* (art. 100 c.p.c.), deve sussistere non solo (anzi non necessariamente) al momento della proposizione dell'azione, ma deve persistere fino al momento della decisione del giudice.² La decisione, infatti, non deve rispondere ad un interesse ipotetico o congetturale ma deve tradursi in un'utilità pratica e non risolversi, a causa di fatti sopravvenuti o per il mero decorrere del tempo, in un'attività giurisdizionale volta alla mera correzione formale del provvedimento impugnato.

Utilità pratica non significa, tuttavia, produzione certa di effetti giuridici immediati, ma appunto, acquisizione di un vantaggio destinato ad avere degli *effetti anche potenziali, probabili o differiti*. Dimostrativa del significato giuridico assegnato dalla giurisprudenza alla locuzione "*interesse concreto ed attuale*", è l'analisi delle fattispecie rimesse all'esame della giurisprudenza di legittimità, dalle quali emerge costantemente la sola preoccupazione di circoscrivere l'ammissibilità delle impugnazioni ai soli casi nei quali possano derivare vantaggi concreti a chi la propone e che gli stessi non siano *medio tempore* venuti meno³. In tale chiave

indicare come da tale rettificazione possa derivare per l'impugnante un risultato praticamente e concretamente favorevole. (Fattispecie relativa a ricorso presentato avverso una sentenza della Corte d'appello che aveva disposto l'extradizione, nonostante l'interessato avesse acconsentito all'extradizione)>> (Cass. pen. Sez. VI Sent., 06/12/2013, n. 49879 (rv. 258060)

² Non ha cittadinanza giuridica una decisione giudiziale priva di qualsiasi utilità per chi la richiede, per cui l'interesse deve *persistere* fino al momento della decisione (Cass. pen. Sez. V Sent., 21/09/2015, n. 6166 (rv. 266259).

³ In relazione all'impugnazione di un'ordinanza di riesame che, ritenendo incompetente il GIP che aveva emesso la misura custodiale, aveva escluso le ragioni di urgenza per adottare le misure ex art. 27 c.p.p., le SU in motivazione riguardo all'interesse ex art. 568, comma 4 c.p.p., si sono espresse nei seguenti termini: << *per il consolidato insegnamento delle Sezioni Unite, per proporre ricorso - anche nell'incidente cautelare - il soggetto legittimato deve dunque perseguire un interesse **che sia concreto ed attuale**, la cui sussistenza e persistenza al momento della decisione deve essere apprezzata con riferimento alla sussistenza di un effettivo pregiudizio derivato dal provvedimento impugnato la cui rimozione consente il conseguimento di un risultato più vantaggioso (Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017, Andreucci, Rv. 270497; (...)).>> (Cass. pen. Sez. Unite, Sent., (ud. 23/04/2020) 24-06-2020, n. 19214). Se si vanno ad analizzare le fattispecie decise dalle pronunce citate dalle sentenze, può apprezzarsi che il discrimine tra impugnazioni ammissibili e impugnazioni inammissibili sta nella concretezza dell'interesse (Es. Cass. Sez. 5, n. 35785 del 04/05/2018 Ud. (dep. 26/07/2018) Rv. 273630 - 01; per l'attualità dell'interesse intesa come configurabilità del vantaggio pratico anche al momento della decisione v. Sez. U, n. 40963 del 20/07/2017 Cc. (dep. 07/09/2017) Rv 270497 - 01), la quale sulla scorta del principio di diritto per il quale <<È ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un*

deve essere data lettura della giurisprudenza di legittimità specificamente dettata in tema di interesse all'impugnazione dell'ordinanze cautelare del pubblico ministero.

