

La responsabilità dei “soggetti di fatto” nell’ambito dei reati fallimentari: spunti di riflessione.

di *Giovanni Sodano*

Sommario: **1.** I riflessi penalistici dell’esercizio di fatto dei poteri direttivi nell’ambito dell’impresa: la genesi della questione – **2.** La novella del 2002: la riformulazione dell’art. 2639 c.c. e il suo dibattuto ambito di applicazione – **3.** La controversa posizione dell’amministratore di diritto – **4.** Osservazioni conclusive.

1. I riflessi penalistici dell’esercizio di fatto dei poteri direttivi nell’ambito dell’impresa: la genesi della questione.

L’identificazione dei centri di imputazione soggettiva dei reati fallimentari e, più in generale, delle fattispecie criminose riconducibili all’attività d’impresa costituisce indubbiamente uno dei profili più delicati del diritto penale dell’economia.

Tra le *vexatae quaestiones* che continuano ad assillare gli operatori del settore v’è senz’altro quella dell’estensione della responsabilità penale a quei soggetti che, pur non rivestendo ufficialmente alcuna carica sociale, ne esercitano sotto il profilo fattuale i relativi poteri.

La casistica, com’è noto, è estremamente ricca: si va dalla classica ipotesi dell’ente amministrato formalmente dal cosiddetto “uomo di paglia” o “prestanome” ma in realtà gestito da altri, a quella dell’organo sociale il cui atto di investitura sia stato revocato o rechi evidenti vizi di validità. La prassi dimostra che è rispetto alla carica di amministratore che nella maggior parte dei casi si ricorre a tecniche elusive di questo tipo, ferma restando la possibilità che anche a proposito di altre cariche sociali, come quella di sindaco o liquidatore, se ne possano sperimentare gli effetti¹.

Dottrina e giurisprudenza da tempo immemore si sono affannate nel tentativo di trovare una soluzione efficace e allo stesso tempo rispettosa dei principi generali del nostro ordinamento, ma tutt’altro che univoche si sono rivelate, come spesso accade, le opinioni a riguardo.

Appare oramai appannaggio di pochi autori la risalente ipotesi ricostruttiva in base alla quale, mancando nel nostro sistema una clausola di equiparazione analoga a quella introdotta in altri Paesi (Francia ed Inghilterra), riconoscere la punibilità di agenti diversi da coloro i quali ricoprono formalmente un ruolo riconosciuto dalla

¹ MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell’economia, Problemi e casi*, seconda edizione, Cedam, Padova, 2013 p. 10.

legge civile all'interno dell'ente equivalga ad una manifesta violazione del divieto di interpretazione analogica del precetto penale².

In questa prospettiva, l'assunzione della carica assurge, dunque, a condizione necessaria e sufficiente per l'imputabilità di eventuali reati ad essa riconducibili, non rilevando affatto la preventiva accettazione dell'ufficio e soprattutto l'esercizio effettivo dei poteri che ne conseguono³. Da questo punto di vista, si è fatto notare come un approccio di natura squisitamente formalistica, come quello appena descritto, pur rispettoso del dato formale, finisca col prefigurare forme intollerabili di responsabilità cd. “*di posizione*” per giunta di dubbia compatibilità con quel divieto di responsabilità per fatto altrui cristallizzato al primo comma dell'art. 27 Cost.

Sul punto è stato, però, osservato come sia estremamente arduo ammettere la punibilità del soggetto di fatto in relazione ad illeciti omissivi propri ed impropri, dal momento che non vi sarebbe possibilità alcuna di rinvenire nella normativa civilistica una disposizione che ne inquadri gli obblighi giuridici di agire o impedire *aliquid*, finendo, quindi, viceversa con l'offuscarne la dimensione normativa⁴.

Da questo punto di vista, è evidente che, malgrado le osservazioni di cui sopra, la teoria formale non escluda la punibilità dei soggetti di fatto a titolo di concorso, soluzione, questa, che sembrerebbe essere avallata anche dalla più rigorosa dottrina commercialistica, ove si è per esempio sottolineato come «*non esiste l'amministratore di fatto, che sarebbe una contraddizione in termini, visto che amministratore può essere considerato solamente chi agisce in base ad una formale investitura dell'atto costitutivo o dell'assemblea. Esiste un problema di responsabilità a carico di chi, di fatto, si sia ingerito nella gestione come se fosse un amministratore*»⁵⁶.

