

## La responsabilità penale degli organi di controllo

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista, revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario e direttore scientifico della rivista Accertamento e Contenzioso

*La crescente complessità delle governance aziendali fa sorgere la necessità di incrementare i poteri e gli obblighi dei componenti degli organi di controllo e in particolare del collegio sindacale, allo scopo di consentire, nel concreto, l'esercizio della funzione di vigilanza attribuita dalla legge. Alla proliferazione dei doveri attribuiti ai sindaci corrisponde un aumento delle possibilità di rispondere penalmente, anche a titolo di concorso omissivo ex articolo 40, comma 2, c.p., per i reati commessi dagli amministratori. Sul tema, si apre inoltre un nuovo interrogativo che investe la possibilità di ravvisare la responsabilità penale per i reati commessi dall'ente ex D.Lgs. 231/2001 anche in capo all'OdV, a cui spetta ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto il compito di "vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi adottati".*

### La responsabilità penale del collegio sindacale

Il collegio sindacale è l'organo societario per eccellenza tenuto a vigilare, secondo quanto disposto dall'articolo 2403, cod.civ.:

*"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".*

La rilevanza della funzione di controllo attribuita dalla legge ai sindaci fa scaturire in capo agli stessi l'obbligo di rispondere dell'attività esercitata sia dal punto di vista civilistico sia penalistico.

Sotto il profilo penale è bene, innanzitutto, evidenziare che i membri del collegio sindacale possono essere ritenuti responsabili per le fattispecie criminose a essi direttamente ascrivibili quali, a titolo esemplificativo, il reato di false comunicazioni sociali per le società quotate e non (articoli 2621 e 2622, cod. civ.), la corruzione tra privati (articolo 2635, cod.civ.) e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (articolo 2638, cod.civ.).

Tuttavia, ci si è chiesti se i sindaci possano rispondere penalmente a titolo di concorso anche per i reati commessi dagli amministratori per non aver esercitato la propria funzione di controllo e per non essersi prontamente attivati al fine di impedire il perfezionarsi dell'illecito penale. In tema di reati fallimentari, la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi positivamente affermando che è ravvisabile una responsabilità penale dei sindaci per i reati compiuti dagli amministratori, a titolo di concorso omissivo

improprio ai sensi dell'articolo 40, comma 2, c.p. secondo cui "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo" e ciò qualora abbiano ommesso di svolgere la propria attività di controllo e non siano intervenuti tempestivamente per eliminare le anomalie riscontrate.

Si ritiene, infatti, che in capo al sindaco sussista una vera e propria posizione di garanzia derivante dall'obbligo previsto dalla legge di vigilare sull'operato degli amministratori e dal riconoscimento di una serie di poteri-doveri che il medesimo è tenuto a esercitare allo scopo di ripristinare la legalità nella gestione dell'impresa e per garantirne il corretto andamento. Per comprendere la portata dell'articolo 40, comma 2, c.p. sarà utile analizzare la normativa civilistica che interviene a precisare quali siano nel concreto gli obblighi e la facoltà riconosciuti a ciascun componente del collegio. Sul tema, è bene innanzitutto ricordare che, dopo le modifiche apportate dalla riforma del 2003, il collegio sindacale è a oggi tenuto a svolgere un controllo non più solo meramente contabile ma di legalità e a carattere generale sulla gestione complessiva dell'ente, esteso all'osservanza della legge e dello statuto, nonché al rispetto dei principi di corretta amministrazione.

Quanto detto non comporta, tuttavia, che i sindaci possano effettuare giudizi di merito in termini di opportunità e di convenienza sulle scelte gestionali da compiere, rimanendo le stesse di competenza dell'organo amministrativo, ma sono certamente tenuti a valutare la loro legittimità.

Dalla lettura dell'articolo 40, comma 2, c.p. in combinato disposto con gli articoli 2403 e 2403-bis, cod.civ.

# VIGILANZA E REVISIONE

si può dedurre che essi hanno il dovere di intervenire tutte le volte in cui gli amministratori violino la legge. Già in passato la giurisprudenza<sup>1</sup> ha sottolineato come i sindaci debbano assumere ogni iniziativa che, se pur non corrispondente a un predeterminato obbligo di legge, appaia di volta in volta necessaria per l'assolvimento dei compiti istituzionali di controllo, e ciò ogni qualvolta vi sia la chiara percezione o conoscenza di "gravi ed evidenti segnali di sospetto" riguardo eventuali disfunzioni presenti nell'attività gestoria tali da giustificare il tempestivo intervento dell'organo di controllo<sup>2</sup>.

