

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“corso Guido Galli: il punto sui reati fallimentari e societari”

Roma, 4 - 6 aprile 2011
Ergife Palace Hotel

Il punto sui reati fallimentari e societari

Le tecniche d'indagine, la formazione della prova ed i criteri di giudizio nei processi per bancarotta e per altri reati fallimentari

Gruppo di lavoro 1

Coordinatore
Dott. Corrado CAPPIELLO
Giudice del Tribunale di Roma

Il punto sui reati fallimentari e societari

Le tecniche d'indagine, la formazione della prova ed i criteri di giudizio nei processi per bancarotta e per altri reati fallimentari

Gruppo di lavoro 1

Roma, 5 aprile 2011

1. **Assunzioni di informazioni dal fallito da parte del curatore**: acquisizione della relazione redatta ai sensi dell'art.33 l.f. e limiti della deposizione testimoniale del curatore.

Caso pratico: Il legale rappresentante della fallita, convocato dal curatore per riferire le circostanze più rilevanti in ordine alla gestione della società, poi trasfusi nel capo d'imputazione, non ha saputo fornire alcuna valida giustificazione, affermando di non essersi mai realmente occupato dell'amministrazione della società, di fatto affidata a terza persona da lui indicata quale reale dominus della società (cfr. trascrizione deposizione curatore, nonché verbale di informazioni assunte presso lo studio del curatore).

Sez. 5, Sentenza n. 39001 del 09/06/2004 Ud. (dep. 05/10/2004) Rv. 229330

Presidente: Foscarini B. Estensore: Providenti F. Imputato: Canavini. P.M. D'Angelo G. (Conf.)
(Rigetta, App. Roma, 15 febbraio 2002).

673 PROVE - 026 prova documentale

PROVE (COD. PROC. PEN. 1988) - MEZZI DI PROVA - DOCUMENTI - PROVA DOCUMENTALE -
Relazione del curatore fallimentare - Natura di documento ex art. 234 cod. proc. pen. -
Acquisizione ed utilizzazione come prova - Legittimità.

In tema di prova documentale (art. 234 cod. proc. pen.), le relazioni e gli inventari redatti dal curatore fallimentare sono ammissibili come prove documentali in ogni caso e non solo quando siano ricognitivi di una organizzazione aziendale e di una realtà contabile, atteso che gli accertamenti documentali e le dichiarazioni ricevute dal curatore costituiscono prove rilevanti nel processo penale, al fine di ricostruire le vicende amministrative della società. Ne consegue che è corretto l'inserimento della relazione diretta al giudice delegato nel fascicolo processuale, in quanto il principio di separazione delle fasi non si applica agli accertamenti aventi funzione probatoria, preesistenti rispetto all'inizio del procedimento o che appartengano comunque al contesto del fatto da accertare.

Nella pratica continua ad essere proposta dai difensori l'eccezione di inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dall'imputato al curatore ed inserite nella sua relazione in violazione degli articoli 220, 234 c.p.p., nonché la violazione dell'articolo 195 c.p.p. per mancato esperimento della procedura di controllo delle dichiarazioni de relato.

Secondo la costante interpretazione in sede di legittimità (v. Cass. Sez. 5[^], 1-6-1999 n. 6887), in linea con i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.69 del 1984 con riferimento alle disposizioni del codice di rito del 1930, la relazione del curatore fallimentare costituisce nel suo insieme, elemento di prova valutabile in sede penale, e le dichiarazioni rese dal fallito, in quanto parte integrante della relazione, non sono assoggettabili alla procedura prevista per le comunicazioni de relato. Esse costituiscono un dato di fatto riferito dal curatore e dallo stesso accertato che assume oggettiva rilevanza per la effettiva conoscenza del fatto reato.

Infatti, scopo della relazione ex art.33 l.f. è quello di individuare ed esporre le cause e le circostanze del dissesto ed i comportamenti dell'imprenditore nella amministrazione dell'impresa: il curatore è tenuto a sentire il fallito o il soggetto fornito di potere

gestorio della società fallita al fine di acquisire le notizie utili per l'amministrazione dell'impresa fallita e per relazionare al giudice delegato.