Per quello che interessa il presente giudizio può rimandarsi a Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 17/06/2020) 08-07-2020, n. 20286) che affronta la specifica questione dell'impugnazione del p.m. dell'ordinanza di rigetto parziale della richiesta di misura per alcuni dei reati. Tale pronuncia ritiene sussistente in capo al pubblico ministero l'interesse ad impugnare l'ordinanza che abbia rigettato la domanda cautelare per il meno grave reato di ricettazione pur quando sia stata applicata la custodia in carcere per il più grave reato di tentato omicidio⁴. Ricorda, infatti, che <<5.1.1. Secondo l'orientamento più risalente, il pubblico ministero ha un interesse di natura processuale ad impugnare non solo l'ordinanza che ha disposto una misura cautelare meno grave di quella richiesta, perseguendo l'utilità di ottenere l'aggravamento della misura, ma anche il provvedimento che ha applicato la misura cautelare specificamente richiesta solo relativamente ad alcuni reati per conseguire l'estensione della stessa misura agli altri reati contestati per i quali il giudice ha ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza. Infatti, il riconoscimento, anche nella fase delle indagini preliminari, della gravità indiziaria in ordine a reati ulteriori, rispetto a quelli per cui la misura è stata disposta, rafforza - specialmente quando si tratta di reati strettamente connessi tra loro - il quadro indiziario complessivo e le stesse esigenze cautelari poste a base della misura e, anzi, può risultare determinante ai fini delle future decisioni da adottare in ordine al mantenimento o alla revoca della misura originariamente disposta "essendo evidente che, ove mai venissero meno i gravi indizi di colpevolezza o si affievolissero le esigenze cautelari per un reato, potrebbero i gravi indizi o le esigenze cautelari non venir

computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, **concreto e attuale**, alla esclusiva disponibilità dei dati>>), in realtà, ancora una volta, apprezza tale l'interesse in termini di concretezza e di vantaggi pratici che derivano dalla richiesta di dissequestro e, infatti, analizza l'interesse a dissequestro dei dati informatici, dopo che è stata già restituita l'apparecchiatura dalla quale sono stati estratti.

⁴ Nega, invece, l'interesse del pubblico ministero ad appellare ai sensi dell'art. 310 c.p.p. l'ordinanza genetica che, in accoglimento della domanda cautelare, aveva applicato all'odierno ricorrente la misura più afflittiva della custodia in carcere per il reato di tentato omicidio senza, tuttavia, riconoscere la circostanza aggravante dei futili motivi ipotizzata nell'imputazione provvisoria (perché, in sostanza, il prolungamento del termine di una fase successiva a quella in cui si trova il giudizio non è attuale e, inoltre, perché il giudicato cautelare non osta ad una successiva rivalutazione del giudice investito nella fase successiva). Al contrario, sostiene che "non può negarsi concretezza ed attualità dell'interesse al ripristino di un titolo cautelare al quale conseguano termini più lunghi di durata della misura in atto, perseguibile unicamente in reazione all'esclusione della circostanza (e quindi attuale), poichè, in difetto, la questione non potrebbe essere utilmente dedotta al giudice procedente al quale l'indagato richieda la declaratoria di perdita di efficacia della misura per decorrenza dei termini di durata di rito" (Sez. 1, n. 25949, del 27/05/2008, P.M. in proc. Minotti, Rv. 240464; Sez. 6, n. 48764, del 06/12/2011, P.M. in proc. Leone, n. 251569; Sez. 6, n. 10309 del 22/01/2014, P.M. in proc. Lo Presti, Rv. 259506; Sez. 2, n. 45459 del 06/10/2016, P.M. in proc. Vilau, Rv. 268272).

meno nè affievolirsi per un reato diverso" (Sez. 2, n. 2230 del 04/12/2013, dep. 2014, Fantin, Rv. 259834). >>⁵

Tale ultima sentenza si fa anche carico di un'analisi sistematica dell'interesse ad impugnare e dei precedenti di legittimità per indicare le ragioni di dissenso⁶ rispetto alla tesi opposta (espressa in Sez. 6, n. 23241 del 21/05/2019, Viscardo, Rv. 276069 e che, peraltro, cita un unico precedente del 2008).

In effetti, la tesi sostenuta dai ricorrenti molto banalmente implica che, ad esempio, in una fattispecie nella quale l'imputato commette dieci rapine aggravate (o dieci diversi delitti puniti con la medesima pena) e il GIP conceda la misura per una sola, il pubblico ministero non avrebbe interesse ad impugnare il rigetto della misura perché, stante gli effetti dell'art. 297 c.p.p., i termini di custodia cautelare resterebbero identici. E' del tutto evidente, invece, che il giudicato cautelare impedisca di adottare in un momento successivo la misura già rigettata sulla base dei medesimi indizi valutati come insufficienti nell'ordinanza di rigetto. Pertanto, nel caso in cui venga il quadro indiziario relativo all'unico reato per il quale è stata accolta la misura cautelare, sarebbe ineluttabile la remissione in libertà dell'imputato: inoltre, sul piano delle esigenze cautelari e dell'apprezzamento delle medesime, assume significativa rilevanza che l'imputato sia gravemente indiziato per aver commesso una sola rapina oppure per dieci distinti delitti.

