

(penale)

I principi generali della responsabilità di amministratori e sindaci.

La responsabilità penale degli amministratori è regolata dai seguenti principi, ricavati dalla prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale:

1) poiché, per il disposto dell'art. 27 Cost., la responsabilità è *personale*, dei fatti costituenti reati societari o concorsuali, rispondono le singole persone fisiche cui la legge attribuisce o che di fatto hanno svolto le funzioni di gestione e/o di controllo (amministratori, sindaci, direttori generali, liquidatori ecc.);

2) nel diritto penale vigono i principi di *realismo* ed *effettività* delle funzioni, che, applicati ai reati societari e concorsuali (che sono « reati propri »), comportano che, di questi, rispondono direttamente (e non come concorrenti), *in quanto diretti destinatari della norma penale*:

a) *gli amministratori c.d. di diritto*, cioè quelli nominati nell'atto costitutivo o dall'assemblea;

b) *gli amministratori c.d. di fatto*, cioè quelli che, pur senza formale investitura o per investitura invalida o cessata, hanno concretamente gestito la società o *accanto* o *in totale sostituzione* degli amministratori di diritto, del tutto esautorati delle loro funzioni.

Nel primo caso (gestione congiunta della società), alla responsività diretta degli amministratori di fatto, *si aggiunge* quella diretta degli amministratori

di diritto, responsabili ex art. 40 c.p. per non aver impedito la cogestione illegittima dei primi (Cass. pen. 6 settembre 1993 n. 8419; Cass. pen. 19 settembre 1992 n. 9536; Cass. pen. 29 novembre 1990 n. 15850, Cass. n. 7203/2008, Cass. 8/11/2007 n. 8260)

Nel secondo caso (totale esautoramento), è onere dell'amministratore di diritto, concretamente estromesso dalla gestione e ridotto a mera « testa di legno », allegare e provare:

- *sotto il profilo oggettivo, di non aver gestito la società, e di essere stato un semplice prestanome dell'amministratore di fatto;*
- *sotto il profilo soggettivo, di essersi prestato, in buona fede ed inconsapevolmente, ad essere mero strumento dell'amministratore di fatto (Cass. 4 aprile 1996 n. 3333).*

Secondo la giurisprudenza della S. C. l'amministratore di fatto va individuato in base ad elementi sintomatici di gestione o di cogestione della società da parte di soggetti che, pur non rivestendo formalmente la qualifica di amministratore, di fatto e concretamente ed in modo continuativo e significativo svolgono le relative mansioni. (così il novellato art. 2639 c.c).

La “significatività” va valutata non in base a criteri astratti e predeterminati, né su mere considerazioni di ordine quantitativo, bensì sulla rilevanza e sul peso dell’atto o degli atti di amministrazione, inquadrati nel contesto della vita della società e degli effetti che da esso scaturiscono per l’economia della stessa (Cass. Sez.V, n. 7203/2008).

Secondo Cass. Pen. 7/12/2005 n. 5893, laddove la gestione della società da parte dell’amministratore di fatto si sia esplicitata solamente in un determinato ambito dell’attività sociale e con riferimento ad uno specifico e circoscritto compito, anche volendosi attribuire a detto soggetto, con riguardo a siffatta attività, la qualifica di amministratore di fatto, la stessa potrà trovare applicazione esclusivamente in relazione ad atti inerenti al settore della sua operatività: ciò perché l’assunzione di gestione limitata, non può che comportare una limitata posizione di garanzia.

3) E ammissibile il concorso nei reati propri (societari o concorsuali) da parte di estranei (consulenti esterni e terzi in genere, diversi dall’amministratore di fatto), a condizione che ciascuno di essi abbia coscientemente e volontariamente arrecato un contributo causale (anche di ordine morale, sotto

forma di determinazione o di rafforzamento del proposito criminoso) alla commissione del reato da parte dell'amministratore di diritto e di fatto.

4) Poiché anche nel caso di amministrazione collegiale, vige il principio della responsabilità personale (cioè per fatto proprio), nel caso di commissione di un reato societario o concorsuale, non vi è responsabilità penale dell'organo collegiale, ma dei singoli amministratori in base al principio del concorso di persone nel reato; il concorso va statuito a condizione che, ciascun consigliere, abbia arrecato un cosciente e volontario contributo causale, anche solo morale, alla commissione del reato, divisato collegialmente.

5) Va esente da responsabilità penale il consigliere dissenziente dalla deliberazione (positiva o negativa) che costituisca "radice causale" del successivo fatto costituente reato; cioè il consigliere che:

a) sia immune da colpa;

b) abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio;

c) del dissenso e dell'annotazione abbia dato immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale;

d) abbia cercato di impedire la commissione del reato, avendo l'obbligo giuridico di impedirlo.

Queste condizioni richiedono una puntualizzazione giuridica.

In primo luogo, il consigliere dissenziente dalla deliberazione consiliare, deve essere «immune da colpa», cioè non deve essere stato l'ispiratore esclusivo o concorrente di quella deliberazione («fonte», del successivo reato), rispetto alla quale, successivamente e maliziosamente ha poi manifestato il suo « formale » dissenso.

In secondo luogo, egli deve, senza ritardo, manifestare il suo dissenso, farlo annotare e comunicarlo al presidente del collegio sindacale, onde attivare un eventuale ripensamento del C.d.A., il controllo tempestivo ed approfondito dal collegio sindacale e, tramite questo, l'eventuale successivo intervento dell'assemblea.

In terzo luogo, egli deve tempestivamente ed efficacemente attivarsi per impedire la commissione del reato, perché, ai sensi dell'art. 40, cpv., c. p., il mancato impedimento di esso, avendo l'obbligo giuridico di impedirlo, equivale a cagionarlo.