Nell'ambito dei maggiori poteri loro conferiti dalla recente novella, inoltre, anche il comitato dei creditori e i creditori hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore ed al fallito (art.41 l.f.).

Poi, secondo la nuova formulazione della norma "il giudice delegato ordina il deposito della relazione in cancelleria, disponendo la segretezza delle parti relative alla responsabilità penale del fallito e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre, qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari".

Se la relazione è documento, essa documenta anche le dichiarazioni ricevute; le dichiarazioni rese al curatore non sono rese nel corso di un procedimento penale ed il curatore non assume la veste né di autorità giudiziaria né di polizia giudiziaria. Analoghe valutazioni debbono essere effettuate - modificata la normativa fallimentare ed istituito il comitato dei creditori - anche per le dichiarazioni rese a tale organo del fallimento.

Peraltro, laddove si consideri l'interesse del legale rappresentante che si dichiari mero prestanome a sminuire le responsabilità derivanti dall'assunzione formale della carica rispetto a quelle di un soggetto apparentemente estraneo, appare opportuna l'acquisizione degli atti contenuti nel fascicolo fallimentare utili per l'individuazione dei soggetti responsabili dell'amministrazione dell'impresa.

Ci si riferisce, in primo luogo, ai fatti ed alle circostanze apprese dal curatore fallimentare nell'esercizio dei suoi poteri di accertamento della situazione della impresa fallita, da terze persone come i dipendenti, i fornitori, i soci di minoranza (anche in tali casi, si ritiene percorribile l'impostazione della Corte di Cassazione nella sentenza 39001 del 2004).

In secondo luogo, più utile dell'estratto della sentenza dichiarativa di fallimento solitamente inserito nel fascicolo del dibattimento, appare la sentenza integrale, emessa sulla base di accertamenti in ordine all'ammontare ed alle caratteristiche del passivo e dell'attivo, alle ragioni che hanno indotto i creditori a presentare istanza di fallimento, all'accertamento dei ruoli di amministratore nello svolgimento dell'impresa. Ancora, possono essere acquisiti come documenti ex art. 234 c.p.p. il ricorso per la dichiarazione di fallimento (contenente elementi per delineare lo stato di insolvenza in relazione a determinati comportamenti dell'imprenditore), i verbali di pignoramento, utili per attestare - soprattutto in caso di pignoramento negativo - che nella data di accesso dell'ufficiale giudiziario nei locali non erano presenti arredi o merci o che erano presenti soggetti diversi dall'imprenditore.

Ovviamente, nel diverso caso in cui la relazione contenga valutazioni del curatore, la stessa non può essere utilizzata per la decisione in tale parte.

Come si cercherà di evidenziare, sostanzialmente, nel caso di amministratore di fatto, l'amministratore di diritto può andare esente da responsabilità qualora sia soggetto assolutamente non competente, come un dipendente della società mero firmatario passivo di atti formale come il bilancio: l'onere di allegazione della concreta inconsapevolezza è a carico dell'amministratore di diritto.

2. **L'amministratore di diritto**: mero prestanome e limiti della responsabilità per fatti di bancarotta documentale e patrimoniale.

Caso pratico 1: padre e figlio sono chiamati a rispondere in concorso tra loro di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, rispettivamente quale amministratore di fatto e amministratore di diritto. A fronte delle dichiarazioni del primo tese a dipingere il proprio figlio come semplice prestanome privo di concreto potere decisionale, occorre accertare se questi sia rimasto del tutto estraneo alla gestione societaria e, quindi, inconsapevole strumento per la realizzazione di comportamenti posti in essere dall'amministratore di fatto: elementi sintomatici in senso contrario possono trarsi da eventuali dichiarazioni dello stesso al curatore circa il reale dominus della società, dalla composizione della compagine societaria sin dalla costituzione dai componenti della famiglia con assunzione della carica formale di amministratore, dalla partecipazione a verbali assembleari di approvazione del bilancio dallo stesso sottoscritto unitamente alla nota integrativa, nonché dal compimento di importanti atti gestori quali il contratto di locazione dell'ufficio ed il conseguente contratto di sub-locazione con altra società.