⁵ Va evidenziato che la sentenza si fa carico di confutare l'opposto orientamento: <<5.1.2. Secondo un orientamento più recente è, invece, inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione del pubblico ministero che si dolga esclusivamente della ritenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per taluni dei delitti contestati, nel caso in cui l'ordinanza impugnata abbia comunque confermato la sussistenza della gravità indiziaria relativamente ad altri delitti, disponendo la misura più afflittiva richiesta. In questa eventualità "l'accoglimento del ricorso non modificherebbe gli effetti della misura coercitiva già applicata che costituisce il contenuto e l'oggetto della domanda cautelare spettante all'organo dell'accusa, cui, a differenza dell'indagato, deve riconoscersi un interesse concreto e diretto alla affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza soltanto quando detta statuizione è strumentale alla costituzione, ovvero al mantenimento, dello stato di privazione della libertà" (Sez. 6, n. 23241 del 21/05/2019, Viscardo, Rv. 276069). >>

⁶ <<5.2. Il Collegio ritiene preferibile il primo orientamento per la sua coerenza con il sistema processuale sin qui delineato che trova il suo perno nella tendenziale autonomia tra il piano cautelare e quello del merito, derogabile in favor rei solo nel caso di determinate pronunce del giudice del procedimento principale tassativamente indicate dall'art. 300 c.p.p. come idonee ad incidere automaticamente sull'efficacia della misura in atto, determinandone l'estinzione. L'autonomia tra la cautela e il merito impone di apprezzare, senza sovrapposizioni, l'interesse del pubblico ministero ad impugnare i provvedimenti cautelari esclusivamente con riguardo ai presupposti che giustificano l'adozione di una misura cautelare in relazione ad ogni singolo fatto illecito, ossia gravità indiziaria e sussistenza di esigenze cautelari (in tale direzione v. anche Sez. 1, n. 28362 del 03/05/2018, Calamo, n. m.). >>

Conclusivamente, sussisteva nel caso di specie l'interesse ad impugnare a proporre impugnazione innanzi al tribunale del riesame avverso l'ordinanza di rigetto parziale del GIP.

III. Più complessa risulta l'analisi dei motivi concernenti la carenza di gradi indizi di colpevolezza in relazione ai capi e) g) ed h).

Sono contestati agli imputati i reati di cui agli artt. 236, 216, 219, 223 e 219 l.f. in concorso e unione con diverse condotte (esula dalla presente memoria la contestazione di cui all'art. 236bis l.f. di cui al capo f).

III.1. E' indubbiamente non condivisibile l'argomentazione del tribunale del riesame che ha ritenuto applicabile l'art. 236 l.f. anche agli accordi di ristrutturazione previsti dall'art. 182 bis l.f.

E' fondata, infatti, la tesi delle difese per la quale si traduce in un'interpretazione analogica in *malam partem* l'estensione anche agli accordi di ristrutturazione ex art. 182- *bis* l.f. della disposizione dell'art. 236, comma 1 l.f. Essa, nella formulazione applicabile *pro tempore*, si riferisce (solo) agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, regolati dal distinto articolo art. 182-*septies* l.f. Non è possibile, infatti, in virtù dei principi di tassatività e determinatezza, richiamato dalla norma penale un istituto civilistico con una sua specifica disciplina, estendere la punibilità per condotte commesse in attuazione di una fattispecie che, pur avendo in comune la natura (genericamente) concorsuale, presenza degli elementi distintivi e non è regolata dal medesimo plesso normativo.

Non è un caso che il comma 1 dell'art. 341 della Codice della crisi d'impresa che ripropone le fattispecie di cui all'art. 236, comma 1 l.f. si riferisce *attualmente* agli "*accordi di ristrutturazione*" genericamente intesi (e non a quelli di cui all'art. 182*septies*), mentre il comma 4 di detto articolo, allo stesso modo della versione attuale dell'art. 236, comma 4 l.f., si riferisce più specificamente, quanto alle condotte punite dal comma 2 dell'art. 236 l.f., solo agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e alle convenzioni di moratoria.