Nella commissione del reato da parte degli amministratori, possono concorrere anche i sindaci, gravati dalla «posizione di garanzia» consistente nei doveri di controllo e di iniziativa sull'attività gestoria, al fine di impedire la realizzazione di condotte illecite da parte degli amministratori.

Per andare esente da responsabilità penale, i sindaci debbono:

- 1) eseguire puntualmente e con diligenza professionale i controlli loro demandati dalla legge;
- 2) valutare l'attività degli amministratori con il criterio della diligenza qualificata che si deve pretendere da oculati gestori di un patrimonio altrui e con il metro della ragionevolezza delle scelte gestorie;
- 3) esporre dubbi, rilievi e censure al C.d.A., al fine di prevenire l'assunzione od evitare l'esecuzione di delibere illecite o invalide o ingiustificatamente lesive del patrimonio sociale;
- 4) in caso d'inadempimento o di rifiuto del C.d.A., convocare l'assemblea per informarla dei propri rilievi o censure e per invitarla ad assumere le conseguenti deliberazioni sull'attività degli amministratori;
- 5) in difetto, denunciare questi al P.M. per l'attivazione del procedimento ex art. 2409 c.c.;

6) denunciare i fatti al giudice penale.

Anche per la responsabilità penale dei sindaci, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., è richiesta:

a) la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento reato, nel senso che quest'ultima sarebbe stata fondatamente evitabile se i sindaci avessero compiuto le azioni «attese»;

b) la sussistenza dell'elemento psicologico necessario al configurarsi del reato societario commesso: occorre cioè la percezione, da parte dei sindaci, della condotta illecita in atto e la consapevole (ed anzi intenzionale) volontà di rimanere, inerti e cioè di omettere l'esercizio di tutti i poteri loro attribuiti che possono servire ad impedire l'evento di reato» (così JADECOLA).

La responsabilità penale nel caso di delega di funzioni.

Quale rilevanza ha nel campo della responsabilità penale, la delega di funzioni?

Essa ha o può avere efficacia scriminante per l'amministratore o gli amministratori deleganti?

La giurisprudenza anteriore al Decr. Leg. n. 6/2003 distingueva tra imprese di piccole o grandi dimensioni e riconosceva alla delega di funzioni efficacia scriminante per i deleganti solo se sussistevano le seguenti condizioni:

1) che l'impresa fosse di dimensioni medio-grandi e comunque tali da imporre la delega di funzioni e da non consentire all'imprenditore o all'amministratore o agli amministratori deleganti un controllo diretto e personale sul regolare adempimento degli obblighi penalmente sanzionati

(Cass. 29 marzo 1983, De Tommaso; Cass. 11 luglio 1984, Alfino; Cass. 24 settembre 1990, in Dir. pen. ec., 1991, p. 611; Cass. 20 gennaio 1992, ibidem, 1992, p. 856; Cass. 4 marzo 1992, ibidem, p. 855);

2) che la delega fosse necessaria e non artificiosamente rivolta a sottrarre il titolare dell'impresa o l'amministratore o gli amministratori deleganti all'osservanza dei precetti penali; la delega quindi doveva corrispondere a obiettive esigenze organizzative del complesso aziendale;

3) che il delegato fosse persona munita della competenza tecnica necessaria a eseguire le funzioni delegate e che fosse dotato dei relativi necessari poteri organizzativi e decisionali;

4) che il delegante non si ingerisse ~~in~~ nell'attività del delegato;

5) che fosse fornita inidonea prova (non necessariamente scritta) della delega di funzioni.

Questi principi giurisprudenziali vanno rivisti ed adattati alle nuove disposizioni introdotte dal Decreto Legislativo n. 6/2003.

(N.B: la delega di funzioni è oggi stata riscritta nel D. Lgs 81/2008 /T.U. sicurezza sul lavoro).

La posizione di garanzia degli amministratori <<deleganti>>.

Il 1° comma dell'art.2392 c.c. dispone: <<gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori>>.

Il 2° comma aggiunge:

<<In ogni caso, gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di

fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose>>.

Dal complesso di queste disposizioni si ricava la conclusione che la presenza di un comitato esecutivo o di uno o più consiglieri delegati vale, da un lato (art. 2392, comma 1°), ad escludere la responsabilità degli altri amministratori (non delegati) per gli atti o le omissioni compiute nell'esercizio delle funzioni delegate, e determina, d'altro lato (art. 2392, comma 2°), il sorgere di un diverso titolo di responsabilità per gli amministratori non delegati, i quali possono essere chiamati a rispondere per non avere vigilato sull'operato dell'organo delegato o per non avere fatto quanto potevano per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli alla società o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Da ciò deriva che la posizione di garanzia e l'obbligo di intervento del consigliere non operativo postulano, ai fini di un'affermazione di responsabilità a norma del combinato disposto degli artt. 40 c.p. e 2392 c.c., **la rappresentazione da parte dello stesso dell'evento nella sua portata illecita e la volontaria omissione nell'impedirlo**, per cui è responsabile colui che abbia avuto la rappresentazione del fatto pregiudizievole,

quantomeno sotto il profilo eventuale, accettandone il rischio (si veda: Cass., n. 9736/2009, cit.; anche in materia di reati societari: Cass., 4.5.2007 n. 23838, Amato, in Ced. Cass., Rv. 237251).

