



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La responsabilità penale per omesso impedimento del reato di bancarotta

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La responsabilità penale per omesso impedimento del reato di bancarotta / F. Giunta. - In: DIRITTO E PRATICA DELLE SOCIETÀ. - ISSN 1720-4291. - STAMPA. - monografia giugno:(2010), pp. 77-81.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/393414> of the repository was last updated on

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

La responsabilità penale per omesso impedimento del reato di bancarotta

Per pacifica giurisprudenza, i componenti del collegio sindacale possono essere ritenuti penalmente responsabili a titolo di concorso eventuale nella bancarotta fraudolenta commessa dagli amministratori, per omesso impedimento dell'evento.

Fausto Giunta*

AVVOCATO, PROFESSORE ORDINARIO PRESSO L'UNIVERSITÀ DI FIRENZE

Il ricorso allo schema dell'imputazione per concorso omissivo esclude implicitamente che tra i sindaci e gli amministratori sia intervenuto un previo accordo. In tal caso, infatti, il ricorso alla clausola di estensione della responsabilità penale di cui all'art. 40, comma 2, cod. pen., secondo la quale non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a cagionarlo, risulterebbe superfluo: la condotta concorsuale dei sindaci sarebbe tipica ai sensi dell'art. 110 cod. pen., risultando imputabile come agevolazione e rafforzamento dell'altrui proposito delittuoso. Da questo angolo visuale, pertanto, il ricorso allo schema imputativo dell'omesso impedimento dell'evento svolge anche la collaterale e non secondaria funzione di semplificare l'accertamento probatorio della responsabilità dei soggetti ritenuti garanti, potendosi prescindere, per l'appunto, dalla prova del previo accordo e bastando l'accertamento della vo-

Per consultare il testo completo dei provvedimenti vedi la banca dati:

@ www.dps.ilsole24ore.com

lontà del garante (anche nella forma del dolo eventuale) di agevolare con la propria inerzia antidoverosa la verifica dell'evento.



LEGGI

Codice penale (art. 40, comma 2)

La verifica della responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento dei reati degli amministratori postula come punto di partenza la soluzione a un pri-

mo interrogativo concernente la reale efficacia preventiva della funzione di controllo che svolgono i sindaci nelle società commerciali. In altre parole, acquisito che di omesso impedimento dell'evento si può parlare solo qualora il soggetto gravato dall'obbligo fosse titolare dei necessari poteri di impedimento⁽¹⁾, bisogna verificare se i poteri riconosciuti ai sindaci dalla normativa extrapenale di riferimento siano in concreto qualificabili come impeditivi.

* Con la collaborazione della dott.ssa Silvia Ravaoli.

(1) Con riferimento specifico ai poteri dei sindaci, che a un tempo segnano il limite della loro posizione di garanzia, F. Stella, D. Pulitanò, La responsabilità dei sindaci di società per azioni, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, pag. 563.

In questa prospettiva, autorevole dottrina distingue tra autentici obblighi di garanzia, caratterizzati da poteri impeditivi e, come tali, idonei a far sorgere la responsabilità a titolo di omissione impropria, e meri obblighi di attivazione o sorveglianza, i quali non consentono detto epilogo, trattandosi di posizioni carenti di poteri impeditivi e caratterizzate, al più, da poteri di informazione sulla situazione di pericolo^[2].

Sulla base di tale dicotomia ai poteri impeditivi corrispondono doveri di conformazione, in quanto il loro esercizio produce effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato^[3]. Più in generale, sono impeditivi i poteri di blocco dell'attività del controllato, come per esempio la revoca di quest'ultimo.

Per contro, non saranno impeditivi quei poteri il cui esercizio può produrre solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato, non bastando nemmeno che tale influenza, in casi analoghi, abbia indotto il soggetto controllato ad astenersi dall'illecito.