In ogni caso, come preannunciato, l'ipotesi ricostruttiva avallata da dottrina e giurisprudenza nettamente maggioritarie prevede la possibilità che i soggetti di fatto rispondano direttamente di un illecito penalmente rilevante riconducibile ad altro soggetto qualificato nell'ambito della compagine societaria, sempre che si provi che la condotta sia correlata dell'esercizio da parte sua di poteri e attribuzioni connaturate al soggetto attivo della fattispecie incriminatrice.

Non avrebbe, dunque, rilevanza alcuna l'accertamento di un previo atto d'investitura formale, assumendosi al contrario come decisivo, in chiave

² PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito, Art.216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli Editore, Bologna, 1995 p. 259.

³ Cfr. a riguardo *ex multis* FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, settima edizione, Zanichelli, 2014, p. 143.

⁴ ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, III ed., 2004. p. 363.

⁵ COTTINO, *Diritto commerciale*, III ed., Cedam, Padova, 1994, I, 2, p. 525.

⁶ ALESSANDRI, in A.A. V.V. *Manuale di diritto penale dell'impresa, Parte generale e reati fallimentari*, Zanichelli Editore, Bologna, 2003, p. 65 e ss.

valorizzativa del dato funzionale a scapito di quello meramente letterale, l'effettivo esercizio dei poteri che la legge associa a quella determinata carica sociale.

Sul punto non è mancato chi, nel meritevole tentativo di conciliari le due tesi, abbia messo in luce come la responsabilità penale dei soggetti di fatto vada riconosciuta ogniqualvolta la loro posizione sia tacitamente accettata dalla compagine sociale⁷, al punto da potersi parlare in merito di una vera e propria investitura tacita⁸.

2. La novella del 2002: la riformulazione dell'art. 2639 c.c. e il suo dibattito ambito di applicazione.

A prescindere o meno dalla bontà delle opzioni esegetiche testé richiamate, sta di fatto che il Legislatore del 2002 sembra aver fatto propri principi e linee direttive messe in evidenza dai precursori della teoria funzionale, andando a riformulare il testo dell'art. 2639 c.c., rubricato "*Estensione delle qualifiche soggettive*"⁹.

La disposizione in esame prevede espressamente che ai soggetti formalmente investiti della «*qualifica o titolari della funzione prevista dalla legge civile*» siano equiparati coloro i quali sono chiamati a «*svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata*» sia quanti esercitano «*in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*».

Appare, dunque, evidente come, in sintonia con quanto da tempo immemore sostenuto dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, il Legislatore abbia in definitiva ancorato la responsabilità penale dei soggetti di fatto a due diverse tipologie di criteri: l'uno di tipo quantitativo-temporale legato alla continuità dell'esercizio della funzione, l'altro di matrice qualitativa, ove si valorizza la significatività del suo *modus operandi*, così escludendo dal novero dei soggetti incriminabili quanti operino in via del tutto occasionale o saltuaria.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha di recente avuto modo di precisare come «*l'accertamento della qualità di amministratore di fatto va desunta da elementi sintomatici di gestione e cogestione della società*», per cui dal punto di vista probatorio appare evidente che non potranno considerarsi «*sufficienti elementi meramente indiziari a sostegno della responsabilità penale del soggetto di fatto*»¹⁰,¹¹.

In questo modo, dunque, si fornisce ai giudici uno schema ben definito, la cui vincolatività è tale da ridurre al minimo il rischio, pur concretizzatosi nel passato, di interpretazioni in chiave estensiva non sempre convincenti, dal momento che nel passato solo in rare circostanze dalle motivazioni delle sentenze si percepisce un'attenta e scrupolosa analisi dell'esercizio concreto ed effettivo dei poteri previsti dalla legge civile¹².

⁷MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 115 e ss.

⁸PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 268.

⁹D.lgs. 11 Aprile 2002, n. 61, G.U. 15 Aprile 2002, n. 88.