Rappresentazione eventuale dell'evento e accettazione del rischio, devono risultare, al di là ed anche in contrasto con le informazioni date dall'amministratore delegato e/o dagli amministratori operativi, dalla conoscenza da parte degli amministratori non operativi di «indici rivelatori, di segnali perspicui e peculiari del fatto illecito posto in essere o che sta per essere posto in essere, in misura tale da determinare la necessità, per l'amministratore non operativo, di effettuare quei controlli e quelle verifiche sull'operato degli amministratori operativi e di porre in essere quelle condotte che possano consentire il non verificarsi dell'evento di danno (Cass., n. 36595/2009, cit.; Cass., n. 9736/2009, cit.).

Dall'art. 2392, 2° comma, c.c. è stato, anzitutto, eliminato l'obbligo di «*vigilare sul generale andamento della gestione*». È ora richiamato il terzo comma dell'art. 2381 c.c.

Con queste nuove disposizioni, si è diversamente delimitato l'ambito del potere-dovere di controllo sull'agire: non è più richiesta una vigilanza

continua ed integrale sui delegati, ma essa è, ora, ancorata alle previsioni dell'art. 2381 c.c.

Il controllo sull'altrui agire continua ad essere un obbligo degli amministratori deleganti (sia in modo formale, sia di fatto), dato che l'art. 2381, 3° comma, c.c. riserva alla competenza esclusiva del consiglio di amministrazione il compito di «*impartire direttive agli organi delegati*», di «*avocare a sé operazioni rientranti nella delega*» e di valutare «*il generale andamento della gestione*». In altri termini, se il consiglio di amministrazione ha la possibilità di dare istruzioni ai delegati e di compiere direttamente le attività attribuite alla loro competenza, ed il singolo consigliere quella di valutare l'intera gestione societaria, ciò significa che l'esercizio di tali poteri costituisce un obbligo, quando sia necessario per evitare il compimento di atti dannosi per la società da parte degli organi delegati.

Essenziale e strumentale all'adempimento del potere-dovere di controllo è l'obbligo di trasmissione al consiglio delle informazioni periodiche, da parte degli organi delegati, con la frequenza fissata dallo statuto ed almeno ogni sei mesi (periodo inderogabile), ai sensi dell'art. 2381, penultimo comma, c.c.,

trasmissione che, per legge, deve avvenire secondo uno strumento pratico continuativo.

Dunque, parimenti strumentale all'adempimento dei doveri di diligenza, di vigilanza e di intervento, previsti dall'art. 2392 c.c., è lo speculare potere speculare d'informazione, di cui all'art. 2381, ultimo comma, c.c., previsto in capo a ciascun amministratore, anche come potere individuale: da ciò trae conferma, la tesi che l'adempimento dei doveri predetti è dovuto da parte di ciascun amministratore.

L'elemento che farà da discriminare, è la prova che esistono *indici o segnali di allarme* (acquisiti in ogni modo - non soltanto in seno al consiglio di amministrazione o, comunque, in ambito societario) — tali da far sospettare la commissione di inadempimenti da parte dei delegati e, perciò, da indurre gli amministratori non operativi a pretendere maggiori informazioni e dettagli, sugli assetti organizzativi in generale e sulle principali operazioni compiute dai delegati stessi.

Nel contempo, occorre che sussista la concreta capacità di impedimento del fatto altrui, una volta che il preposto alla posizione di garanzia abbia

percepito l'evenienza dannosa, non potendosi pretendere dall'amministratore il compimento di condotte inesigibili.

Cosa deve, però, intendersi per "utile attivazione" (il fare « *quanto potevano* », di cui all'art. 2392, 2° comma, c.c.) dell'amministratore delegante, al fine sia di impedire la realizzazione del fatto pregiudizievole, sia di ridurne o eliminarne le conseguenze?

Si è esattamente scritto da R. Bricchetti che:

- <<il concreto contenuto dell'obbligo di attivazione per impedire il compimento del fatto deve essere posto in relazione con lo specifico contenuto della *posizione di garanzia*; gli obblighi di controllo in capo all'amministratore trovano infatti una precisa delimitazione, coincidente con il contenuto dei poteri ad esso attribuiti dalla legge; dove non è previsto che il soggetto possa fare per la legge, là non è dato estendere l'operatività della sanzione penale;>>

(omissis) <<l'amministratore (garante) deve essere titolare di un potere giuridico idoneo ad impedire la realizzazione del reato affinché gli si possa addebitare un'inerzia penalmente rilevante.>>

<<Al riguardo non si possono fissare, a priori, comportamenti tassativamente ritenuti idonei a soddisfare l'obbligo di evitare il fatto penalmente rilevante. Caso per caso, l'amministratore, relativamente alla peculiarità della situazione ed ai mezzi in suo possesso, deciderà il tipo di intervento esonerativo da responsabilità, ad es. riferendo e segnalando il rischio agli altri componenti del consiglio, sollecitando l'intervento del collegio sindacale, diffidando il soggetto agente, sollecitando la convocazione del consiglio onde impedirne il compimento, richiedendo, le debite informazioni anche attraverso l'esame delle scritture della società, proponendo le decisioni del caso all'organo di cui è parte, ecc..>>

V'è responsabilità dell'amministratore non soltanto quando, essendo egli a conoscenza di un atto pregiudizievole, non si attivi per impedire l'evento, ma anche quando non si sia dato un'organizzazione idonea a garantire gli interessi che lui ha l'obbligo, per legge, di tutelare, consentendo in tal modo che altri possano ledere i suddetti interessi. Pertanto, più che fare riferimento a concetti non facilmente verificabili (quali quello della conoscibilità o della generica consapevolezza delle attività distrattive poste in essere dall'amministratore di fatto) basta fare riferimento, per l'imputabilità

soggettiva, alla violazione di un preciso dovere che è quello di darsi una organizzazione idonea a prevenire il compimento di atti pregiudizievoli, proprio perché, senza una organizzazione idonea, non si rispettano i doveri di vigilanza e di controllo dovendo, allora, gli amministratori dimostrare di avere fatto tutto ciò che era nelle loro possibilità per attuare una efficace vigilanza ed un rigoroso controllo (Cass. Sez. Pen. 8/11/2007 n. 8260).

