

Norme di comportamento utili ai sindaci contro i reati fallimentari

/ Raffaele MARCELLO

Gentile Redazione, ho letto con molta attenzione ed estremo interesse la segnalazione effettuata dal dott. Rodighiero pubblicata sul vostro quotidiano del 17 dicembre 2016 (si veda ["Ci vorrebbero più tutele per i sindaci contro i reati fallimentari altrui"](#)).

Il collega, avvertendo la necessità di individuare le azioni di garanzia **preventive** che un sindaco dovrebbe attivare per impedire qualsivoglia reato fallimentare a lui astrattamente imputabile, propone di intervenire per tramite di una modifica normativa delle disposizioni di riferimento, ideando una sorta di **check list** che funga da contenitore per l'esatta connotazione di tali azioni di garanzia.

L'idea è certamente stimolante ma, prima facie, sconta delle difficoltà legate all'indubbia **diversità** intercorrente tra le fattispecie descritte nella legge fallimentare (artt. 223 e 224), direttamente riconducibili per *voluntas legis* alle distinte fattispecie disciplinate negli artt. 216 e 217 della stessa L. fall. Non si trascuri, inoltre, che in chiusura di entrambe le norme, il legislatore ha previsto due disposizioni con funzione **residuale** in quanto in esse vengono ricomprese, con una clausola a valenza generale, le condotte non direttamente riconducibili alle altre fattispecie puntualmente individuate nella restante parte delle richiamate disposizioni.

In linea generale, il *genus* della bancarotta impropria contempla casistiche ascrivibili a soggetti della governance societaria posti in posizione di **vertice** (o comunque di controllo).

Quanto al soggetto, allora, può dedursi che le prescrizioni di cui alle norme in oggetto sono perfettamente coincidenti. I fatti di bancarotta fraudolenta e i fatti di bancarotta semplice, pertanto, possono essere compiuti da amministratori, direttori generali, liquidatori e sindaci di società dichiarate fallite. Simile, inoltre, sembra essere la tecnica legislativa impiegata nei primi commi degli artt. 223 e 224 L. fall., laddove le disposizioni effettuano espliciti rinvii alle pene e ai fatti previsti nell'art. 216 o nell'art. 217 L. fall.

Al contempo e come accennato, i fatti di **bancarotta impropria** vengono per un verso ampliati di nuove e tipiche fattispecie, per altro verso declinate anche in funzione di comportamenti solo generalmente descritti. Si pensi al fatto di bancarotta fraudolenta (impropria), contemplato nell'art. 223, comma 2, n. 2) L. fall., di chi abbia cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società commettendo un reato societario; oppure anche alla bancarotta consistente nell'aver cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento

della società, senza altra precisazione in merito alla condotta.

È nota la querelle interpretativa circa la **differenza lessicale** impiegata nel testo dell'art. 223, comma 2, n. 2) L. fall. con riguardo alla causazione del fallimento (*rectius* dell'insolvenza) con dolo o per tramite di operazioni dolose. Taluni sostengono che la prima formula sembrerebbe evocare la classica ipotesi in cui il soggetto si renda perfettamente conto della conseguenza che seguirà alla condotta, e dunque con riferimento all'elemento psicologico del reato, la bancarotta impropria sarebbe connotata dal dolo **intenzionale**; per converso la seconda ipotesi, contraddistinta dalla locuzione "... per effetto di operazioni dolose ..." potrebbe denotare la posizione di colui che realizza un'operazione dolosa il cui effetto immediato potrebbe non essere il fallimento (*rectius* l'insolvenza) e dunque di colui che, sotto il profilo definitorio dell'elemento psicologico, agisca con dolo **eventuale**.

Con tecnica analoga, l'art. 224 L. fall. tratteggia i fatti di bancarotta semplice (impropria), rinviando all'art. 217 L. fall. e contemplando un'ipotesi strettamente attigua a quella di cui al n. 2, comma 2 dell'art. 223 L. fall. L'art. 224 L. fall., infatti, precisa che risponde dei fatti di bancarotta **semplice** (impropria) colui che ha concorso a cagionare o aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge, riproducendo, dunque, una norma di chiusura delle varie forme in cui il reato può effettivamente realizzarsi.