Per consentire agli stessi di acquisire un'adeguata conoscenza delle scelte effettuate e delle attività svolte dall'amministrazione, il Legislatore ha espressamente previsto il potere di chiedere, in ogni momento, agli amministratori informazioni in merito alla gestione della società sia sul generale andamento delle operazioni sociali sia in riferimento a specifici affari (articolo 2403-bis, comma 2, cod. civ.), oltre che di scambiarsi informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale. In aggiunta, è stato stabilito che possano partecipare direttamente alle adunanze del CdA, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo (articolo 2405, cod.civ.).

Sempre per garantire il corretto espletamento delle funzioni di vigilanza è altresì consentito ai sindaci procedere, in qualsiasi momento, ad atti d'ispezione e di controllo (articolo 2403-bis, comma 1, cod. civ.), anche in via del tutto autonoma rispetto all'organo amministrativo, senza dover adempiere nei confronti del medesimo ad alcun obbligo di informativa preventiva o successiva.

La posizione di garanzia attribuita ai membri del collegio implica la possibilità per i medesimi di impedire concretamente eventuali anomalie che si possono verificare nella gestione della società. Si allude, ad esempio, al potere-dovere di convocare l'assemblea

dei soci qualora, pur ricorrendone un'ipotesi obbligatoria, gli amministratori non vi provvedano (articolo 2406, comma 1, cod. civ.) oppure al potere di convocare l'assemblea in presenza di fatti censurabili di rilevante gravità (articolo 2406, comma 2, cod. civ.) e, infine, alla facoltà di poter denunciare al Tribunale:

*"se vi è fondato sospetto che gli amministratori in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate"* (articolo 2409 cod.civ.).

Sulla base di tali premesse, si riesce meglio a comprendere come il sindaco possa concorrere nei reati commessi dagli amministratori nelle ipotesi in cui, ravvisate eventuali violazioni di legge e avendo l'obbligo giuridico di impedirle, non sia intervenuto per ripristinare il corretto andamento dell'amministrazione nel rispetto dei dettati normativi.

Ai sindaci che, secondo la vecchia formulazione dell'articolo 2407, cod. civ., compete svolgere le funzioni di controllo con la diligenza del mandatario, a oggi è richiesto di adempiere ai propri doveri "con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico".

La giurisprudenza ha calibrato il tenore della diligenza richiesta e di conseguenza, anche i limiti della responsabilità penale, affermando che l'ipotesi del coinvolgimento dei sindaci:

*"non può fondarsi, acriticamente, soltanto sulla loro posizione di garanzia e discendere tout court dal mancato esercizio dei 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 degli amministratori ovvero di valide ragioni che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza causale nella commissione del reato da parte degli amministratori"* (Cassazione, n. 15360/2010).

Occorrerà, perciò, dimostrare la sussistenza di un collegamento tra l'omesso controllo, accompagnato dall'inerzia perpetuata da parte del sindaco e l'evento criminoso realizzato dall'amministratore. Ciò richiede il necessario compimento di un giudizio prognostico volto a verificare che, senza quel comportamento omissivo tenuto dal sindaco, l'evento non si sarebbe verificato. Tale giudizio dovrà essere effettuato attraverso l'utilizzazione di tutti gli ele-

<sup>1</sup> Cassazione, Sezione I, n. 9252/1997: "Dovendo il comportamento dei sindaci ispirarsi al dovere di diligenza proprio del mandatario, o comunque essere improntato al principio di correttezza e buona fede, esso non può esaurirsi nel solo espletamento delle attività specificamente indicate dalla legge, ma comporta l'obbligo di adottare ogni altro atto che sia necessario per l'assolvimento dell'incarico, come la segnalazione all'assemblea delle irregolarità di gestione riscontrate e la denuncia al p.m. per consentirgli di provvedere ai sensi dell'articolo 2409, comma ultimo, cod. civ."

<sup>2</sup> In tema di peculato, di recente la Cassazione, n. 20515/2009 ha ribadito che "non può, quindi, fondatamente contestarsi che l'ordinamento imponga ai sindaci l'obbligo di impedire che gli amministratori compiano atti contrari alla legge e dannosi per la società fermo restando, come già affermato, che i controlli devono essere tanto più analitici quanto più gravi ed evidenti sono i segnali di sospetto".