Delicata è la prova del rapporto di causalità. Nota esattamente R. Bricchetti che <<l'inerzia dell'amministratore non esecutivo deve essere stata condizione necessaria del reato commesso dal delegato.>>

<<Deve, pertanto, provarsi che il reato non sarebbe stato realizzato se fosse stato tenuto il comportamento doveroso.>>

<< I poteri devono essere stati, in prospettiva causale, realmente impeditivi.

<< Ma, di regola, il singolo amministratore non ha autonomi poteri che siano direttamente impeditivi (ma soltanto la possibilità di attivare iniziative che implicano l'opera necessaria di altri soggetti e che possono giungere a realizzare lo scopo impeditivo).

<<Il problema è, insomma, quello della causalità omissiva.>>

<< Una volta provata la sussistenza del rapporto di causalità tra una determinata azione omessa dall'amministratore e l'evento criminoso, si tratta, poi, di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo del relativo illecito penale.

<<L'indagine deve essere rigorosa, aderente ai principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza. >>

<<L'innestarsi della disciplina del dolo sull'enunciato dell'art. 40 cpv. c.p. impone che il soggetto omissivo sia animato da una precisa volontà di <<*non-azione*>> che si affianca alla consapevolezza che un determinato reato sta per essere.>>

Per riconoscere il dolo eventuale dell'amministratore che, venendo meno ai doveri connaturati alla sua posizione di garanzia non impedisca la realizzazione del reato, occorre accertare che lo stesso sia a conoscenza della realizzazione *in itinere* della condotta di reato, e che sia in grado di prevedere possibili esiti sulla condotta realizzata e non impedita/ostacolata.

<<L'agente «risponde, infatti, a titolo di dolo se ha accettato il rischio che l'evento, non voluto in maniera diretta, si verifichi come risultato e conseguenza della propria condotta; risponde invece a titolo di colpa se, pur

prevedendo la possibilità dell'evento, ha agito nella convinzione, nella ragionevole speranza, di evitarlo per abilità personale o per intervento di altri fattori >>.

La posizione di garanzia dei sindaci: il controllo sull'attività degli amministratori.

I "sindaci", nella loro qualità di componenti del Collegio sindacale, costituiscono un tipico organo di controllo.

Doveri fondamentali del Collegio sindacale – prescritti dall'art. 2403 comma 1 c.c. – sono infatti quelli di vigilare *"sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409-bis, terzo comma"* (nel caso di previsione statutaria ed a patto che la società non sia tenuta alla redazione del consolidato)¹.

Altra funzione, particolarmente importante e delicata, è attribuita ai sindaci nell'art. 2429 comma 2 c.c., laddove è stabilito che *"il collegio sindacale deve riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri e fare le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione [...]"*.

Nel caso in cui ai sindaci sia delegata anche la revisione legale dei conti essi, ai sensi dell'art. 14 comma 1 lett. b) del DLgs. 39/2010, gli stessi *"[...] verificano nel corso dell'esercizio*

la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili". Essi inoltre, ai sensi della lett. a) dello stesso comma "esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato se redatto". A riguardo è opportuno distinguere la situazione del Collegio sindacale privo della funzione di revisione legale dei conti da quella in cui tale funzione è demandata all'organo di controllo endosocietario.

Per i primi il rischio di essere coinvolti nelle false comunicazioni sociali dovrebbe risultare invero minimale², essendo nominato un diverso soggetto, cioè il revisore esterno o la società di revisione, delegato ai controlli contabili e di bilancio. Diversa risulta invece la situazione in cui il controllo legale dei conti venga delegato allo stesso organo sindacale.

Dalle suddette previsioni normative, per i sindaci con funzioni di controllo legale dei conti, si evince, infatti, come questi ultimi rivestano, in relazione al bilancio, un ruolo che va ben oltre il mero controllo formale, posto che non devono soltanto verificare la rispondenza del bilancio alle risultanze contabili e l'osservanza dei criteri di valutazione prescritti ma, nella relazione al bilancio di cui al citato art. 2429 c.c., devono altresì fornire un giudizio che coinvolge anche il merito dell'operato degli amministratori, nonché formulare "osservazioni" e "proposte" in ordine al bilancio e alla sua approvazione. Per cui risulta evidente come il Collegio sindacale assuma, in tale materia, anche la veste di **organo di consulenza tecnico-contabile** nei confronti dell'assemblea, alla quale fornisce elementi valutativi ai fini della discussione e approvazione del bilancio. In ciò si rinviene la ragione per cui, anche nell'attuale disciplina, i sindaci siano stati considerati come autonomi soggetti attivi del reato e, quindi, possibili autori dello stesso, senza che sia necessario ricorrere a una forma di responsabilità penale in concorso con gli amministratori per omesso controllo fondata sull'obbligo giuridico di impedire l'evento ex art. 40 cpv. c.p.

Secondo parte della giurisprudenza il controllo dei sindaci non è limitato al profilo della mera legittimità, ma si estende al merito dell'attività degli amministratori: con la precisazione, però, che ciò *non* significa che il collegio sindacale ed i sindaci possano entrare nel *merito* delle scelte imprenditoriali sotto il profilo della correttezza tecnica o della bontà economica della gestione. In sostanza, si tratta di un controllo non limitato alla *legalità formale*, ma esteso alla *legalità sostanziale*, cioè alla diligenza (nel senso di ragionevolezza) dell'operato degli amministratori, come è dato evincere dall'art. 2403 c.c.