La condotta sanzionata, in questo specifico caso, non è ricondotta alla tipizzazione dell'illecito, bensì alla generalizzazione per effetto di una formula ampia che include gli **obblighi** imposti dalla **legge** finalizzati alla prevenzione del reato (difficilmente riassumibili in una check list). Obblighi rinvenibili nell'ambito delle disposizioni legislative che connotano le funzioni esercitate dagli agenti, *in primis* dall'organo di amministrazione, e anche dal collegio sindacale per quanto di nostro interesse.

Che il criterio suppletivo onde poter "perimetrare" gli obblighi da osservare sia rappresentato dalla legge in generale – e dunque dal codice civile, dal TUF, dalle leggi di settore – è stato confermato da diverse pronunce della Cassazione, la quale, con riferimento all'emersione dell'ipotesi di bancarotta semplice impropria a carico degli amministratori, ha chiarito che in caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale, la **convocazione** dell'**assemblea** rientra tra gli obblighi imposti dalla legge.

La precisazione effettuata, logicamente, ha valenza anche per la qualificazione e l'identificazione della re-

sponsabilità dei componenti del **collegio sindacale**, che è direttamente rinvenibile, sia nella residuale ipotesi di responsabilità per fatto proprio, sia nella frequente ipotesi di concorso nel reato dell'amministratore, per aver omesso il controllo sull'operato dell'organo di amministrazione, o per aver omesso l'attivazione dei poteri/doveri che la legge – in generale – loro riconosce.

Al riguardo, si impone un'importante considerazione. Per costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, il coinvolgimento dei componenti del collegio sindacale nel reato compiuto dall'organo di amministrazione non si fonda esclusivamente sulla posizione di garanzia assunta da questi ultimi e non discende necessariamente dal mancato esercizio dei doveri di vigilanza. Occorre, infatti, che venga accertata l'esistenza di **elementi sintomatici**, dotati del necessario spessore indiziario, della loro partecipazione, in qualsiasi modo all'attività degli amministratori ovvero la ricorrenza di **valide ragioni** che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza **causale** nella commissione del reato da parte dell'organo di amministrazione.

In altri termini, la **responsabilità solidale** dei sindaci (sotto il profilo civilistico) e il concorso di questi ultimi nel reato compiuto dagli amministratori da cui è derivato o è stato aggravato il dissesto patrimoniale della società, oppure è stata provocata l'insolvenza, emerge nei casi in cui gli stessi sindaci non si siano attivati dinanzi ad operazioni anomale. E si ritengono **anomale** le operazioni che evidenziano, per come strutturate, deliberate ed eseguite, una vera e propria irregolarità nelle modalità di gestione. In tali ipotesi, la giurisprudenza di legittimità pone in risalto l'importante circostanza che il comportamento omissivo dei sindaci ab-

bia contribuito alla commissione del reato da parte degli amministratori, dovendo i primi intercettare le condotte all'evidenza spregiudicate tenute dai secondi.

Dinanzi a simili comportamenti, il collegio sindacale deve **intensificare** l'ambito della propria attività di vigilanza, non discostandosi dai precetti di legge e dalla normativa di settore e facendo ricorso ai poteri/doveri che gli vengono riconosciuti proprio per vigilare sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione.

In conclusione e in risposta al collega Rodighiero, stante quanto accennato circa la qualificazione della condotta materiale delle ipotesi riconducibili *sub* artt. 223 e 224 L. fall., mi permetto di evidenziare che un **valido strumento** per poter individuare le azioni di garanzia preventive che un sindaco dovrebbe (*recte* potrebbe) attivare per evitare l'implicazione a titolo di concorso nei giudizi a carico degli amministratori mi sembra essere rappresentato dalle "Norme di comportamento del collegio sindacale di società (quotate e non)", dove tutta l'attività del collegio sindacale (e del sindaco unico di srl) è stata ponderata in funzione della **tutela** della società, dei creditori, dei soci e dei terzi, nello svolgimento della funzione di vigilanza.

Le Norme suggeriscono e raccomandano **modelli comportamentali** da adottare per svolgere correttamente l'incarico non solo nella società *in bonis*, ma anche alla comparsa dei primi sintomi di assenza di continuità (ricomprensiva altresì delle ipotesi di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale) che impongono l'adozione di tutele volte a prevenire l'insorgenza o l'aggravamento del dissesto.

Raffaele Marcello

Consigliere CNDCEC con delega ai sistemi di controllo