Caso pratico 2 nel periodo in cui risultano posti in essere gli atti gestori di natura distrattiva, il legale rappresentante della società fallita era affetto da una grave forma depressiva, tanto da essere ricoverato in una struttura sanitaria. Può dubitarsi, quindi, che il formale amministratore, rimasto estraneo alla gestione della società per motivi di salute, fosse a conoscenza della illiceità dei comportamenti posti in essere dal dominus della società.

Sez. 5, Sentenza n. 11938 del 09/02/2010 Ud. (dep. 26/03/2010) Rv. 246897

Presidente: Ferrua G. Estensore: Nappi A. Relatore: Nappi A. Imputato: Mortillaro e altri. P.M. Stabile C. (Conf.)

(Rigetta, App. Bari, 17 giugno 2008)

607 REATI FALLIMENTARI - 004 BANCAROTTA FRAUDOLENTA - IN GENERE

REATI FALLIMENTARI - BANCAROTTA FRAUDOLENTA - IN GENERE - Amministratore di diritto - Responsabilità per l'operato dell'amministratore di fatto - Sussistenza - Condizioni.

In tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore in carica risponde penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, dal punto di vista oggettivo ai sensi dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico (art. 2392 cod. civ.) di impedire, e, dal punto di vista soggettivo, se sia raggiunta la prova che egli aveva la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava i beni sociali, esponeva o riconosceva passività inesistenti. (Nella specie la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha ampiamente argomentato in ordine all'effettiva consapevolezza da parte degli amministratori di diritto delle condotte dell'imputato, desumendone la prova dagli stessi verbali del consiglio di amministrazione).

Sez. 5, Sentenza n. 19049 del 19/02/2010 Ud. (dep. 19/05/2010) Rv. 247251

Presidente: Colonnese A. Estensore: Vessichelli M. Relatore: Vessichelli M. Imputato: Succi e altri. P.M. Fraticelli M. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Ancona, 21/10/2008)

607 REATI FALLIMENTARI - 031 FATTI DI BANCAROTTA

REATI FALLIMENTARI - REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - FATTI DI BANCAROTTA - Bancarotta per distrazione patrimoniale - Responsabilità dell'amministratore di diritto investito solo formalmente (cosiddetto testa di legno) - Condizioni.

In tema di bancarotta fraudolenta, mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto 'testa di legno'), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della distrazione,

relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha, tra l'altro, confermato la responsabilità a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei confronti di un amministratore legale della società, pur non essendogli riconosciuto il ruolo di consapevole ed attivo amministratore di diritto, essendo anzi egli accreditato come 'testa di legno').

È noto che, in tema di bancarotta semplice, risponde del reato previsto dall'art. 217 L. fall.) l'amministratore che, ancorché estraneo alla gestione dell'azienda -esclusivamente riconducibile all'amministratore di fatto- abbia ommesso, anche per colpa, di esercitare il controllo sulla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili, poiché l'accettazione della carica di amministratore, anche quando si tratti di mero prestanome, comporta l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo di cui all'art. 2932 cc. (Sez. quinta, sent. n. 31885, 23.6.2009- 4.8.2009, Rv. 244497).

Tale principio è stato affermato anche in tema di bancarotta fraudolenta documentale: la responsabilità dell'amministratore, che risulti essere stato soltanto un prestanome, nasce egualmente dalla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dalla accettazione della carica.

Secondo un orientamento occorre la dimostrazione, non solo astratta e presunta ma effettiva e concreta, della consapevolezza dello stato delle scritture, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno (cfr Sez. quinta, sent. n. 44293, 17.11.2005- 5.12.2005, Rv. 232816).