# VIGILANZA E REVISIONE

menti acquisiti, la valutazione delle circostanze di fatto e l'applicazione di criteri di ordine logico; certamente verrà espresso in termini di probabilità, ma la stessa dovrà tendere il più possibile alla certezza. Sul punto la giurisprudenza, delimitando i confini dell'articolo 40, comma 2, c.p., ha chiarito che, affinché i sindaci rispondano per i reati commessi dagli amministratori:

*“è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché dell'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito, o della concreta conoscibilità dello stesso mediante attivazione del potere informativo, in presenza di segnali inequivocabili, comporta l'obbligo giuridico dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito”* (Cassazione, n. 21702/2015).

In via speculare, la Cassazione torna a ribadire che:

*“la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato o contribuito a cagionare l'evento di danno”.*

Pertanto, non è sufficiente la mera presenza dei c.d. *“segnali d'allarme”* da cui desumere un evento pregiudizievole per la società, o quanto meno la sussistenza di un rischio legato al verificarsi, ma è necessario provare che il sindaco sia concretamente venuto a conoscenza del fatto e che volontariamente abbia omesso di attivarsi per impedirne il perfezionarsi.

Sull'elemento soggettivo la Corte ha rimarcato come, ai fini della determinazione della responsabilità penale del sindaco per il reato di bancarotta fraudolenta, la condotta tenuta deve essere connotata da un grado di volontarietà dell'evento, se pur anche in forma di dolo eventuale, non potendo rilevare una mera negligenza o inerzia, occorrendo invece la prova dell'avvenuta conoscenza dell'evento accompagnata dall'accettazione consapevole del rischio che, nel caso di omesso esercizio del controllo e dei poteri riconosciuti dalla legge per impedire l'evento, lo stesso possa verificarsi.

Sul punto, infatti, in una recente pronuncia (n. 19470/2016) la Cassazione ha affermato che i sindaci sono responsabili a titolo di concorso per il reato di bancarotta fraudolenta qualora:

*“sussistano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario in forza dei quali l'omissione del potere di controllo – e pertanto l'inadempimento dei poteri/doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso a impedire le condotte distruttive degli amministratori – esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forme di dolo eventuale per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori”.*

Le considerazioni qui illustrate fanno parte di una consolidata giurisprudenza che è concorde nel ritenere i sindaci potenzialmente responsabili per le condotte illecite compiute dagli amministratori. Al giudice di merito non spetta altro che servirsi di quanto enunciato dalla Corte e applicarlo al caso concreto, tenendo conto tuttavia della peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame.

## La responsabilità del *“sindaco di fatto”* in tema di reati fallimentari: Cassazione n. 15639/2016

Quanto enunciato sino a ora viene richiamato anche in una recente sentenza (Cassazione n. 15639/2016) nella quale la Corte ha sciolto i dubbi sollevati riguardo alla possibilità di ravvisare la responsabilità penale per i reati fallimentari anche in capo al *“sindaco di fatto”*. La vicenda da cui è scaturita la pronuncia riguardava un'ipotesi d'invalidità della delibera di conferimento dell'incarico di sindaco per mancanza dei requisiti stabili dalla legge.

Va innanzitutto premesso, infatti, che ai sensi dell'articolo 2397, comma 2, cod. civ.:

*“almeno un membro effettivo e uno supplente del collegio devono essere scelti nell'apposito registro”* e che *“la cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori contabili e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397, cod. civ. sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco”.*

In tale occasione, le difese degli imputati, sulla base dei dettati normativi richiamati, rilevavano che i reati contestati di bancarotta fraudolenta (articoli 223 e 216, comma 1, n. 2, L.F.) e con operazioni dolose (articolo 223, comma 2, n. 2, L.F.) non potevano essere integrati dagli imputati in ragione della manca-

# VIGILANZA E REVISIONE

ta assunzione della qualifica di sindaco a causa del rilevato difetto della nomina. Ciò trae origine dal fatto che i sindaci scelti risultavano sprovvisti della qualifica di revisori contabili e che pertanto non potevano essere *ab origine* nominati quali componenti del collegio sindacale.