Occorre trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di non trasformare il collegio sindacale in una sorta di consiglio di amministrazione aggiunto e quella di non restringere la sua competenza in una maniera così formale ed angusta da contraddire le finalità ultime dei controlli.

Secondo la dottrina, l'obiettivo può essere facilmente raggiunto, ove si consideri che l'azione degli amministratori debba ispirarsi ad un criterio di media diligenza, che racchiude in sé non solo un momento di legalità formale, ma anche e soprattutto un momento di legalità sostanziale. In questo criterio di condotta le regole più strettamente legali e quelle più propriamente tecniche s'incontrano e si fondono, nel senso, che anche operazioni palesemente sbagliate o di mero rischio costituiscono violazione dell'obbligo degli amministratori di ben amministrare con la dovuta diligenza, per cui il merito non solo è conoscibile, ma è potenziale oggetto di rilievo nella misura in cui la trasgressione dei precetti tecnici venga a tradursi in un inadempimento della regola generale espressa dall'art. 2392, comma 1°, c.c. La vigilanza sindacale, dunque, pur rimanendo nell'ambito di un controllo di legalità in *sensu lato*, può e deve estendersi all'osservanza di norme tecniche

di oculata amministrazione, nel quadro di una tutela globale dell'interesse della società.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, ed alla luce dell'insegnamento pur contrastato da una parte della dottrina, si deve ritenere configurabile il *concorso omissivo* dei sindaci nei reati di bancarotta commessi dagli amministratori, quando viene accertato:

- 1) l'omesso esercizio dei poteri di controllo;
- 2) la sussistenza del nesso causale tra l'inerzia dei sindaci ed i reati riferibili agli amministratori;
- 3) la presenza del dolo richiesto per la fattispecie realizzata: *dolo* che, secondo la Suprema Corte, può essere non solo diretto, ma anche *eventuale*, quando il sindaco abbia previsto come conseguenza, anche solo possibile, della propria inerzia la commissione del reato (Cass. 21 novembre 1989, Piras.).

La responsabilità penale dei sindaci si fonda sul disposto degli artt. 2403 e 2407 c.c. e 40 cpv. c.p.: ai sindaci, anzi, si deve riconoscere una responsabilità di grado più *elevato* rispetto a quella degli amministratori, in virtù dei poteri di vigilanza, di accertamento, di ispezione e di controllo,

BR

anche *individuale*, che sono loro attribuiti dall'art. 2403 c.c. (Cass. 26 giugno 1990, Bordoni ed altri).

Anche i sindaci, dunque, sono posti dalla legge in una posizione di *garanzia*, avendo, tra l'altro, l'obbligo di attivarsi per impedire che gli amministratori compiano atti contrari alla legge, sicché sono punibili a titolo di concorso omissivo nei reati commessi da questi ultimi, quando abbiano consapevolmente e costantemente omissso di esercitare i poteri-doveri di controllo loro attribuiti dalla legge, accettando il rischio che detti reati potessero realizzarsi (Cass. 21 novembre 1989, Piras, cit.; Cass. 28 febbraio 1991, Cultrera, cit.; Trib. Lecce 30 novembre 1993, Calabro ed altri, cit.).

La responsabilità dei sindaci non può poggiare, acriticamente, solo sulla loro posizione di garanzia e discendere, in modo automatico, dal mancato esercizio dei doveri di controllo, ma postula l'esistenza di elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, della partecipazione, in qualsiasi modo, dei sindaci all'attività degli amministratori ovvero di valide ragioni che portino a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza di contributo causale nella commissione del reato da parte degli amministratori (Cass., sez. 5, n. 15360/2010). I sindaci **non hanno il potere**

di imporre agli amministratori determinati comportamenti ovvero di sostituirsi agli stessi in caso di inadempienza e che, pertanto, non è configurabile il loro concorso nel reato di bancarotta per omessa vigilanza sull'effettivo adempimento degli obblighi fiscali e previdenziali laddove questi siano stati tempestivamente segnalati all'organo amministrativo della società (Cass., Sez. 5, 12.11.2001, n. 45237, Vaccaro, in Dir. pen. proc., 2002, 1251).

Nessuna responsabilità è configurabile in capo ai **sindaci supplenti** se non nei casi, tassativamente previsti dalla legge (in caso di morte, rinuncia o decadenza da parte di uno dei titolari), nei quali casi gli stessi vengano a subentrare, formalmente, ai titolari per essersi verificata una causa di cessazione dall'ufficio di uno di essi. Ciò in quanto i doveri di vigilanza ed i poteri ispettivi — da cui poi può sorgere una loro penale responsabilità — sono imposti solo ai membri effettivi, incombendo a quelli supplenti soltanto nel caso in cui siano, di diritto, subentrati ai primi.

Il nesso di causalità.

Sotto il profilo causale, si deve ricordare anzitutto che nel nostro ordinamento è sufficiente aver posto in essere una condizione dell'evento, purché questa condizione sia causa dell'evento stesso (art. 40 c.p.).

L'art. 2407, comma 2", c.c. stabilisce che la responsabilità solidale con gli amministratori si realizza solo in quanto il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica.

La norma configura un concorso di cause nella produzione dell'evento, parificando il comportamento di chi cagiona determinate conseguenze pregiudizievoli violando un dovere primario a quello di chi, dovendo impedire tale violazione, si sia reso, a sua volta, inadempiente.

L'accertamento del nesso di causalità, con riguardo ai reati omissivi, assume un valore ipotetico o prognostico, in quanto si tratta di verificare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e, in particolare, se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo.