Secondo altro orientamento più rigoroso, ad integrare il dolo dell'amministratore di diritto nel reato commesso dall'amministratore di fatto deve ritenersi sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale (sez. quinta sent. 38712, 19.6.2008-14.10.2008, ric. Prandelli e altro Rv 2412022).

Sostanzialmente analoghe le affermazioni in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

L'amministratore di diritto in tale ipotesi, è ritenuto responsabile, unitamente all'amministratore di fatto, per non avere impedito l'evento, giudicando sufficiente la generica consapevolezza, da parte del primo, che l'amministratore effettivo distrae, occulta, dissimula, distrugge o dissipa i beni sociali (sez. quinta sent. 7208, 26.1.2006- 27.2.2006, ric. Filippi e altro, Rv 233637).

Tuttavia, tale consapevolezza non deve investire i singoli episodi nei quali l'azione dell'amministratore di fatto si è, di volta in volta, estrinsecata, ma neanche può esser desunta dal semplice fatto che il soggetto abbia acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore.

Peraltro, nel caso non infrequente nella prassi di soggetto che abbia accettato il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato o addirittura l'accettazione del rischio che questi si verificino (sub specie evidentemente di dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale.

In tal caso, appare ragionevole ritenere che il soggetto che accetti di fungere da prestanome si prospetti l'ipotesi che il suo contributo sia richiesto per "coprire" l'operato altrui e, se si adatta a una condotta del tutto omissiva, non può non rappresentarsi, in presenza di determinate condizioni oggettive e/o soggettive, l'ipotesi che altri mettano in atto condotte di bancarotta, quando, addirittura, non ipotizzi come probabili tali condotte e decida di correre il relativo rischio.

3. L'amministratore di fatto.

Caso pratico: Tizio, indicato dal legale rappresentante della fallita quale effettivo amministratore, asserisce di avere collaborato solo per alcuni mesi occupandosi dei rapporti con i clienti, ma non anche con i fornitori, curando in virtù di delega formale le operazioni di cassa e di pagamento con assegni.

In senso contrario, risulta che è stato fino alla dichiarazione di fallimento il socio di maggioranza (80%), ha emesso e girato assegni per centinaia di milioni nella qualità di procuratore della società, ha sottoscritto cambiali per conto della società ed ha stipulato contratti di finanziamento con istituti di credito e con fornitori della società, è risultato titolare di delega commerciale presso l'istituto bancario per eseguire operazioni di versamento a credito e di prelievo sul conto corrente intestato alla società, ha curato la scelta del professionista esterno al quale affidare la tenuta della contabilità.

Perché si determini la posizione di amministratore di fatto, destinatario delle norme incriminatrici della bancarotta fraudolenta, occorre fare riferimento alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale: è necessario, quindi, l'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto in qualsiasi momento del processo di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi, come nei rapporti di lavoro con i dipendenti, nei rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti.

Tale nozione giurisprudenziale di amministratore di fatto è stata sostanzialmente ripresa dal legislatore laddove equipara all'amministratore di diritto colui che esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione (art.2639 c.c., così come modificato dall'art.1 d.lgs.61/02): come chiarito dalla Suprema Corte, infatti, "significatività" e "continuità" non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di diritto (alcuni dei quali, peraltro, come la convocazione dell'assemblea e l'approvazione del progetto di bilancio da sottoporre alla stessa, non potrebbero essere certamente svolti dall'amministratore di fatto in virtù della mancata investitura formale della carica), ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale, essendo penalmente irrilevante solo il compimento isolato di qualche atto di gestione (cfr. Cass.14.04.2003 n.22413; Cass.17.10.2005 n.43388).

Sez. 5, Sentenza n. 19145 del 13/04/2006 Ud. (dep. 31/05/2006) Rv. 234428

Presidente: Lattanzi G. Estensore: Sandrelli GG. Relatore: Sandrelli GG. Imputato: Binda ed altro. P.M. Delehay E. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Trieste, 17 Gennaio 2005)

607 REATI FALLIMENTARI - 025 REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - IN GENERE

REATI FALLIMENTARI - REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - IN GENERE - Amministratore di fatto - Nozione - Fattispecie in tema di preposto al settore commerciale di un piccolo organismo operante nel mercato del commercio.