L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari – vale a dire quello concluso quando l'indebitamento con tali enti è non inferiore al 50% del totale - costituisce una fattispecie ben distinta rispetto agli altri accordi di ristrutturazione *tout court*, che si caratterizza, soprattutto, per il fatto che, in presenza di determinati presupposti, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo concluso con specifiche categorie di creditori vengano estesi ai creditori finanziari non aderenti appartenenti alla medesima categoria. L'accordo, in parole povere, comporta la falcidia (sulla base di un accordo con una parte dei creditori) dei crediti anche di coloro che non vi hanno aderito.

Le ragioni per le quali la norma è stata originariamente circoscritta solo a tali accordi sono state, per l'appunto, individuate dalla dottrina "*nella circostanza che solo nella disciplina dei due nuovi istituti è stata prevista l'estensione dei relativi effetti in capo ai terzi non aderenti, con un conseguente aumento della loro potenzialità offensiva, e conseguente*

equiparabilità, sotto questo aspetto, al concordato preventivo, che produce effetti verso tutti i creditori anteriori anche se non consenzienti e se siano rimasti assenti nelle procedura. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L. fall., invece, non prevedono - nella forma base o comune, tale estensione, se non limitatamente ad un modesto slittamento dei termini di pagamento scaduti o a scadere".

Deve escludersi, pertanto, che i reati contestati siano stati consumati, come indicano i capi d'imputazione, alla data dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

III.2. La questione, tuttavia, non è risolta in radice, perché prima di presentare il ricorso per l'omologazione dell'accordo ristrutturazione, tutte le imprese in crisi su cui si è soffermata l'indagine (ed esclusa dal discorso quella fallita, che non riguarda il presente giudizio di legittimità), hanno presentato domande di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161, comma 6 l.f., in conformità al contestato meccanismo fraudolento (che sarebbe basato sullo schema: compimento di atti di gestione a scopo dissimulatorio e distrattivo in fase di crisi o che hanno determinato la crisi, seguiti dalla presentazione della domanda di concordato e/o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, corredata da false attestazioni dei professionisti e seguite dall'omologazione degli accordi di ristrutturazione).

L'art. 236, comma 1 l.f. sanziona non solo le condotte commesse "al solo scopo" di ottenere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari (procedura concorsuale, si è detto, diversa da quelle qui posta in essere), ma anche quelle commesse con "al solo scopo" di ottenere l'ammissione al concordato.

Si tratta, tuttavia, di una norma applicabile solo agli imprenditori individuali, e non alle società. Le disposizioni contenute dell'articolo 236 l.f., infatti, contemplan più fattispecie di reato proprio e diverse condotte.

Sul piano soggettivo, le condotte previste dal primo comma - la simulazione di attività inesistenti o di crediti inesistenti allo scopo di influire sulle maggioranze del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione degli intermediari finanziari - risultano testualmente punibili solo ove commesse "dall'imprenditore".

Le condotte previste dal secondo comma, invece, riguardano la responsabilità penale delle persone fisiche che fanno parte degli organi societari. Il comma 2 dell'art. 236 l.f., infatti, prevede che <<Nel caso di concordato preventivo (o di amministrazione controllata), si applicano: 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società>>. Pertanto, la disposizione del comma 2, per come è formulata, contiene un rinvio, non solo alle sanzioni (fino a dieci anni, e non cinque, come previsto dal comma 1 del medesimo articolo), ma anche alle condotte previste dagli articoli citati e, quindi, in ultima analisi ai fatti di bancarotta impropria patrimoniale e documentale - diversi da quelli previsti dall'art. 236, comma 1 l.f. - e punibili "in caso di concordato".