¹⁰Cass. pen., sez. V, 11 Gennaio 2012, n. 5063, in *Dir. & Giust.*, 2012.

¹¹N. MAZZACUVA, E. AMATI, *op. cit.* p. 11..

¹²A. ALESSANDRI, *op. cit.* p. 67.

Tuttavia, la novella del 2002 ha circoscritto il raggio di applicazione del nuovo art. 2639 c.c. ai soli reati disciplinati dal Titolo IV del Libro V del codice, per cui ben presto ci si è chiesti quale significato attribuire a questa indicazione, nodo di importanza cruciale, tenuto conto della rilevanza che anche in altri settori del diritto penale, a partire dalla materia fallimentare, assume la problematica dei soggetti di fatto.

Due le posizioni emerse a riguardo nel panorama accademico e giurisprudenziale: taluni sostengono che quella con cui esordisce l'art. 2639 c.c. sia un'indicazione tassativa, che in quanto tale non si presta ad alcuna interpretazione estensiva, giacché, come sottolineato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, il Legislatore ha strutturato la disciplina in questione, modellandola sulle esigenze peculiari del diritto penale societario¹³.

Si è detto che ammettere l'operatività dell'istituto anche per i reati fallimentari equivarrebbe ad una manifesta violazione del principio di tassatività e del divieto di analogia, come si evince dalla considerazione in base alla quale allorquando «*il Legislatore ha voluto estendere le qualifiche soggettive anche in ambiti diversi da quello penal-societario, l'ha fatto espressamente*»¹⁴.

In chiave critica, da parte di altri si è al contrario osservato come i parametri desumibili dal dettato dell'art. 2639 c.c. andrebbero senza dubbio alcuno esportati anche i settori diversi da quello dei reati societari, dal momento che traducono «*in facto*» i principi a lungo elaborati dalla dottrina e resi operativi dalla giurisprudenza con riferimento non solo ad una classe di reati, ma a tutte le fattispecie caratterizzate dall'intervento dei cosiddetti soggetti di fatto¹⁵. A tal proposito si è puntualmente sottolineato come, introducendo l'art. 2639 c.c., «*il legislatore sapeva (pertanto) di convalidare un orientamento riguardante la bancarotta in generale. Quindi non può negarsi che l'art. 2639, comma 1, c.c. (nel testo riformato) si applica alla bancarotta e questa conclusione comprova il carattere globale e non restrittivo del rinvio operato a taluni reati societari*»¹⁶.

D'altronde, «*l'omogeneità tra reati societari e fallimentari – dev'essere un'omogeneità sostanziale, se l'art. 223 l. Fall. innesta alcuni reati societari nel tronco della bancarotta – si fonda in un carattere comune, che ambienta le norme incriminatrici e ne scolpisce la funzione: l'inerenza alla disciplina, allo statuto, dell'impresa commerciale*»¹⁷.

¹³Cass. pen., sez V, 26 Luglio 2004, n. 32465. Cfr. in dottrina a riguardo, IZZO, «*L'amministratore di fatto risponde dell'occultamento o distruzione dei documenti contabili*», in *Fisco*, 2004, p. 7495.

¹⁴ Testualmente, N. MAZZACUVA, E. AMATI, *op. cit.* p. 14.

¹⁵ TRAVERSI A., GENNAI S., *Diritto penale commerciale, seconda edizione*, Cedam, Padova, 2012p. 26; cfr. sul punto anche BRICCHETTI R., TARGETTI R., *Bancarotta e reati societari*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1998, p. 9 e ss.

¹⁶ U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006, *Introduzione XXXII*.

¹⁷ Testualmente PEDRAZZI. C., «*Gestione d'impresa e responsabilità penali*», in *Riv. Soc.*, 1962, p. 221.

Pur non riconoscendo la possibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 2639 c.c., verso le stesse conclusioni sembra proiettarsi la giurisprudenza della Suprema Corte, che recentemente ha avuto modo di ribadire che «*la nuova formulazione dell'art. 2639 c.c. conferma l'indirizzo giurisprudenziale sulla responsabilità penale degli amministratori di fatto in campo societario, ma non esclude, anche perché la cosa sarebbe del tutto irragionevole, un'analoga responsabilità in materia fallimentare, che è settore diverso dotato di disciplina autonoma e suscettibile, quindi, di altrettanto autonoma interpretazione*¹⁸».