In tema di bancarotta fraudolenta, i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 l. fall. vanno individuati sulla base delle concrete funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto corretta la attribuzione effettuata dai giudici di merito della qualifica di amministratore di fatto al preposto al settore

commerciale di un piccolo organismo operante nel mercato del commercio, in considerazione del peso decisivo rivestito da costui nella conduzione della società).

Sez. 5, Sentenza n. 7203 del 11/01/2008 Ud. (dep. 14/02/2008) Rv. 239040

Presidente: Colonnese A. Estensore: Sandrelli GG. Relatore: Sandrelli GG. Imputato: Salamida. P.M. Consolo S. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Lecce s.d. Taranto, 12 Marzo 2007)

607 REATI FALLIMENTARI - 025 REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - IN GENERE

REATI FALLIMENTARI - REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - IN GENERE - Amministratore di fatto - Equiparazione, ai fini penali, all'amministratore di diritto - Implicazioni in tema di reati fallimentari.

L'amministratore "di fatto", in base alla disciplina dettata dal novellato art. 2639 cod.civ., è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo, cod. pen. (principio affermato, nella specie, con riguardo ad ipotesi di bancarotta per distrazione).

Sez. 5, Sentenza n. 36630 del 05/06/2003 Ud. (dep. 24/09/2003) Rv. 228308

Presidente: Marrone F. Estensore: Marasca G. Imputato: Gori. P.M. Hinna Danesi F. (Conf.)

(Rigetta, App. Bologna, 5 luglio 2002).

607 REATI FALLIMENTARI - 002 BANCAROTTA IN GENERE

REATI FALLIMENTARI - BANCAROTTA IN GENERE - Amministratore di fatto - Possibilità di assumere la veste di soggetto attivo del reato - Sussistenza.

Nei reati di bancarotta in ambito societario, soggetto attivo può essere anche colui che svolga in via di mero fatto le funzioni di amministratore, poiché le fattispecie legali non introducono alcuna distinzione tra ruolo corrispondente ad una carica formale ed analoga funzione esercitata in via di fatto. (In motivazione la Corte ha negato che una tale distinzione sia stata introdotta dal testo riformato dell'art. 2639 cod.civ. - modificato dall'art. 1 del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 - ove la responsabilità di colui che svolga in via di mero fatto le funzioni tipiche del diritto societario è stata espressamente prevista quanto alle relative fattispecie criminose, giacché il legislatore ha semplicemente inteso fornire un riscontro letterale ad una soluzione già consolidata in via interpretativa, e d'altra parte la materia fallimentare è disciplinata in via autonoma, così restando suscettibile di autonoma ricostruzione).

In sostanza i requisiti per ritenere configurabile il ruolo di amministratore di fatto (per lo più occulto) sono: l'esercizio di poteri di fatto che abbiano conferito un contributo causale al fatto; la consapevolezza del ruolo; l'individuazione di un interesse proprio (viceversa presunto nella figura dell'amministratore di diritto)

4. Concorso dell'extraneus; il professionista.

Caso pratico: cessione del ramo di azienda costituito da un supermercato gestito dalla società fallita in favore di altra società ad un prezzo (€ 50.000 a fronte di volume di affari annuo pari a 2 milioni di euro ed al precedente contratto di affitto al canone di euro 30.000 con attrezzature stimate in euro 250.000), ritenuto del tutto inadeguato rispetto al valore effettivo: in ordine a tale fatto di bancarotta, in concorso al legale rappresentante pro tempore della società dichiarata fallita, è stato chiamato a rispondere anche il terzo soggetto non qualificato legale rappresentante della società acquirente, il quale nei mesi precedenti aveva partecipato alla compagine societaria fino alla data di sottoscrizione dell'atto di acquisto del ramo d'azienda dalla fallita.