Ha affermato in proposito la Suprema Corte che <<l'accertamento della sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta omissiva del sindaco e l'evento implica un giudizio, che deve esprimersi in una valutazione di

probabilità da avvicinarsi alla certezza, attraverso l'utilizzazione di tutti gli elementi acquisiti, la valutazione delle circostanze di fatto e l'applicazione di criteri di ordine logico>> (Cass. 98 febbraio 1991, Cultrera, cit.: v. Parte III, Cap. II).

Il caso di responsabilità del sindaco a titolo di compartecipazione alla realizzazione del fatto mediante un'omissione, si risolve nell'ottica del disposto di cui all'art. 44 2° comma, c.p.

L'omesso o inadeguato esercizio dei doveri legali di controllo è idoneo a fondare la responsabilità ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p.

Il limite dei poteri segna peraltro anche il limite della garanzia dovuta da sindaci e amministratori.

Va opportunamente evidenziato che la semplice ricognizione ed individuazione dei poteri e dei doveri posti dalla legge a carico di Amministratori e Sindaci, e costituenti il contenuto delle rispettive posizioni di garanzia, non significa ancora avere accertato la loro responsabilità.

Per l'affermazione della responsabilità penale dei medesimi deve essersi verificato un fatto conforme al modello di reato, deve sussistere nesso di

causalità tra l'omesso esercizio dei poteri a contenuto impeditivo e la realizzazione dell'illecito e, infine, sul piano soggettivo, deve essere dimostrato il dolo (o la colpa).

Scrive esattamente BARTULLI:

«È proprio sul piano dell'elemento soggettivo che risalta la diversità tra responsabilità civile dei sindaci per violazione dei doveri di controllo e responsabilità penale. Mentre per la responsabilità civile si assume quale parametro generale di imputazione la colpa, nel settore penale la maggior parte dei reati societari e fallimentari è prevista nella forma delittuosa. Ciò che comporta — a eccezione delle rare ipotesi di delitti colposi (come il citato art. 224 L. fall.) — la prova del dolo, quale rappresentazione e volizione del fatto costituente reato. Ed è per l'appunto con riferimento alla sussistenza del dolo che si è assistito in questi ultimi anni a una tendenza a dilatare la nozione di dolo eventuale.

È vero che, pacificamente, dottrina e giurisprudenza riconoscono che tale forma di dolo, meno intensa, sussiste quando l'agente abbia agito accettando il rischio del verificarsi dell'evento, non voluto ma previsto come possibile.

Tuttavia, un indirizzo rigorista, ritiene provato l'elemento intenzionale dall'aver l'organo di controllo trascurato l'esistenza di "segnali d'allarme" (quale "una difficoltà gestionale ed economica della società, implicante attenzione tutta particolare nel controllo di attività oggettivamente rischiose in quanto potenzialmente suscettibili di tramutarsi in pregiudizio patrimoniale per la società e i creditori").

Ora, la presenza di indicatori di allarme che i sindaci non hanno percepito, ma avrebbero dovuto percepire, può essere sufficiente a integrare la forma della responsabilità per colpa. Al contrario il dolo, sia pure eventuale, non può invece prescindere da un effettivo rapporto psicologico con il fatto concreto come si è di recente ribadito affermando che "la responsabilità penale per omesso controllo doloso impedimento ha, per indefettibile presupposto, innanzi tutto la conoscenza specifica dell'illecito da impedire">>. Si è così correttamente ritenuto che, per aversi una responsabilità ex art. 40, comma 2°, c.p., <<non basta che l'amministratore o il sindaco "inerte" abbia percepito determinati segnali di allarme, ma occorre anche che li abbia concretamente valutati come indici di specifici fatti-reato,

concretamente rappresentati e nulla abbia fatto per impedirne la prevista realizzazione>>.

A integrare il dolo eventuale occorre dunque una rappresentazione concreta del fatto che poi si verificherà: è sufficiente peraltro, e in ciò si esaurisce la specificità del dolo eventuale, « una rappresentazione non in termini di certezza, a condizione che si tratti di un giudizio valido per l'agente, esprimente la sua reale valutazione della situazione di fatto, e non un'astratta congettura su ciò che potrebbe avvenire »

Il concorso dell'estraneo nei reati societari e concorsuali.

Anche nella commissione di reati propri ~~posso~~ concorrere un soggetto privo della qualità personale richiesta (c.d. "extraneus"), in base alla disciplina sul "concorso di persone nel reato" di cui all'art. 110 c.p. Secondo i principi generali vigenti in materia, l'apporto dei singoli concorrenti può essere materiale oppure morale. Quest'ultimo può manifestarsi nelle diverse forme della determinazione, istigazione o rafforzamento del proposito criminoso altrui, che può assumere anche la forma del consiglio, dell'invito o del suggerimento a compiere un'azione penalmente illecita. In ogni caso, affinché si abbia compartecipazione criminosa, occorre che il contributo for-

nito dal compartecipe abbia avuto efficacia causale nella realizzazione del fatto criminoso. Per la configurabilità dell'elemento soggettivo del concorso occorre, da un lato, la coscienza e volontà dello specifico reato e, dall'altro, la volontà di concorrere con altri nella commissione dello stesso.

Con particolare riguardo ai reati propri, si richiede che l'*extraneus* sia a conoscenza della qualifica del soggetto destinatario della norma incriminatrice (c.d. "*intraneus*") e, quindi, abbia la **consapevolezza di concorrere** in un reato proprio.

Va peraltro rilevato che "*ai fini della configurabilità della responsabilità dell'«extraneus» per concorso nel reato proprio è invero indispensabile, oltre alla cooperazione materiale ovvero alla determinazione o istigazione alla commissione del reato, che l'«intraneus» esecutore materiale del reato sia riconosciuto responsabile del reato proprio, indipendentemente dalla sua punibilità in concreto per la eventuale presenza di cause personali di esclusione della responsabilità*"¹¹.