Secondo l'opinione prevalente specie in giurisprudenza, la posizione di garanzia del sindaco delle società commerciali, idonea a fondare la punizione del controllore dolosamente inerte per il reato commesso dal soggetto controllato, trova la sua base normativa nell'art. 2403 cod. civ.^[4], che grava i sindaci del dovere di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Questa norma, però, è oltremodo generica: mentre parla dell'oggetto del controllo in termini onnicomprensivi, infatti, non specifica i destinatari della funzione di controllo. Per questa ragione -

e come da tempo auspicato in dottrina - recente giurisprudenza ha fatto riferimento anche all'art. 2407, comma 2, cod. civ., che delimita il controllo dei sindaci esclusivamente all'attività svolta dagli amministratori nell'amministrazione in

senso stretto^[5] con esclusione, dunque, dei reati commessi da soggetti diversi, come i direttori generali nelle s.p.a.^[6]

Venendo ai poteri di intervento riconosciuti in capo ai sindaci quale fondamento della posizione di garanzia, nonostante la parziale riforma operata dal D.Lgs. n. 6/2003 cod. civ., essi tuttora non sono riferibili alla fisionomia del potere impeditivo come sopra delineato.

Si pensi per tutti al più penetrante di tali poteri, qual è quello di denuncia al tribunale previsto dall'art. 2409, ultimo comma, cod. civ.; ebbene, la funzione della denuncia è repressiva e non preventiva, quindi si rivolge a fatti già accaduti, non alla futura commissione di reati. Inoltre, quand'anche si volesse riconoscere al potere di attivazione dell'autorità giudiziaria un'efficacia impeditiva, essa comunque non sarebbe diretta bensì mediata: l'impedimento finirebbe per dipendere dal fatto del terzo e non direttamente dalla condotta dei sindaci.

Elemento soggettivo e rischio di imputazione colposa

Quand'anche si ritenesse che i sindaci, in virtù della normativa extrapenale di riferimento, siano titolari di poteri impeditivi, la loro posizione di dovere non sarebbe comunque sufficiente per fondare un giudizio di responsabilità penale. Perché si possa addossare al sindaco la responsabilità per omesso impedimento del reato compiuto dagli ammi-



(2) F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009, pag. 158 e segg.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 14 e segg.

(3) *Riconduce i poteri impeditivi allo schema della potestà*, N. Pisani, *Controlli sindacali e controllo nelle società commerciali*, Milano, 2006, pag. 69 e segg.

(4) *Cass., Sez. V pen., 28 febbraio 1991, n. 3949.*

(5) *Cass., Sez. V pen., 16 aprile 2009, n. 36595.*

(6) *Nello stesso senso, cfr. F. Stella, D. Pulitanò, op. cit., pag. 560.*

nistratori, occorre che egli abbia omesso di attivare i poteri impeditivi che la legge gli conferisce.

Diversamente ragionando, si finirebbe per incorrere in una responsabilità oggettiva in violazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. La titolarità di poteri impeditivi, infatti, può rilevare solo nella misura in cui il loro esercizio sia in grado di scongiurare l'evento, ossia l'insorgere di un decorso causale che lo determini.

Sul punto, la giurisprudenza è tuttora gravemente carente, perché, accomunando i poteri di intervento (consistenti in segnalazioni e denunce) ai poteri autenticamente impeditivi dall'altri operato, fa discendere dai primi il giudizio di responsabilità omissiva impropria.

In realtà, allo stato della normativa vigente i poteri autenticamente impeditivi del sindaco sono pochissimi. Per esemplificare si pensi, limitatamente alle società che adottano il sistema dualistico - già di per sé residuale -, al potere di revoca dei componenti del consiglio d'amministrazione. In breve: desumendo dal mero obbligo di attivarsi quello di impedimento, la giurisprudenza pone le premesse per addossare ai sindaci una responsabilità da posizione essenzialmente oggettiva, fondata su una presunzione di causalità.

Ora, la giurisprudenza recente, verosimilmente consapevole che l'impostazione dominante contrasta frontalmente con i principi costituzionali di legalità e colpevolezza, ha inteso, se non eliminare, quantomeno attenuare l'ingiustizia delle conseguenze applicative che discendono dalla summenzionata impostazione. Vengono qui in rilievo una serie di pronunce, che, restringono opportunamente l'area della responsabilità dei controllori ai sensi dell'art. 40, comma 2, cod. pen., onde evitare che assurgano a

delitti dolosi mere superficialità o negligenze, deontologicamente e professionalmente censurabili, ma intrinsecamente colpose.

Si richiede, infatti, che l'omesso controllo sia cosciente e volontario, animato dalla consapevolezza sia dell'altrui agire delittuoso *in fieri*, sia delle sue conseguenze ai danni dei creditori, e accompagnato quanto meno dall'accettazione del rischio che l'agire illecito altrui si compia e che da esso ne discendano le conseguenze pregiudizievoli tipiche della bancarotta.