Premesso che non integra la violazione del principio di correlazione tra reato contestato e reato ritenuto in sentenza (art. 521 cod. proc. pen.), la decisione con la quale sia condannato un soggetto quale concorrente esterno in un reato di bancarotta fraudolenta, anziché quale amministratore di fatto, qualora rimanga immutata l'azione distrattiva (Sez. 5, Sentenza n. 4117 del 09/12/2009 Rv. 246100), per extraneus s'intende il

sogetto che, privo di carica formale e nei cui confronti non è ipotizzabile un esercizio in via di fatto dei poteri dell'amministratore, venga chiamato a rispondere in concorso del reato di bancarotta.

La questione principale riguarda, evidentemente, l'accertamento dell'elemento psicologico del reato: premesso che non è necessario il previo concerto, si esclude che occorra la conoscenza del dissesto della società.

Sez. 5, Sentenza n. 34584 del 6.5.2008 -3.9.2008, ric. Casillo, Rv 241350,

Ai fini del concorso nella bancarotta fraudolenta per distrazione, non è necessario il previo concerto dell'"extraneus" con l'amministratore della società fallita, essendo sufficiente il dolo generico. (Fattispecie in tema di concorso nel reato dell'amministratore di società che aveva acquistato beni della società fallita, non corrispondendo il relativo prezzo).

Sez. 5, Sentenza n. 16579 del 24/03/2010 Ud. (dep. 29/04/2010) Rv. 246879

Presidente: Calabrese RL. Estensore: Ferrua G. Relatore: Ferrua G. Imputato: Fiume e altro. P.M. Delehaye E. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte senza rinvio, App. Genova, 19 giugno 2008)

607 REATI FALLIMENTARI - 004 BANCAROTTA FRAUDOLENTA - IN GENERE

REATI FALLIMENTARI - BANCAROTTA FRAUDOLENTA - IN GENERE - Bancarotta per distrazione - Concorso dell'"extraneus" - Elemento soggettivo - Conoscenza del dissesto della società - Necessità - Esclusione.

In tema di concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo dell'extraneus nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'intraneus, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni del creditore, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società. Ne consegue che ogni atto distrattivo assume rilievo ai sensi dell'art. 216 l.fall. in caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo, il quale non costituisce l'evento del reato che, invece, coincide con la lesione dell'interesse patrimoniale della massa, posto che se la conoscenza dello stato di decozione costituisce dato significativo della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori ciò non significa che essa non possa ricavarsi da diversi fattori, quali la natura fittizia o l'entità dell'operazione che incide negativamente sul patrimonio della società.

Nella pratica, poi, può raffigurarsi l'ipotesi dell'extraneus particolarmente qualificato, come il professionista consulente della società investito anche di ampio mandato per evitare il fallimento.

Richiamati i principi sopra esposti con riferimento alla partecipazione dell'extraneus in reato proprio dell'amministratore di società, la veste professionale del primo non può tenerlo indenne da tal tipo di responsabilità posto che i consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, consapevoli dei propositi distrattivi dell'imprenditore o degli amministratori della società, forniscano consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi, ovvero ancora svolgano attività dirette a garantire l'impunità o a favorire o rafforzare, con il proprio ausilio o con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui proposito criminoso.

nel caso deciso da Cass. sez. quinta sent. n. 10742, 15.2.2008-10.3.2008, ric. Cattoli, Rv 239480, si è ritenuto il pieno concorso del consulente della società che in tale attività abbia fornito il proprio apporto tecnico nella consapevolezza dei propositi illeciti dell'imprenditore e/o degli amministratori della società con riferimento alla progettazione ed esecuzione di contratti con funzione distrattiva: nella specie si trattava della progettazione ed esecuzione di un contratto di affitto di azienda privo di effettiva contropartita e preordinato ad avvantaggiare i soci a scapito dei creditori, in quanto tale non qualificabile come tentativo di salvare l'azienda in difficoltà.