(Cass. pen. 29/9/2014 n. 40303)

Orbene, un'ipotesi particolarmente delicata, afferente il tema del concorso dell'*extra-neus* in reati societari, concerne l'eventuale responsabilità penale, a tale titolo, del professionista o consulente di amministratori di società.

La questione riveste notevole interesse pratico, dato che nell'ambito dell'impresa – stante l'articolazione degli attuali organismi societari e la complessità delle specifiche normative di settore – è diventata ormai la regola ricorrere a professionisti per la cura e l'adempimento dei molteplici incombenti in materia *lato sensu* contabile.

L'oggetto delle prestazioni può comprendere un'attività di consulenza aziendale, così come la tenuta della contabilità con i relativi adempimenti aziendali e anche la predisposizione dei bilanci.

Con specifico riferimento ai reati societari, posto che le ipotesi di falsità in bilancio sono ambedue punibili soltanto a titolo di dolo

(anzi, addirittura a titolo di dolo specifico), il problema del concorso del professionista si pone in un'ottica semplificata.

Infatti, secondo l'orientamento dominante, non è configurabile un concorso colposo in un reato doloso.

Il professionista o consulente, pertanto, potrà essere chiamato a rispondere esclusivamente a titolo di dolo e, cioè, quando abbia dato intenzionalmente un contributo causale, materiale o morale, alla realizzazione del fatto criminoso del cliente, agevolandone o supportandone la condotta ovvero determinandone o rafforzandone la volontà con un proprio comportamento cosciente e volontario.

Rimangono dunque escluse, ai fini di una responsabilità concorsuale per false comunicazioni sociali, eventuali condotte di natura colposa quali, ad esempio, errori materiali o concettuali nell'applicazione dei criteri civilistici o ragionieristici che presiedono alla redazione del bilancio dovuti a negligenza o imperizia.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, ancorché i reati di cui trattasi siano a dolo specifico (costituito dal "fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto"), si ritiene che, per l'integrazione del concorso, sia sufficiente la consapevolezza che il particolare fine richiesto dalla norma incriminatrice sussista in uno dei compartecipi.

La responsabilità concorsuale del professionista, peraltro, può sussistere anche in presenza di dolo eventuale, che si configura nel caso in cui il soggetto si sia rappresentato in concreto la possibile realizzazione del fatto criminoso e, nonostante tale previsione, abbia agito ugualmente prestando il proprio contributo.

In sostanza, il professionista può incorrere in responsabilità penale a titolo di concorso nel reato proprio del cliente, non solo suggerendo artifici contabili per realizzare lo scopo illecito perseguito dal cliente medesimo, ma anche accettando di supportare con le proprie conoscenze tecniche la condotta illecita di quest'ultimo.

Al riguardo, riteniamo sia utile un'esemplificazione di pronunce giurisprudenziali che consentono di dare maggior concretezza all'assunto. In linea generale, è stato innanzitutto affermato che "al commercialista non è consentito seguire direttive illecite del cliente" e che "di fronte a queste egli può (e deve) declinare l'incarico e, qualora ciò non faccia, sarà comunque penalmente responsabile in concorso con il cliente"¹²

Più specificamente, in tema di consulenza professionale, è stato ritenuto che, mentre "l'indicazione di alternative ad una condotta incriminata dalla legge, quale comodo espediente non in contrasto con la legge penale, non implica di per sé istigazione a commettere il reato del cliente, sempre che la prestazione stessa sia resa nell'ambito di servizi professionali", al contrario "qualora il commercialista indichi in concreto la via per adottare un espediente illecito o, addirittura, lo adotti di persona, quale mezzo fraudolento diretto a celare le reali condizioni economiche del cliente, si pone l'elemento obiettivo di incriminazione per concorso, in quanto il contributo morale così configurato è dato dal fatto che la condotta esula dall'ambito professionale"¹³

(Cass. 21/10/1998 n. 12752)

La S.C. ha statuito che non commette alcun reato il legale od il commercialista che si limita a suggerire al cliente di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori, senza assisterlo nella commissione di queste condotte illecite, violando, unicamente, l'obbligo di correttezza professionale ma non anche la norma penale (Cass., sez. 5, 19.4.1988, n. 6681, Ferlicca, in Ced Cass., Rv 178539; Cass., sez. 5, 11.3.1988, n. 6409). La S.C. specifica che il professionista risponderà, in concorso con l'imprenditore, del reato da quest'ultimo commesso, qualora, nel rendere questa consulenza professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione, programmando lui stesso gli atti illeciti da compiere, indicando in concreto al cliente la via per adottare l'illecito espediente od, addirittura, adottandolo in prima persona (Cass., sez. 5, 21.10.1998, Minieri, in Il Fisco, 1999, 1537; Cass., n. 6409/1988, cit.) oppure qualora dia suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori ed assista il cliente nella conclusione dei relativi negozi rafforzando il suo proposito criminoso (Cass., n. 569/2004).

Infine, proprio in ordine al concorso nel reato di false comunicazioni sociali (ovviamente previgente), è stato ritenuto che "qualora la redazione di una falsa contabilità serva di supporto alla falsa rappresentazione della realtà sociale offerta dal bilancio, chiunque, benché estraneo, contribuisca a tale artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione di riserve occulte nei bilanci della società, offre un contributo causale determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 c.c., e ciò soprattutto quando al sua posizione in seno alla società e le sue capacità tecniche professionali siano tali da assicurare l'amministratore sull'efficacia del risultato dissimulatorio"¹⁴.