Viceversa, qualora si privilegiasse la diversa e opposta soluzione che esclude l'applicabilità delle disposizioni a fattispecie diverse da quelle disciplinate dal codice, la responsabilità dei soggetti di fatto potrebbe essere riconosciuta, al pari di quanto di regola accade per la figura dell'*extraneus*, a titolo meramente concorsuale¹⁹.

Tuttavia, l'orientamento affermatosi tra gli scranni della Suprema Corte continua a valorizzare il dato funzionale a scapito di quello squisitamente formale, il che si evince in maniera limpida da una recentissima pronuncia resa in tema di bancarotta fraudolenta, ove si sottolinea che, «*come affermato da tempo dalla giurisprudenza di legittimità, in materia di reati fallimentari, il soggetto che, ai sensi della disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., assume la qualifica di amministratore di fatto della società fallita 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 (come i fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale), tra i quali vanno ricomprese le condotte dell'amministratore di diritto, anche nel caso di colpevole inerzia a fronte di tali condotte, in applicazione della regola di cui all'art. 40 c.p., comma 2²⁰».*

Sulla portata dei parametri previsti dall'art. 2639 c.c. nella pronuncia in commento si evidenzia come i concetti di «*significatività e continuità non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale*²¹».

In senso analogo la Corte, a margine del giudizio di legittimità innescato dalla vicenda del crack della Fondazione San Raffaele del Monte Tabor di Milano, ha evidenziato come la ravvisabilità in capo all'imputato del ruolo di amministratore di fatto sia pienamente giustificata dall'aver questi «*agito in modo stabile e*

¹⁸Cass. pen., sez. V, 5 Giugno 2003, n. 36630, in *Foro Italiano*, 2004, II, p. 239.

¹⁹V. CARDONE, F. PONTIERI, "Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 254 e ss.

²⁰Cass. pen., sez. V, 23 Novembre 2015, n.6199, in *Dejure*. Sul punto si vedano pure Cass. pen., sez. V, 20 Maggio 2011, n. 39593, in *Cass. pen.*, 2012, Cass. pen., sez. V, 20 Maggio 2011, n.39593 e Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2011, n. 15065, quest'ultime richiamate in nota nella sentenza di cui sopra.

²¹*Ibidem*. Nello stesso senso *ex multis* Cass. pen., Sez. V, 14 Aprile 2003, in C.E.D. Cass., 224948.

continuativo, e per diversi anni, in stretta collaborazione con gli amministratori formali (...), gestendo in via esclusiva ingenti risorse finanziarie²²».

3. La controversa posizione dell'amministratore di diritto.

Infine, non resta che esaminare, alla luce delle considerazioni che precedono, il tutt'altro che pacifico ruolo di colui il quale ricopra di diritto una qualifica di fatto esercitata da altri, come di fatto accade nella classica ipotesi della "testa di legno" o del "prestanome". Ci si chiede in particolar modo se nei confronti di questi possa riconoscersi la sussistenza di una peculiare posizione di garanzia legata alla funzione attribuitagli, pur soltanto sul piano formale, nell'ambito della compagine sociale. Com'è noto, infatti, il codice prevede al terzo comma dell'art. 2392 c.c. che *«in ogni caso gli amministratori, fermo restando quanto previsto dall'art. 2381 c.c., sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»* e estende il medesimo regime anche a sindaci, liquidatori e direttori generali (2407 c.c., 2489 c.c., 2396 c.c.).

Si tratta, dunque, di capire se anche laddove la funzione sia svolta in concreto da altri, i titolari formali dell'ufficio possano essere chiamati a rispondere in relazione agli illeciti imputabili ai primi a titolo di concorso per omesso esercizio della funzione di controllo loro riconosciuta dalla legge.

La soluzione al problema appare tutt'altro che scontata dal momento che, malgrado in giurisprudenza sembrino non esservi sul punto grosse perplessità, in dottrina non è mancato chi ha espresso un'opinione estremamente scettica in merito²³.