5. Responsabilità dei sindaci.

La funzione propria del collegio sindacale è quella di controllo interno sul funzionamento delle società di capitali nell'interesse dei contraenti meno protetti del contratto di società, nonché nell'interesse dei terzi (creditori, obbligazionisti, fornitori, eventuali futuri soci).

Esula dalla presente trattazione la separazione tra controllo di gestione e controllo contabile prevista dalla riforma del diritto societario per alcune società.

Quello che preme rilevare in questa sede è che il coinvolgimento dei sindaci nei fatti di bancarotta fraudolenta imputati agli amministratori è normalmente ravvisabile a titolo di concorso omissivo, sotto il profilo della violazione del dovere giuridico di controllo.

I componenti del collegio sindacale hanno infatti poteri di vigilanza e di controllo sulla gestione, con il compito di garantire l'osservanza della legge e il rispetto dell'atto costitutivo, nonché di accertare che la contabilità sia tenuta in modo regolare.

Così, premesso che il controllo sindacale non si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione, può ipotizzarsi il concorso di un componente del collegio sindacale nel reato di bancarotta da parte dell'amministratore di una società anche attraverso un comportamento omissivo del controllo sindacale (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 10186 del 04/11/2009 Rv. 246911).

Ovviamente, il controllo di gestione non può riguardare il merito delle scelte degli amministratori.

Inoltre, la responsabilità dei sindaci ricorre solo ove vi sia nesso di causalità tra il fatto omissivo ed il danno subito dalla società e dal terzo.

Sez. 5, Sentenza n. 17393 del 13/12/2006 Ud. (dep. 08/05/2007) Rv. 236630

Presidente: Foscarini B. Estensore: Marasca G. Relatore: Marasca G. Imputato: Martone. P.M. Iacoviello FM. (Conf.)

(Rigetta, App. Roma, 14 Marzo 2005)

607 REATI FALLIMENTARI - 031 FATTI DI BANCAROTTA

REATI FALLIMENTARI - REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - FATTI DI BANCAROTTA - Bancarotta documentale - Obbligo di vigilanza dei sindaci - Contenuto.

In tema di responsabilità per bancarotta documentale, l'obbligo di vigilanza dei sindaci e del collegio sindacale non è limitato al mero controllo contabile, ma deve anche estendersi al contenuto della gestione, considerato che la previsione di cui all'art. 2403, comma primo, prima parte, cod. civ. deve essere correlata con i commi terzo e quarto della stessa norma, che conferiscono ai sindaci il potere-dovere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni

Sez. 5, Sentenza n. 15360 del 05/02/2010 Cc. (dep. 21/04/2010) Rv. 246956

Presidente: Colonnese A. Estensore: Bruno PA. Relatore: Bruno PA. Imputato: Tacconi e altri. P.M. Di Popolo A. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Firenze, 20 aprile 2009)

607 REATI FALLIMENTARI - 031 FATTI DI BANCAROTTA

REATI FALLIMENTARI - REATI DI PERSONE DIVERSE DAL FALLITO - FATTI DI BANCAROTTA - Bancarotta fraudolenta - Gravi indizi di colpevolezza nei confronti del sindaco - Accertamento - Requisiti.

Ai fini dell'adozione di una misura cautelare personale nei confronti del sindaco di una società per il reato di bancarotta fraudolenta, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza non può essere desunta solo dalla sua posizione di garanzia e dal mancato esercizio dei relativi doveri di controllo, ma postula l'esistenza di elementi, dotati del necessario spessore indiziario, sintomatici della partecipazione, in qualsiasi modo, del sindaco stesso all'attività dell'amministratore ovvero dell'effettiva incidenza causale dell'omesso esercizio dei doveri di controllo rispetto alla commissione del reato da parte dell'amministratore.

In conclusione, a fronte di un obbligo di controllo in capo ai sindaci, sussiste un onere di intervento per evitare la commissione di reati: potenzialmente indizianti possono

ritenersi manifestazioni di eccessiva adesione all'operato degli amministratori nel contesto della relazione del collegio sindacale.

Corrado Cappiello
Giudice del Tribunale di Roma