



Dei delitti e delle pene: la (mancata) certezza della responsabilità del collegio sindacale

Michela Boidi, Consigliere Giunta UNGDCEC

UNGDCEC

L'art. 2407 c.c. disciplina la responsabilità dell'organo di controllo: *“I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.”*

I sindaci possono essere chiamati a rispondere per reati propri (comma 1) o a titolo di concorso con gli amministratori, per atti commessi da quest'ultimi (comma 2). Nel primo caso si verifica quindi una condotta di tipo commissivo, mentre, nel secondo caso, in virtù della loro posizione di garanzia, si verifica una condotta omissiva, qualora abbiano omesso di vigilare sull'operato degli amministratori, non impedendo quindi la verifica dell'evento costitutivo del reato.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 2407 c.c., sono responsabili solidalmente con gli amministratori per quanto da questi commessi quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità, l'inosservanza dei doveri di vigilanza dei sindaci può comportare responsabilità penale per concorso omissivo nei reati commessi dagli amministratori, per cui è sempre configurabile la responsabilità in capo al sindaco che non abbia segnalato all'assemblea o al pubblico ministero i propri dubbi sulla regolarità di operazioni compiute dagli amministratori e abbiano poi portato al fallimento della società. La responsabilità penale per concorso omissivo deriva dalla lettura dell'articolo 40, comma 2, c.p, secondo cui *“non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”*. In ogni caso, ai fini della configurabilità della responsabilità penale, deve sempre sussistere un nesso causale tra la commissione dell'illecito degli amministratori e l'omessa vigilanza dei sindaci. La giurisprudenza assume quindi la responsabilità penale dei sindaci per concorso omissivo nei reati commessi dagli amministratori, sul-



la base di una lettura combinata degli articoli 110 e 40, comma 2, c.p. e sul presupposto che l'organo di controllo abbia un ruolo di garanzia per il generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale e nel principio solidaristico della responsabilità civile, unitamente all'obbligo giuridico di impedimento penalmente rilevante. L'art. 40, comma 2, c.p. si pone come una clausola di rinvio molto ampia e lascia all'interprete il compito di individuare i poteri e i doveri di attivazione che possono determinare fattispecie penalmente rilevanti, per individuare il perimetro del ruolo di garanzia richiesto ai sindaci e non incorrere in un "dilatazione incontrollata della responsabilità" dei controllori.

Ovviamente, non basta accertare la violazione dei doveri civilistici di controllo così delineati per fondare la responsabilità penale dei membri del collegio sindacale. Affinché si configuri responsabilità penale è, quindi, necessario verificare la concreta efficacia impeditiva che avrebbe avuto l'esercizio dei poteri reattivi messi a disposizione dei sindaci dalla legge. In diverse occasioni, la Corte di Cassazione ha ricordato la necessità che il nesso eziologico tra violazione dei doveri di vigilanza e consumazione del reato debba essere provato in maniera rigorosa, verificando che il mancato attivarsi da parte del sindaco "abbia avuto effettiva incidenza di contributo causale nella commissione del reato da parte degli amministratori"².

Nella pratica, però, questo si traduce nell'avvio di azioni spesso automatiche contro l'organo di controllo all'interno delle procedure concorsuali, a seguito di azioni contro gli amministratori talvolta per presunte responsabilità oggettive, con lo scopo di incrementare l'attivo della procedura attingendo alle polizze dei professionisti. Consapevoli di questo, è noto che l'attività di sindaco sia quella che le polizze definiscono a maggiore rischiosità, per la sproporzione presente tra l'atto commesso e la responsabilità imputata. Va ricordato, infatti, che trattandosi di responsabilità concorrente, la pretesa risarcitoria è la medesima per chi ha commesso il fatto e per chi ha vigilato, senza considerare la potenzialità di conoscenza e la possibilità di intervento da parte del sindaco. A questo segue, poi, una curiosa e peculiare inversione dell'onere della prova, poiché, nei fatti, i sindaci si trovano a dover dimostrare l'inesistenza di ogni ipotesi di negligenza. In questo senso, appare interessante la sentenza Corte di Cassazione n. 30383 del 17 ottobre 2022, per cui "ai fini dell'accertamento della responsabilità dei sindaci per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori, l'attore [nella sentenza in commento, il curatore] deve fornire la prova non solo dell'inadempimento dei doveri dei sindaci e del danno conseguente alla condotta degli amministratori, ma anche del rapporto di causalità tra l'inerzia dei primi ed il danno arrecato alla società, dal momento che l'omessa vigilanza in tanto rileva in quanto possa ragionevolmente ritenersi che l'attivazione del controllo avrebbe consentito di evitare o limitare il pregiudizio (cfr. Cass., Sez. I, 11.12.2020, n. 28357; 29.10.2013, n. 24362). Alla stregua di tali principi, costantemente ribaditi dalla giurisprudenza di