D'altra parte, riesce difficile immaginare che la mera accettazione della carica possa giustificare l'imputazione di fatti di cui magari costoro non erano nemmeno a conoscenza. Quanto alla possibilità che essi siano chiamati a risponderne a titolo di concorso, tenuto conto degli obblighi di vigilanza di cui sono gravati, non pochi dubbi solleva quell'orientamento giurisprudenziale, fra l'altro prevalente, che riconosce la responsabilità penale dei titolari delle cariche sociali rispetto a condotte poste in essere da soggetti di fatto solo e soltanto in forza della considerazione in base alla quale essi *«non potevano non sapere»*, *rilevando sotto il profilo subiettivo « la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verificino (dolo eventuale)²⁴»*.

Soluzione, quest'ultima, che, in accordo con quanto sostenuto dalla dottrina prevalente, non possiamo ritenere soddisfacente dal momento che attraverso le categorie del dolo generico o ancor peggio del dolo eventuale la giurisprudenza

²²Cass. pen., sez. V, 7 Maggio 2014, n. 32031, ric. Daccò.

²³V. CARDONE, F. PONTIERI, "Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore", cit.p. 266 e ss.; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit.p. 81 e ss.

²⁴ Testualmente Cass. pen. sez. V, 9 Febbraio 2001, n. 2137, in *Dir. prat. Soc.*, 2002, p. 91. Cfr. a riguardo anche *ex multis* Cass. pen., 27 Aprile 2000, n. 5619; Cass. pen., 25 Marzo 1997, n. 4892.

maschera quella che a conti fatti non è altro che una mera violazione di obblighi di diligenza, finendo, dunque, nella maggior parte dei casi coll'imputare all'agente, seppur a titolo di concorso, la responsabilità colposa per un illecito doloso. Trattasi di una prassi estremamente diffusa in materia di bancarotta fraudolenta e palesemente in contrasto con i principi che governano la disciplina del concorso di persone del reato, ma anche e soprattutto con il divieto di responsabilità per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost.

In materia estremamente frequenti sono i casi in cui si ricorre a quella che di fatto si configura come vera e propria presunzione di colpevolezza, che, come osservato da avveduta dottrina, non può dirsi affatto superata dalla mera prova «*della generica consapevolezza*²⁵» della condotta distrattiva del soggetto di fatto, giacché anche nel caso di specie i giudici paiono ricorrere ad una formula elusiva che nulla in realtà ci dice in ordine all'effettiva conoscenza da parte dell'agente del progetto criminoso posto in essere dal soggetto di fatto²⁶.

4. Osservazioni conclusive.

Si rende, dunque, sul punto necessaria da parte della giurisprudenza l'adozione di un atteggiamento senza dubbio più rispettoso del principio di colpevolezza, che non si limiti cioè alla riproduzione di mere formule apodittiche spesso funzionali ad istante di politica giudiziaria che debbono per forza di cose restare estranee alle dinamiche del «*giusto processo*».

Da questo punto di vista, in adesione a quanto sottolineato da autorevole dottrina²⁷, riteniamo che l'indirizzo da seguire sia quello emerso a margine di una recente pronuncia resa dalla Suprema Corte proprio in materia di bancarotta documentale fraudolenta, ove si mette in luce come «*la responsabilità dell'amministratore, che risulti soltanto un prestanome, nasce dalla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dalla accettazione della carica, cui però va aggiunta 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 di solo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno*²⁸».

²⁵Cass. pen. sez. V, 25 Marzo 2004, n. 26268, in *G. al dir.*, 2004, p. 73; nello stesso senso Cass. pen., sez. V, 5 Febbraio 1998, n. 3328.

²⁶V. CARDONE, F. PONTIERI, «*Bancarotta fraudolenta e responsabilità penale dell'amministratore*», cit. p. 271;

²⁷N. MAZZACUVA, E. AMATI, *op. cit.* p. 16.

²⁸Cass. pen., sez. V, 17 Novembre 2005, n. 44293, in *CED Cass. pen.*, 2005.