La S. C. ha precisato i termini del concorso dell'estraneo con riferimento ad una serie di ipotesi di bancarotta, statuendo che: « la bancarotta per distrazione, l'omessa tenuta di libri e scritture contabili obbligatorie e l'omesso deposito del bilancio e delle altre scritture, sono reati propri dell'imprenditore fallito e degli amministratori della società fallita. In tale materia trova applicazione la disciplina generale sul concorso di persone. Ne deriva che è configurabile il concorso di un soggetto non qualificato - cosiddetto *extraneus*- qualora sia in fatto provato che quest'ultimo, con la sua condotta, abbia contribuito anche con apporto causale frazionato, ma unitario, alla realizzazione dell'illecito » (Cass., Sez. III pen., 13 gennaio 1992 n. 195).

IL DIRETTORE GENERALE

Si tratta di un dipendente della società che riveste, all'interno della stessa, la posizione apicale massima e che ha le mansioni di coadiuvare il consiglio di amministrazione e di svolgere quegli ulteriori compiti, anche di gestione, che l'assemblea o lo statuto gli affidano.

La sua responsabilità penale è sancita sugli artt. 218, 224, 225 e 226 L.F..

I LIQUIDATORI

I "liquidatori", nominati dall'assemblea o, in via sussidiaria, dal Presidente del tribunale nei casi di scioglimento della società, subentrano agli amministratori, nei confronti dei quali opera il divieto di compiere nuove operazioni. Essi hanno, tra l'altro, il compito di realizzare l'attivo, pagare i debiti sociali, ripartire l'eventuale residuo tra i soci, redigere il bilancio finale di liquidazione e, infine, chiedere la cancellazione della società dal Registro delle imprese. In sostanza, essi svolgono il ruolo di amministratori nella fase finale di esistenza della società. Ragion per cui vengono anch'essi ad essere inclusi tra i possibili autori di false comunicazioni sociali.

I liquidatori, assumono gli stessi poteri e, quindi, gli stessi obblighi degli amministratori (Cass., sez. 5, 8.11.2007, n. 8260, Pirro, in Ced Cass., rv. 241749); ciò nei limiti in cui questi poteri e doveri siano compatibili con lo stato di liquidazione e sempreché non sia diversamente disposto dal contratto sociale.

Anticipo che secondo Cass. Sez. UU. 30/09/2010 n. 43426 il liquidatore del concordato preventivo non è soggetto attivo nei reati propri di bancarotta, di cui agli artt. 223, 224 L.F., richiamati dall'art. 236, 2° comma, n.1 L.F.

✓ L'OGGETTO MATERIALE DELLE FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI

In entrambe le fattispecie di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. l'oggetto materiale del reato si identifica nei "*bilanci*", nelle "*relazioni*" e nelle "*altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge*".

Le suddette nozioni sono ovviamente quelle risultanti dalla disciplina civilistica.

Vediamo quindi brevemente le singole tipologie di atti che rilevano quale veicolo del mendacio ai fini della configurabilità dei reati in questione.

Il termine "*bilancio*", ai fini penalistici, è chiaramente riferibile al bilancio d'esercizio, documento tecnico-contabile per eccellenza, che deve essere redatto al termine di ogni esercizio sociale.

La disciplina di riferimento è contenuta negli artt. 2423 e ss. c.c.

Tra i "bilanci" menzionati negli artt. 2621 e 2622 c.c., oltre al bilancio d'esercizio, ai fini penalistici sono da ricomprendersi, esemplificativamente, anche il bilancio di liquidazione, iniziale, intermedio e finale, il bilancio d'esercizio redatto dall'amministratore giudiziario, il bilancio per la rilevazione di perdite, ai fini della successiva riduzione del capitale sociale, il bilancio in forma abbreviata, ecc.

È senz'altro da ricomprendersi nell'oggetto materiale delle false comunicazioni sociali anche il bilancio consolidato, stante l'espresso riferimento alla "*situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene*".

Con il termine "*relazioni*", nella disciplina civilistica, si indicano i documenti che determinati organi qualificati sono tenuti a predisporre per informare in ordine ad alcune significative vicende della società.

La più importante è senz'altro la "*relazione sulla gestione*", prevista dall'art. 2428 c.c., che gli amministratori devono redigere a corredo del bilancio "*sulla situazione della società e sull'andamento della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato, anche attraverso imprese controllate, con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti*".

La funzione di detta relazione, che costituisce un allegato al bilancio, è duplice: quella di resoconto dell'attività di gestione degli amministratori e quella di previsione della futura attività di gestione (c.d. *funzione di budget*), che, però, qui non interessa stante il contenuto essenzialmente valutativo di essa.

Altre "relazioni" imposte agli amministratori possono essere: la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società prescritta per la distribuzione di acconti sui dividendi nelle società il cui bilancio è assoggettato per legge alla certificazione da parte di società di revisione (art. 2433-*bis* comma 5 c.c.); la relazione sulle proposte di aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (art. 2441 comma 6 c.c.); la relazione sulla situazione patrimoniale della società in caso di riduzione del capitale per perdite (art. 2446 comma 1 c.c.); la relazione sulla situazione patrimoniale della società in caso di riduzione del capitale per perdite (art. 2446 comma 1 c.c.); la relazione sul progetto di fusione (art. 2501-*quater* c.c.); la relazione sul progetto di scissione (art. 2506-*ter* comma 1 c.c.).

L'uso del termine "relazioni" negli artt. 2621 e 2622 c.c. induce a ritenere che la nozione, ai fini penalistici, sia riferibile **esclusivamente agli elaborati scritti tassativamente previsti dalla disciplina civilistica**, con esclusione dei rapporti resi in forma orale.