Concludendo sul punto, ove l'impresa sia soggetta a procedura concorsuale diversa dal fallimento, solo l'imprenditore individuale è punibile per le condotte di cui al comma 1 dell'art. 236 l.f. Per contro, nel caso di impresa collettiva, amministratori, sindaci e altre categorie, sono punibili, in base al comma 2 dell'art. 236 l.f., solo per le condotte previste dagli artt. 223 e 224 l.f. Ovviamente, trattandosi di un reato proprio, tanto le persone che rivestivano cariche societarie quanto i professionisti che rispondono in concorso, non sono punibili in base al primo comma. In tema la S.C. Sez. 5 - n. 42591 del 10/07/2018 Ud. (dep. 27/09/2018) Rv. 274175 - 01 si è già espressa, affermando che i<<*soggetto attivo dalle condotte criminose indicate nel primo comma dell'art. 236 legge fallimentare è solo l'imprenditore individuale e non anche i titolari di funzioni organiche nelle imprese sociali, quali amministratori e soci illimitatamente irresponsabili di una società in nome collettivo*>> (conf. Sez. 5, n. 14773 del 2 giugno 1989, Danesi, Rv. 182422), precisando in motivazione che l'ampliamento in via interpretativa dell'ambito applicativo della norma a soggetti non indicati dalla stessa configurerebbe violazione del divieto di analogia "*in malam partem*".

Definito l'ambito di applicazione dell'art. **236, comma 1** l.f. deve, invece, verificarsi se siano configurabili le numerose condotte di bancarotta impropria contestate e che sono ritenute penalmente sanzionate dal tribunale del riesame in base al menzionato richiamo operato dall'art. **236, comma 2** agli artt. 223 e 224 l.f.

Il Tribunale del riesame afferma essere errata l'interpretazione del GIP per la quale, ai fini della configurabilità del reato, non è necessario che la società sia dichiarata fallita, argomentando che la norma estende la punibilità alla condizione di mera crisi, anche quando non si è verificato il dissesto della società e che, pertanto, deve equipararsi il *decreto di ammissione al concordato preventivo* alla sentenza dichiarativa del fallimento (pagg. 20-21).

Sotto tale aspetto l'interpretazione fornita dal Tribunale risulta corretta in quanto la norma è volta a sanzionare anche nelle procedure concordatarie (e prima anche nell'abrogata amministrazione controllata, ma non nel caso degli accordi di ristrutturazione), le condotte distrattive commesse dagli organi societari. La S.C. ha già affermato che è equiparabile alla sentenza dichiarativa di fallimento il *decreto di ammissione al concordato preventivo* (Cass. Sez. 5 n. 39517 del 15/06/2018 Cc. (dep. 03/09/2018) Rv. 273842 - 01). Con tale sentenza, peraltro, ha affermato altresì che la norma trova applicazione anche in caso di *concordato preventivo con continuità aziendale*, previsto dall'art. 186-bis legge fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. in legge 7 agosto 2012, n.134) conf. Cass Sez. 5, n. 26444 del 28/05/2014 Cc. (dep. 18/06/2014) Rv. 259849 - 01, conf. Cass. Sez. 5, n. 3330 del 1993). Più diffusamente, nel caso dell'abrogata amministrazione controllata, prevista per la temporanea difficoltà ad adempiere alle obbligazioni (e non per il dissesto), le S.U. hanno affermato che<<*E' solo per effetto dell'ammissione all'amministrazione controllata che determinate condotte del ceto gestorio della società si connotano come bancarotta ed è al momento di tale configurazione che va relazionata l'applicazione di determinati istituti sostanziali e processuali, quali la prescrizione, l'indulto, la competenza per territorio* (cfr.

Cass. sez. 5^a 7/6/1984 n. 7144; sez. 5^a 5/2/1993 n. 3330; sez. 5^a 6/10/1999 n. 12897; sez. 5^a 1/12/2003 n. 16687; S.U. 25/1/1958, Mezzo; sez. 5^a 12/10/2004 n. 46182; sez. 5^a 27/9/2006 n. 36088; sez. 1^a 6/11/2006 n. 1825). Tale orientamento giurisprudenziale, che queste Sezioni Unite condividono e non hanno ragioni per disattenderlo, trova - peraltro - riscontro anche nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 110 del 1972, n. 190 del 1972, n. 146 del 1982>> (S.U. (ud. 26/02/2009) 12-06-2009, n. 24468 in motivazione).

