

*Gli Ermellini fanno i distinguo tra le fattispecie di bancarotta preferenziale e fraudolenta*

# Compensi, rileva la congruità

## Diritto dell'amministratore correlato a prestazioni effettive

Pagina a cura

DI STEFANO LOCONTE E  
GIULIA MARIA MENTASTI

**B**ancarotta fraudolenta o bancarotta preferenziale? A fare da spartiacque è la congruità. Se, infatti, un amministratore preleva dalle casse della società in dissesto denaro per il suo compenso, senza che ci sia l'ok dell'assemblea o dello statuto, in caso di fallimento incorre nel più lieve reato di bancarotta preferenziale laddove la somma prelevata sia proporzionata alla sua attività. E sta al giudice fare tale valutazione caso per caso.

È quanto emerge dalla sentenza della Cassazione penale n. 36416 del 31 agosto scorso, con cui la quinta sezione ha chiarito che a seguito dell'accettazione rituale della carica di amministratore di una società di capitali, quest'ultimo ha diritto al compenso per l'attività svolta e spetta al giudice del merito verificare se, anche in assenza di delibera assembleare o di previsione statutaria relativamente alla quantificazione dello stesso, ricorra il delitto di bancarotta preferenziale piuttosto che quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, a seconda che il diritto al compenso sia correlato a una prestazione effettiva o meno e che il prelievo dalle casse sociali sia o meno congruo rispetto all'impegno profuso.

**Il caso.** La Corte di appello di Firenze aveva confermato la sentenza con cui il Tribunale di Siena aveva condannato l'amministratore unico di una srl, poi fallita, per il delitto di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale, per aver effettuato prelevamenti dalle casse sociali della società. Nel ricorrere per cassazione, l'imputato lamentava come i prelevamenti gli spettassero quali compensi, essendo incorso nel solo errore di aver agito in assenza di delibere assembleari o previsione statutarie che lo autorizzassero formalmente. Peraltro, sottolineava come, essendo amministratore unico della società a responsabilità limitata titolare del 99% delle quote, e residuando solo la titolarità dell'1% in capo alla sua compagna, avrebbe ben potuto deliberare senza alcuna difficoltà il proprio compenso.

**La tesi dell'accusa.** Nel pronunciarsi sul ricorso, la Suprema corte ha innanzitutto riconosciuto, da un lato, che ai sensi dell'art. 2389 c.c. la misura del compenso degli amministratori di società di capitali, qualora non sia stabilita nello statuto, debba essere determinata con delibera assembleare; dall'altro lato, l'esistenza di

### Bancarotta distrattiva e preferenziale a confronto

<b>Bancarotta fraudolenta per distrazione</b>	È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti (art. 216 c. 1 n. 1) l. fall.)
<b>Bancarotta preferenziale</b>	È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione (art. 216 c. 3 l. fall.)
<b>Art. 223 l. fall.</b>	Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo
<b>Cass. pen. 36416/2023</b>	Premesso il diritto dell'amministratore al compenso per l'attività svolta, spetta al giudice del merito verificare se anche in assenza di delibera assembleare o di previsione statutaria in relazione alla quantificazione dello stesso ricorra il delitto di bancarotta preferenziale o quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, a seconda che il diritto al compenso sia correlato a una prestazione effettiva o meno e che il prelievo dalle casse sociali sia o meno congruo rispetto all'impegno profuso

quella giurisprudenza di legittimità, invocata da procura e giudici di merito, per cui il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione sia integrato dalla condotta dell'amministratore che prelevi dalle casse sociali somme a lui spettanti come retribuzione, se tali compensi sono solo genericamente indicati nello statuto e non vi sia stata determinazione di essi con delibera assembleare, perché, in tal caso, il credito è da considerarsi illiquido, in quanto, sebbene certo nell'an (cioè nel "se"), non è determinato anche nel quantum (Cass. pen., Sez. V, n. 30105/2018 e n. 114057/2015).

**Bancarotta e prelievi dell'amministratore.** La Cassazione ha proseguito osservando che il dato formale della assenza di una delibera assembleare o di una previsione statutaria, che fissi il compenso per l'amministratore della società di capitali, deve pur sempre confrontarsi con la circostanza che il prelievo possa essere comunque dovuto ed essere congruo, se non addirittura necessitato da esigenze di sopravvivenza; nel quale caso la condotta risulta non più distrattiva, in quanto determinante il pericolo di una riduzione della garanzia patrimoniale per i creditori, ma, a fronte della legittima sussistenza del credito, per così dire di necessità, deve ritenersi lesiva del principio della par condicio creditorum, integrando così la fattispecie, meno grave, della bancarotta preferenziale. A tal ri-

guardo la Corte ha richiamato e condiviso l'orientamento sostenuto, oltre che da autorevole dottrina, anche dalla sentenza della Cass. pen. n. 21570/2010, che ha ritenuto che l'amministratore risponda di bancarotta preferenziale e non di bancarotta fraudolenta per distrazione allorché, pur senza autorizzazione degli organi sociali, si ripaghi dei suoi crediti verso la società in dissesto relativi a compensi per il lavoro prestato, prelevando dalla cassa sociale una somma congrua rispetto a tale lavoro.