A tali affermazioni, la Corte ha risposto lapidariamente statuendo che:

*“la circostanza riguardante la dedotta mancanza di una qualità soggettiva per rivestire la carica di componente del collegio sindacale può al più rilevare come causa di invalidità della delibera sociale di conferimento dell’incarico (per l’eventuale dedotta violazione di legge) ovvero porsi come fonte di responsabilità contrattuale del sindaco nei confronti della società nel cui seno si esercita la detta funzione, ma non può certo incidere una volta accettato l’incarico, sulla insorgenza in capo al soggetto nominato ancorché illegittimamente per il predetto vizio, della relativa posizione di garanzia e dunque per l’eventuale imputazione a titolo di concorso omissivo improprio ai sensi del capoverso dell’articolo 40, c.p.”.*

La pronuncia della Corte apre alla possibilità di ravvisare la responsabilità penale per i reati fallimentari commessi dagli amministratori anche al “sindaco di fatto” riprendendo il principio già positivizzato per i reati societari nell’articolo 2639, cod.civ., (aggiunto dal D.Lgs. 61/2002) laddove si afferma che:

*“al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica o alla funzione”.*

A tal proposito, è stato evidenziato come diverse sono le situazioni in cui il soggetto non possa ritenersi formalmente investito della carica di sindaco, in quanto mai stato nominato, oppure nell’ipotesi di nomina nulla o revocata o di decadenza per differenti ragioni. Ebbene, la Corte ha posto l’accento sul fatto che in tali ipotesi la mera accettazione dell’incarico fa sorgere in capo al soggetto nominato la relativa posizione di garanzia e, dunque, la possibilità di rispondere penalmente per i reati commessi da altri a titolo di concorso ex articolo 40, comma 2, c.p., a nulla rilevando il vizio della nomina riscontrato.

Nella sentenza n. 15639/2016 la Corte richiama le considerazioni espresse in precedenza sulla responsabilità penale dei sindaci per i reati di bancarotta ri-

levabile non solo nelle ipotesi di condotte positive o commissive, ma anche a titolo di concorso omissivo alla stregua dell’articolo 40, comma 2, c.p.. Sul tema, la Cassazione precisa nuovamente che l’obbligo di controllo spettante al collegio non si risolve più in:

*“una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori ma comprende anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile”.*

La Corte conferma la necessità di individuare chiaramente un nesso di causalità tra l’omesso controllo del sindaco e il reato commesso dall’amministratore, non potendo dedurre l’eventuale coinvolgimento del sindaco dalla sola posizione di garanzia, ma dovendo invece darsi la prova dell’effettiva partecipazione dei sindaci all’attività degli amministratori, ossia dell’esistenza di elementi sintomatici o di valide ragioni che inducono a ritenere che l’omesso esercizio dell’attività di controllo abbia concorso a cagionare il reato realizzato dagli amministratori. Sul piano soggettivo, conformandosi a quanto già sostenuto in passato, la Corte ha riconfermato che:

*“in tema di bancarotta, non può essere esclusa la configurabilità del dolo eventuale nell’ipotesi in cui un membro di collegio sindacale abbia consapevolmente omesso di esercitare i doveri impostigli dalla legge con la previsione della conseguente tenuta caotica dei libri e delle scritture contabili da parte degli amministratori della società e abbia accettato il rischio che anche a causa della sua condotta omissiva, venisse posta in essere la bancarotta fraudolenta documentale”.*

Sul punto, prosegue specificando che:

*“nel dolo eventuale, infatti, si considerano voluti non solo i risultati che l’agente abbia posto come fine ultimo dell’azione, ma anche quelli che sono previsti quale conseguenza del proprio comportamento. Ciò avviene non solo ogni qualvolta tali risultati appaiono certi, ma altresì quando appaiono probabili”.*

Alla luce di tali premesse, la Corte ha ritenuto responsabili i sindaci per le condotte illecite integrate dagli amministratori rilevando come il contributo effettivo alla commissione dei reati di bancarotta contestati possa desumersi dalla partecipazione attiva dei sindaci alle assemblee societarie finalizzate all’approvazione dei bilanci del consorzio e dal parere favorevole espresso dai medesimi in tale sede. Da ultimo, è stato

# VIGILANZA E REVISIONE

precisato come il ruolo, svolto da uno di essi, di liquidatore dell'impresa fallita renda ancora più evidente la consapevolezza dell'imputato delle violazioni di legge compiute da parte dell'amministrazione.