Correlativamente la S.C. ha affermato che sono punibili anche le condotte commesse *dopo* l'omologazione del concordato, non potendosi escludere che la procedura concordataria sia compiuta in frode ai creditori e che, quindi, gli atti distrattivi siano effettuati attraverso la procedura (Sez. 5, n. 50675 del 06/10/2016 Cc. (dep. 29/11/2016) Rv. 268595 - 01: <<Integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale anche gli atti di distrazione o di dissipazione del patrimonio commessi successivamente all'approvazione del concordato preventivo da parte dei creditori e al provvedimento giudiziale di omologa, a condizione che il soggetto proponente il piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti abbia utilizzato la procedura concordataria in frode al ceto creditorio, mediante una chiara ed indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione>>.)

Senonché dall'ordinanza del riesame, dai capi di imputazione e dall'ordinanza impugnata emerge che solo la ***** S.p.a è stata *ammessa* al concordato (non omologato per successiva rinuncia e proposizione di ricorso per omologazione dell'accordo di ristrutturazione- cfr. pag. 151 ordinanza del GIP), mentre le altre società (** S.r.l. e ***** S.p.a.), dopo il ricorso per concordato in bianco, risultano aver presentato la richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, successivamente omologato, e non la proposta di concordato.

Se, come affermano le citate pronunce, il *decreto di ammissione al concordato preventivo* (Cass. Sez. 5 n. 39517 del 15/06/2018; Cass. Sez. 5, n. 26444 del 28/05/2014 Cc.) o all'amministrazione controllata condizionano la punibilità delle condotte(Cass. Sez. 5, n. 3330 del 1993. Su 2009 n. 24468), nella specie non risulterebbero integrati i reati di bancarotta di cui ai capi g) ed h), ma solo quello di cui al capo e).

Le conclusioni alle quali giunge la giurisprudenza citata indubbiamente sollevano diversi problemi alla luce dell'evoluzione dell'istituto del concordato e degli effetti che si ricollegano già alla sola presentazione del ricorso. Diversi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, infatti, vengono ricollegati dalla legge fallimentare, nel caso delle procedure concordatarie, non all'ammissione o all'omologazione del concordato, ma già alla presentazione del ricorso, tra i quali il cd. *automatic stay*, il blocco delle azioni esecutive individuali (art. 168 l.f.) e diversi altri, quali la sospensione degli interessi (che nella procedura fallimentare deriva dalla sentenza e non dal deposito del ricorso) o la possibilità di chiedere lo scioglimento dai contratti (art. 169 l.f.). Inoltre, nel concordato con riserva, il Tribunale nomina il commissario giudiziale una volta depositato il ricorso (art. 161, comma 6 l.f., domanda presentata in tutte le fattispecie contestate). Appare del

tutto ragionevole, per esempio, che “in caso di concordato” il commissario giudiziale risponda ex art. 236, comma 2 l.f. dei reati di cui agli art. 228 e 229 l.f. commessi dal curatore fallimentare, anche prima della (eventuale) ammissione dell’impresa al concordato, e non solo successivamente al decreto del tribunale. Una diversa caratterizzazione dell’offensività è testimoniata, peraltro, anche dalla punibilità in caso di amministrazione controllata, procedura che per definizione postulava non lo stato di insolvenza della società, ma la temporanea difficoltà ad adempiere e, ciò nonostante, non impediva la punibilità ex art. 236, comma 2 l.f. degli organi societari per le condotte previste dagli artt. 223-216 l.f.

Il rispetto di principi di tassatività e determinatezza, suggerisce, tuttavia, nel quadro della giurisprudenza di legittimità consolidata, di confermare la tesi dell’assimilazione alla sentenza di fallimento del *decreto di ammissione al concordato preventivo*, ciò in quanto dallo stesso derivano effetti concorsuali più incisivi rispetto a quelli proprio del mero deposito del ricorso (decreto che il tribunale adotta in alternativa rispetto alla sentenza di fallimento da pronunciarsi previa declaratoria di inammissibilità della proposta ex art. 162 l.f.). Basti pensare ai delitti previsti dall’art. 223, comma 2 l.f., richiamati dall’art. 236, comma 2, che presuppongono il “dissesto” aziendale o l’aver cagionato il fallimento”, fattispecie che appaiono di difficile coordinamento con il mero deposito della proposta di concordato o con il concordato in bianco, non seguito dalla proposta ex art. 161, comma 2 l.f. e dal decreto di ammissione.