¹ ALESSANDRI, *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*

² Cassazione Penale n. 19470/2016



legittimità, un'inversione dell'onere di provare il nesso causale è configurabile soltanto quando l'assoluta mancanza ovvero l'irregolare tenuta delle scritture contabili rendono concretamente impossibile al curatore fornire la relativa dimostrazione, dal momento che in tale ipotesi la condotta del sindaco, che integra la violazione di obblighi specificamente posti a suo carico dalla legge, risulta di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio della società".

L'anomalia è indotta dall'attuale contesto normativo che dovrebbe limitare la chiamata in responsabilità dei sindaci soltanto nell'ipotesi di accertata inerzia nello svolgimento dell'opera di controllo e quando la stessa sia stata la causa determinante del danno, senza indulgere in automatismi, ma anche da una prassi giudiziaria che non avverte l'effetto devastante sul professionista dell'azione in quanto tale, non riparato dal riconoscimento successivo e tardivo dell'assenza di responsabilità.

UNGDCEC

In ordine al rapporto di causalità tra il comportamento omissivo e l'evento, si è altresì affermato, in particolare, che *"si tratta sostanzialmente di un giudizio prognostico incentrato sul fatto che, senza il comportamento omissivo e con il concreto esercizio dell'attività doverosa, l'evento non si sarebbe verificato"* precisando, però, che la valutazione di probabilità *"deve essere tale da avvicinarsi al massimo, attraverso l'utilizzazione di tutti gli elementi acquisiti, la valutazione delle circostanze di fatto e l'applicazione di criteri di ordine logico, alla certezza"* (Cass., sez. V, 28 febbraio 1991)³.

Si può quindi configurare il concorso dei sindaci nella responsabilità penale degli amministratori in presenza dei seguenti requisiti:

- che gli amministratori abbiano compiuto un fatto illecito;
- che da tale illecito sia derivato un danno per la società e per i terzi;
- che i sindaci non abbiano vigilato con la dovuta diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, in violazione ai propri doveri;
- che, qualora abbiano vigilato e abbiano riscontrato i fatti illeciti, non abbiano adottato le opportune misure necessarie per circoscrivere o annullare il danno;
- che vi sia un nesso di causalità tra le omissioni ed il danno cagionato.

Quanto sopra è stato confermato anche dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 18770 del 12 luglio 2019, che si continua ad inscrivere in un contesto giurisprudenziale che, specie a livello di pronunce di legittimità, manifesta un atteggiamento di particolare rigore nella valutazione della responsabilità dei sindaci. Un rigore che, nei fatti, finisce, talvolta, per tradursi nell'imputazione ai sindaci di una responsabilità da posizione, di tipo oggettivo, sganciata da qualunque valutazione delle peculiarità del caso concreto e dell'effettiva possibilità, per i sindaci, di percepire l'illecito commesso dall'organo amministrativo. In tale senso, infatti, *"nessuna responsabilità può essere addebitata ai componenti del collegio sindacale ove risulti che costoro non hanno avuto alcuna diretta*

³ MICHELE NARDI, Profili di responsabilità penale del collegio sindacale, Roma, Università Sapienza, 18.II.2015