**La congruità del compenso e la giurisprudenza.** Specificamente, il predetto precedente giurisprudenziale ha argomentato come il diritto dell'amministratore a un equo compenso non possa venire meno per l'assenza di una delibera assembleare che ne determini preventivamente l'ammontare, perché il credito matura quando sia stata offerta la prestazione professionale, trattandosi di amministratore ritualmente nominato alla carica ricoperta.

A conferma, anche la successiva Cass. pen. n. 48017/2015 ha valorizzato che punto centrale per determinare se ricorra o meno il delitto di bancarotta fraudolenta sia lo stabilire se la somma prelevata dalle casse sociali dall'amministratore sia o meno congrua rispetto al lavoro prestato, congruità che, evidentemente, deve essere valutata e stabilita dal giudice e non dagli organi societari. Ancora, gli Ermellini hanno ri-

tenuto che la legittimità della apprensione del compenso si fonda direttamente nell'art. 36 Cost., per cui "il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro", essendo, quindi, determinante non tanto la regolarità formale della operazione, quanto la corrispondenza tra la somma appresa e l'attività effettivamente svolta per la società. Peraltro, si è negata la possibilità di opporre a tali rilievi che il credito trovi soddisfazione soltanto quando sia certo, liquido ed esigibile, sia perché tali connotati sono necessari per opporre il credito in compensazione, ma non per vantare il diritto al compenso, sia perché il concetto di bancarotta fraudolenta è integrato dalla sottrazione del bene agli interessi dei creditori, finalità da escludersi nella ipotesi dell'amministratore che percepisce il compenso dovutogli. Insomma, si tratta di una questione economico-patrimoniale alla quale risultano estranee le regole del diritto civile per la liquidazione di un credito, con l'ulteriore osservazione che il credito da lavoro è sempre esigibile e il titolare di tale credito ha la possibilità di insinuarsi nella massa passiva fallimentare. In definitiva, il fatto che manchi una formale delibera degli organi sociali non pregiudica il diritto del lavoratore a percepire il suo compenso e, quindi, siffatta regolarità formale non può costituire un criterio per negare il diritto al prelievo e ravvisare il grave delitto di bancarotta frau-

dolenta per distrazione (in questo senso, anche Cass. pen. n. 5186/2013).

**La valutazione spettante al giudice.** La Suprema corte, nel caso in esame, prendendo atto della sussistenza del diritto al compenso per l'attività prestata, come conseguenza dell'accettazione della carica di amministratore, seppur non qualificabile come diritto alla retribuzione del lavoratore subordinato, ha rilevato di condividere l'orientamento che esclude si verta in tema della più gravemente punita bancarotta fraudolenta nel caso di auto-attribuzione del compenso, anche in assenza di delibera o previsione statutaria. Ha poi precisato come ovviamente l'assenza della delibera e della disposizione statutaria in relazione alla quantificazione del compenso onera il giudice di merito di verificare la congruità del compenso prelevato dall'amministratore per se stesso, sia rispetto alla prestazione assicurata, sia in ordine alla funzionalizzazione della stessa all'interesse della società. In tale prospettiva, se per un verso l'assenza di delibera e di previsione statutaria può costituire un indice di fraudolenza, in sé insufficiente però a dimostrare la distrazione con frode, la congruità (o meno) del prelievo a titolo di compenso costituisce un indice di non fraudolenza (o meno), riconducendo la condotta ora alla dinamica preferenziale, ora a quella distrattiva, nei termini in precedenza indicati.

**La decisione della Cassazione.** Pertanto, si è affermato il principio per cui, a seguito dell'accettazione rituale della carica di amministratore di una società di capitali, quest'ultimo ha diritto al compenso per l'attività svolta e spetta al giudice del merito verificare se, anche in assenza di delibera assembleare o di previsione statutaria in punto di quantificazione dello stesso, ricorra il delitto di bancarotta preferenziale piuttosto che quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, a seconda che il diritto al compenso sia correlato a una prestazione effettiva o meno e che il prelievo dalle casse sociali sia o meno congruo rispetto all'impegno profuso. La sentenza impugnata è stata quindi annullata, dovendo il giudice del rinvio, attenendosi al principio indicato, procedere a verificare se sussista una ragione di contestazione in ordine al diritto dell'amministratore a vedersi corrispondere il compenso e se quanto prelevato a titolo di compenso risulti effettivamente congruo rispetto all'attività svolta nell'interesse della società.