Sul punto la giurisprudenza aveva avuto già modo di pronunciarsi: seppure con riferimento alla responsabilità dell'amministratore per omesso impedimento del reato commesso da altri amministratori, è stata affermata l'ovvia necessità del dolo, anche nella forma del dolo eventuale, in capo al soggetto gravato dall'obbligo di impedimento, posto che non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità"

dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione del dovere di diligenza, all'ambito della colpa⁽⁷⁾.

Pertanto, solo la consapevolezza dell'attività distrattiva in atto da parte degli amministratori fa scattare l'obbligo di agire e configura il dolo nella forma eventuale. Eventuale, infatti, è la previsione dell'evento, non la consapevolezza dell'attività illecita degli amministratori, la cui necessità discende dall'esigenza di non assimilare un coefficiente psicologico effettivo, qual è la volontà, al parametro normativo della prevedibilità. Il ricorso all'art. 40, comma 2, cod. pen. - è questo un punto fermo - non consente deroghe alla necessità dell'elemento soggettivo e della sua prova, né legittima di imputare a titolo di dolo un'eventuale colpa professionale.

**GIURISPRUDENZA**

Cass., Sez. V pen., 4 maggio 2007, n. 23838;
Cass., Sez. V pen., 24 maggio 2006, n. 36764;
Cass., Sez. V pen., 26 gennaio 2006, n. 7209.

(7) Ex plurimis, cfr. Cass., Sez. V pen., 4 maggio 2007, n. 23838; Cass., Sez. V pen., 24 maggio 2006, n. 36764; Cass., Sez. V pen., 26 gennaio 2006, n. 7209.

La percezione di segnali d'allarme e il principio dell'agire informato

Come anticipato, la giurisprudenza ha progressivamente cercato di restringere sul piano del dolo uno schema fondativo della responsabilità, che, secondo le enunciazioni di partenza, risultava eccessivamente ampio sul piano oggettivo della posizione d'obbligo.

In particolare, questa linea è stata approfondita da due importanti pronunce chiarificatrici, le quali muovono entrambe dall'impossibilità di giungere presuntivamente a un'affermazione di responsabilità senza la prova rigorosa del dolo almeno eventuale, che deve accompagnare l'omesso impedimento del controllo da parte del sindaco-garante.

Si è affermato, infatti, che il combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 43 cod. pen. non può derogare alla lettura dell'elemento psicologico del reato in quanto la rappresentazione dell'evento delittuoso, essendo sempre astrattamente ipotizzabile nella prospettazione di fatti futuri, non può costituire idoneo paradigma valutativo. Mutuando le parole della Corte, «necessita una qualche misura di probabilità dell'evenienza e che questa, sia pur modesta ma concreta prospettiva, venga rappresentata dall'autore dell'omissione»^[8].

La prima di dette pronunce chiarisce in particolare l'importanza probatoria dei c.d. «segnali di allarme», che assumono rilevanza in quanto siano percepiti dal garante rimasto colpevolmente inerte di fronte all'obbligo giuridico che gli gravava quale preposto alla vigilanza.

La Corte li individua, per esempio, nella violazione sistematica delle norme cogenti per l'organo di vigilanza (tra cui il divieto di delega nella redazione del bilancio, l'omessa verifica di cassa, la palese falsità dei verbali del collegio sindacale, nella formale irregolarità della contabilità, *ictu oculi* percepibile) da asso-

ciare allo specifico *devoir d'alerte* (che include in sé anche l'obbligo di una più pregnante sensibilità percettiva, oltre che il dovere di ostacolare l'accadimento dannoso)^[9].

La seconda e più recente sentenza^[10] che si è già avuto modo di segnalare, nel confermare l'impostazione della precedente giurisprudenza, affina ulteriormente il punto centrale della questione elaborando il c.d. principio dell'agire informato.

In questa pronuncia la Corte, aggiornando e adattando la posizione di garanzia dei sindaci alla luce delle innovazioni intervenute con la riforma societaria introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003, afferma che la posizione d'obbligo dei sindaci (come degli amministratori rispetto all'operato degli altri amministratori) non sia più modellata in termini di generale e incondizionata vigilanza, ma sia subordinata, appunto, al principio dell'agire informato, in base al quale l'obbligo impeditivo del controllore presuppone, se non addirittura l'informazione dell'agire illecito del soggetto controllato, quantomeno la chiara percezione di ciò^[11].