*cognizione di talune operazioni gestorie poste in essere dagli amministratori, ma non comunicate alla società*⁴. Si ha però la netta sensazione che il flusso di sentenze che si sono succedute nell'ultimo quindicennio stia alimentando la formulazione del criterio del "non può non essere in colpa". Spesso, l'orientamento della giurisprudenza è stato quello di un nesso causale automatico, presunto, senza verificare gli effettivi poteri in capo ai sindaci idonei ad impedire l'evento. In questo contesto, lascia sicuramente perplessi la sentenza del Tribunale di Napoli n. 9020 del 5 ottobre 2023, secondo cui il Collegio Sindacale non incaricato alla revisione legale dei conti sia tenuto *"ad attività d'ispezione, di controllo degli atti e della contabilità sociale, quanto da ultimo anche al fine di verificare la rispondenza del bilancio alle risultanze delle scritture e di esprimere, con apposita relazione, la propria valutazione su tale documento"*. Questa ultima previsione risulta in pieno contrasto con gli obblighi imposti al Collegio dalla legge e illustrati nella Norma di Comportamento del Collegio Sindacale delle società non quotate⁵ numero 3.8, poiché il controllo deve concentrarsi sulle norme procedurali che hanno portato alla formazione del bilancio d'esercizio. La verifica della rispondenza dello stesso alle scritture contabili rappresenta, infatti, esclusivo obbligo del soggetto incaricato della revisione legale dei conti e non può essere imputata all'organo di controllo, stante la diversità del tipo di vigilanza posto in essere.

Al contrario, in un contesto di estensione della responsabilità, si inserisce positivamente la sentenza della Cassazione Penale n. 20867 del 26 maggio 2021, secondo cui *"la responsabilità dei sindaci, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, sussiste solo qualora emergano 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 ad impedire le condotte distrattive degli amministratori – esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole volontà di agire anche a costo di far derivare dall'omesso controllo la commissione di illiceità da parte degli amministratori"*. Occorre quindi che venga dimostrata la volontà dolosa di concorrere nel reato, onde evitare che la responsabilità venga derivata solo dal fatto di avere una posizione di controllo.

Da ultimo, il Codice della Crisi di impresa ha inserito nuovi obblighi a carico dei sindaci, prevedendo un obbligo di segnalazione tempestiva all'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 25-octies CCII, qualora si ravvisino le condizioni per l'accesso alla composizione negoziata della crisi e gli amministratori non vi abbiano provveduto. La preoccupazione deriva dal fatto che la tempestività della segnalazione è valutata ai fini della responsabilità ai sensi dell'art. 2407 c.c..

Diventa quindi fondamentale limitare la responsabilità, in funzione ai compensi percepiti o comunque entro un limite prestabilito, e individuare il mo-

4 App. Palermo 9.12.1981, Fallimento, 1982, p. 248.

5 Versione in vigore dal 1° gennaio 2021, CNDCEC – attualmente in corso di aggiornamento



mento in cui la responsabilità si possa attivare. Operando con la diligenza viene richiesta dalla legge e in applicazione delle prescrizioni fornite dalle Norme di Comportamento, riteniamo che la responsabilità debba essere limitata alle informazioni conosciute e conoscibili dall'organo di controllo nel corso delle proprie verifiche periodiche, riassumendo l'attività di vigilanza effettuata nel corso dell'anno nella relazione al bilancio d'esercizio ai sensi dell'art. 2429 c.c.. In tal senso, viene accolta molto positivamente la Proposta di legge C. 1276 presentata dall'On. Marta Schifone per la modifica dell'art. 2407 c.c.. Viene qui previsto che, in caso di violazione dei propri doveri, l'organo di controllo risponda nei limiti di un multiplo del compenso annuo percepito, secondo i seguenti scaglioni:

- per i compensi da 0 a 10.000 euro, un multiplo pari a quindici volte il compenso;
- per i compensi da 10.000 a 50.000 euro, un multiplo pari a dodici volte il compenso;
- per i compensi maggiori di 50.000 euro, un multiplo pari a dieci volte il compenso.

Inoltre, la proposta di legge prevede il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità entro cinque anni dal deposito della relazione ex art. 2429 c.c. dell'anno in cui si è verificato il danno. Questa proposta rappresenta un'innovazione nel panorama legislativo italiano poiché permette sia di determinare chiaramente la responsabilità economica dei sindaci sia di individuare la misura degli attivi che, qualora ne ricorrano le condizioni e non in maniera automatica ed indiscriminata, possono rientrare nelle procedure.

In sintesi, la nostra posizione si vuole riassumere nella ricerca di un contesto di compensi e responsabilità tra di loro proporzionati che permettano a giovani professionisti di assumere incarichi da svolgere, come sempre nella nostra attività, con professionalità e passione, consapevoli delle conseguenze a cui è possibile andare incontro.

UNGDCEC