Infine, deve considerarsi che, pur essendo configurabile il delitto di bancarotta solo per i reati di cui al capo e), ciò non esclude che le condotte di cui ai capi g) ed h) potenzialmente integrino diversi reati societari e, quindi, siano comunque penalmente sanzionati. L’apparato motivazionale dell’ordinanza impugnata, tuttavia, non consente una puntuale selezione, sotto il profilo dei gradi indizi di colpevolezza, delle singole condotte punibili.

In conclusione, alla luce delle imputazioni provvisorie (capo e, relativo alla procedura concorsuale di R. S.p.a., capo g, relativo alla procedura di IO, capo h, relativo a O.D. S.p.a.) e dell’ordinanza impugnata risulta: I) sussistente l’interesse ad impugnare del pubblico ministero, nonostante l’applicabilità dell’art. 297 c.p.p. (aspetto comune al capo f); II) non configurabili le condotte di bancarotta di cui ai capi g) ed h), ma solo quella di cui al capo e), limitata la punibilità ai fatti di cui al comma 2 dell’art. 236 l.f. e relativi richiami, oltre che quella ex art. 236 bis di cui al capo f); III) diversamente qualificabili sul piano giuridico diverse delle condotte descritte nelle imputazioni di tali ultimi capi come reati societari o i danno dei creditori che, per i limiti del giudizio di legittimità e del contenuto dell’ordinanza impugnata, non possono essere individualmente inquadrati.

IV. In relazione agli ulteriori motivi articolati dai ricorrenti deve evidenziarsi che il Tribunale del riesame ha individuato il requisito dell’attualità delle esigenze cautelari nel fatto: a) che l’attività illecita si è perpetrata nell’arco di un decennio, venendo progressivamente raffinata con operazioni societarie fittizie sempre più sofisticate; b) nel fatto gli indagati attualmente ricoprono cariche societarie alla data del 12.5.2021; c) che i

professionisti dello studio P. hanno contatti a livello nazionale e che avrebbero ammesso nelle intercettazioni telefoniche di avere svolto un'attività "fantasma" e, quindi, puramente fittizia.

M.B., M.F. e MV., C.V., N.R., P.M. rispondono dei capi g) ed h) per i quali, per le ragioni esposte non è configurabile la bancarotta concordataria ai sensi del comma 2 dell'art. 236 l.f. né il delitto di cui all'art. 236 l.f. ma potenzialmente esclusivamente reati societari da valutare singolarmente in base ad una motivazione esplicita ed analitica sugli elementi tipici di tali condotte. Ne consegue la necessità di annullare l'ordinanza impugnata.

Del capo e) rispondono C.F., M.C., Z.C., D.A., mentre del capo f) rispondono C.F., P.A., P.F.

L'ordinanza genetica, relativa ad imputazioni analoghe, ma distinte, in quanto inerenti la N.P. S.r.l., successivamente fallita, confermata dal Tribunale del riesame e oggetto di ricorso per cassazione con riguardo alle esigenze cautelari, è stata già annullata con sentenza della Quinta Sezione dell'11 gennaio 2022, depositata il 9 marzo 2022 per difetto di motivazione circa l'attualità dell'esigenze cautelari evidenziando che *"aldilà del perdurante esercizio della professione non emerge alcun elemento oggettivo di una effettiva possibilità di commissione, nell'attualità, di nuovi reati della stessa specie."*

A riguardo deve osservarsi che, in relazione al tempo trascorso dalle condotte contestate, il mero riferimento alla titolarità di cariche sociali appare insufficiente per ciò che concerne amministratori e sindaci, non emergendo dal testo impugnato la specifica possibilità per ciascuno di essi di reiterazione delle condotte di falsa attestazione ad una valutazione individualizzata. Si tratta di argomentazioni sovrapponibili a quelle già censurate dalla Corte. Inoltre, difetta un'analisi individualizzata della sussistenza di tale requisito. Ne consegue la fondatezza delle doglianze circa il difetto di motivazione circa le esigenze cautelari.

PER QUESTI MOTIVI

l'Ufficio conclude perché codesta On. Corte di cassazione voglia accogliere i ricorsi proposti annullando con rinvio l'ordinanza impugnata

Roma, 3 aprile 2022

Il sostituto Procuratore Generale

Pasquale Serrao d'Aquino