In altre parole, specificando che il controllo non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali^[12], la Suprema Corte afferma che, specie alla luce della riforma introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003, non grava in capo ai sindaci un generale obbligo di vigilanza sull'attività di gestione del consiglio d'amministrazione: in quanto l'obbligo di intervento scatta solo qualora i sindaci vengano debitamente informati delle scelte gestorie che stanno per essere compiute. Il sistema, infatti, è imperniato oggi sull'obbligo del ragguaglio informativo in capo al presidente del consiglio d'amministrazione e all'amministratore delegato (art. 2381, comma 5, cod. civ.).

In breve: l'intervento dei soggetti controllori diventa doveroso quando essi percepiscono segnali di pericolo o sintomi di patologia nelle operazioni da compiere. Si tratta di «indici rivelatori, di segnali perspicui e peculiari del fatto illecito posto in essere, o che sta per essere

(8) Cass., Sez. V pen., 3 ottobre 2007, n. 43101.

(9) Cass. pen. n. 43101/2007, cit.

(10) Cass. pen. n. 36595/2009, cit.

(11) Cass. pen. n. 36595/2009, cit.

(12) Così già Cass. pen. n. 3949/1991, cit.

posto in essere, dagli amministratori operativi che determinino la necessità per l'amministratore non operativo e/o per il sindaco di effettuare quei controlli e quelle verifiche sull'operato degli amministratori operativi e di porre in essere quelle condotte che possano consentire il verificarsi dell'evento di danno»⁽¹³⁾.

La giurisprudenza, inoltre, specifica che le comunicazioni del presidente del consiglio d'amministrazione e dell'amministratore delegato costituiscono soltanto una delle possibili modalità di conoscenza di situazioni di difficoltà che richiedono adeguato intervento, sussistendo in capo ai sindaci l'obbligo di impedire l'evento anche qualora la conoscenza del problema avvenga attraverso altri sistemi informativi. In questo senso, ovviamente, fonderanno il presupposto dell'agire informato anche le informazioni acquisite dai sindaci tramite l'esercizio loro potere informativo per attingere notizie utili all'esercizio del loro mandato.

Come si vede, la giurisprudenza, pur senza giungere a negare che la responsabilità dei sindaci possa dipendere dal mancato esercizio dei poteri di attivazione volti all'approfondimento di situazioni di irregolarità dell'amministrazione, delimita grandemente la posizione d'obbligo. Tali pronunce, infatti, chiariscono i requisiti og-

gettivi dell'obbligo di agire, che, lungi dal legittimare una mera responsabilità da posizione, scatta solo in presenza di un presupposto conoscitivo effettivo, rappresentato dalle comunicazioni del presidente del consiglio d'amministrazione, *ex art. 2381, comma 5, cod. civ.*, o da inequivocabili e perspicui segnali di allarme, meritevoli di approfondimento.

In entrambi i casi si tratta di presupposti oggettivi che devono essere effettivamente conosciuti dall'omittente, non rilevando in alcun modo una prognosi di conoscibilità.

Ma la presenza degli anzidetti segnali di allarme non è ancora tutto: mutuando nuovamente le parole della Suprema Corte, infatti, non è sufficiente «la dimostrazione della consapevole condotta di omissione per dedurre, per ciò solo, la necessaria rappresentazione degli eventi pregiudizievoli. Tanto, invero, non attesta ancora la rappresentazione dell'accadimento che si deve impedire»⁽¹⁴⁾.

Si tratta di una precisazione importante attraverso la quale la recente giurisprudenza, nell'acquisita consapevolezza del rischio di violazione del principio di colpevolezza, fonda le basi per un'ampia delimitazione della posizione di garanzia dei sindaci già sul piano della tipicità.

**GIURISPRUDENZA**

Cass., Sez. V pen., 16 aprile 2009, n. 36595;

Cass., Sez. V pen., 3 ottobre 2007, n. 43101.

(13) Cass. pen. n. 36595/2009, cit.

(14) Cass. pen. n. 43101/2007, cit.