## La responsabilità penale dell'Organismo di vigilanza

Sotto il profilo della "responsabilità amministrativa degli enti" ex D.Lgs. 231/2001, la crescente complessità delle *governance* aziendali ha comportato l'inserimento all'interno delle strutture organizzative societarie di nuovi organi tenuti a svolgere talune funzioni di controllo su determinati aspetti rilevanti per la società.

Non può, infatti, trascurarsi che sempre più di frequente le imprese provvedono a nominare un OdV che, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera b) del Decreto, svolga il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli organizzativi adottati dalle società per evitare di incorrere in inconvenienti pronunce giudiziarie che le vedano responsabili penalmente per fatti illeciti commessi da coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione (anche di fatto) o da soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di quest'ultimi.

Anche per i componenti dell'OdV potrebbe ipotizzarsi, alla pari dei sindaci, la possibilità di rispondere per i reati commessi da altri soggetti facenti parte della compagine aziendale ai sensi dell'articolo 40, comma 2, c.p. ossia sarebbero punibili a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza e di controllo sull'attuazione del modello organizzativo a essi attribuito.

Sulla base del dettato dell'articolo 40, comma 2, c.p. si sono infatti contrapposte originariamente 2 correnti dottrinarie, l'una che ravvisava nei membri dell'OdV una responsabilità penale omissiva, e un'altra che negava tale possibilità e ciò sulla base del riconoscimento o meno di eventuali poteri in capo all'OdV diretti a impedire l'agire criminoso delle funzioni aziendali.

Le linee guida di Confindustria (adottate il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014), intervenute a fare chiarezza sulla questione, hanno evidenziato come, affinché la condotta omissiva possa considerarsi equiparabile alla condotta commissiva direttamente contestata secondo quanto espresso dell'articolo 40, comma 2, c.p., è necessario poter individuare la sussistenza di una vera posizione di garanzia in capo al soggetto sul bene giuridico protetto.

Sul tema, Confindustria ha precisato che:

*"dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di vigilanza sembra evincersi che a esso siano devoluti compiti di controllo in ordine, non alla realizzazione dei reati, ma al funzionamento e all'osservanza del modello, curandone altresì l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazione degli assetti aziendali di riferimento".*

In tale occasione, è stato inoltre chiarito come una diversa lettura che attribuisse all'OdV compiti di impedimento dei reati non si concilierebbe con la totale mancanza di poteri impeditivi, oltre che con l'impossibilità di poter modificare il modello organizzativo di propria iniziativa, assolvendo invece il solo compito di sollecitare l'organo direttivo a provvedere tempestivamente all'adeguamento del modello nei casi di sopravvenuti interventi legislativi o di mutamenti verificatisi nell'assetto organizzativo interno.

Sul punto, la dottrina ha ipotizzato l'eventualità che sia l'ente ad attuare una formulazione tale del modello che conferisca all'OdV l'obbligo specifico di evitare e prevenire il compimento dei reati e conseguentemente affidando a quest'ultimo espliciti poteri impeditivi. Tuttavia, è stato sottolineato come ciò rischi in ogni caso di snaturare la funzione riservata all'Organismo, oltre a portare con sé l'annosa problematica di dover individuare specificatamente gli specifici poteri riconosciuti non potendo ridurre la funzione dell'Organismo all'esercizio di un controllo meramente generico. Infine, sempre Confindustria è intervenuta a precisare che la posizione dell'OdV non cambia qualora siano stati commessi reati colposi in quanto anche in tal caso non sussistono in capo ai membri dell'Organismo obblighi di controllo dell'attività, ma solo doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati.

Le considerazioni suesposte non tengono conto del caso in cui, secondo quanto previsto dal nuovo comma 4-bis, articolo 6 del Decreto, sia il collegio sindacale a svolgere la funzione di OdV. Ciò conduce a una diversa valutazione del grado di responsabilità penale in quanto per i medesimi soggetti dovranno mantenersi distinte le funzioni svolte in qualità di sindaci e i compiti invece spettanti in veste di componenti dell'OdV. Sarà onere dell'ente adottare una politica interna che consenta a entrambi gli organi di svolgere le proprie attività nel rispettivo ambito di competenza, senza alcuna confusione di ruoli, facilitando anche la valutazione del giudice chiamato a pronunciarsi sul grado di responsabilità penale degli organi di controllo.