

Bancarotta e amministratore di fatto

1. Il caso

La sentenza Cass., Sez. I., sent. 12 ottobre 2021 (dep. 17 gennaio 2022), n. 1636 merita apprezzamento per la precisione con la quale fissa un criterio interpretativo lineare sul peculiare profilo della responsabilità in forma plurisoggettiva nella bancarotta.

Il ricorrente era stato dapprima condannato per fatti di bancarotta fraudolenta documentale nella sua qualità di responsabile amministrativo e contabile di una società poi dichiarata fallita: la decisione (confermativa) della Corte territoriale era stata censurata dalla Corte di Cassazione (Sezione V): *«perché, da un lato, sembrava richiamare, in alcuni passaggi argomentativi, gli indici fondanti il ruolo di amministratore di fatto»* del ricorrente in quanto *«UNICO RESPONSABILE DELLA CONTABILITA' nella società [omissis], oltre che nella S.r.l. [omissis] del medesimo gruppo, che di fatto gestiva in maniera simultanea e coordinata; dall'altro, in successivi brani della motivazione, al fine di ridimensionare la portata argomentativa insita nella circostanza che le irregolarità contabili erano iniziate ben prima (nel 1996) che lo stesso [ricorrente] venisse assunto (nel 1998), con ruolo di mero dipendente, pareva delineare il ruolo dell'imputato in termini di concorso dell'extraneus nel reato dell'amministratore di diritto»*.

Rammentato ancora che: *«i presupposti ascrittivi della responsabilità, anche sotto il profilo soggettivo, erano diversi nel caso di bancarotta documentale commessa da un amministratore di fatto»*, ne seguì una decisione di annullamento con rinvio, successivamente alla quale altra sezione della Corte d'Appello di Milano aveva ritenuto sussistente la responsabilità penale del ricorrente quale: *«concorrente extraneus, in linea con la formulazione del capo d'accusa, che non lo indicava come amministratore di fatto»*.

È interessante ripercorrere i passaggi argomentativi sui quali il giudice del rinvio aveva fondato il proprio convincimento: esclusa la responsabilità come amministratore di fatto: *«non vi erano elementi sintomatici di una reale autonomia decisionale»* ovvero suggestivi del fatto che *«egli potesse decidere, compiere atti di gestione o definire le condotte fraudolente»* sicché il *«solo ruolo formale di "Responsabile amministrativo e contabile"(...) non poteva apprezzarsi alla stregua di una presunzione iuris et de iure»*.

La Corte territoriale concluse ritenendo che: *«di conseguenza, l'imputato doveva essere considerato un soggetto estraneo all'attività amministrativa, seppure concorrente nel reato proprio»* commesso dal soggetto qualificato.

2. L'amministratore di fatto

Prima di dar conto del profilo di maggior interesse (quello della responsabilità dell'*extraneus*), conviene ricordare brevemente il passaggio motivazionale attraverso il quale la sentenza in commento fissa i parametri essenziali per l'identificazione della figura dell'amministratore di fatto: *«esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione»*, avvertendo tuttavia che *«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 o occasionale»*.

Appena il caso di osservare come siffatta lettura sia perfettamente coerente con il vincolante riferimento normativo, rappresentato dall'art. 2639 c.c., che ha dato positivo riconoscimento a una nozione già elaborata da giurisprudenza e dottrina muovendo dal non controvertibile dato empirico che consegna all'interprete realtà nelle quali la effettiva gestione dell'impresa è in concreto esercitata da soggetti

diversi da quelli che formalmente ricoprono la relativa carica o il relativo ruolo. Non meno interessante l'ulteriore riflessione, concernente il profilo dell'accertamento: *«la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive - in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali sono i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare».*

3. L'*extraneus*

Esclusa la responsabilità come amministratore di fatto, il Giudice del rinvio aveva ritenuto la sussistenza della responsabilità concorsuale dell'*extraneus*, con una serie di argomenti così riassunti dalla sentenza in discorso: il ricorrente: *«aveva rivestito un ruolo formale all'interno della società (...) sapeva dell'assenza o della parzialità delle scritture contabili per il periodo in cui era stato carica (...) era consapevole delle finalità fraudolente sottese alle modalità di tenuta delle scritture contabili»*, sicché *«non poteva prospettarsi l'inconsapevolezza tipica del dipendente, mero esecutore di direttive e incapace di comprendere il portato del proprio agire, come sostenuto dalla difesa»*, non potendo invece l'imputato *«non rappresentarsi le conseguenze della sua condotta ed in virtù di tale rappresentazione, ne aveva, comunque, accettato preventivamente il risultato».*

È propriamente nella censura a siffatta cadenza argomentativa e nel sintetico nitore del canone ermeneutico affermato che si coglie il profilo di maggior interesse della pronuncia qui presentata.

Rinviando ad altra sede un approfondimento ulteriore, preme comunque notare come il Giudice della legge riaffermi fortemente l'esigenza di identificare lo specifico contributo concorsuale apportato.

Dall'*extraneus* al reato commesso dall'agente qualificato, dove il riferimento alla specificità vale non soltanto a connotare il contributo in termini di valenza causale, ma anche in relazione alla necessità che, per essere rilevante ai fini della integrazione di un siffatto contributo, la condotta dell'*extraneus* deve estrinsecarsi in riconoscibili positivi comportamenti. Tale caratterizzazione si collega a due luoghi dialettici, spesso evocati nella prosa della Curia e del Foro, oggetto di riflessioni da parte della dottrina; da un lato la cd responsabilità da posizione, dall'altro il binomio connivenza/concorso.

3.1. Alla mera circostanza storica che il soggetto abbia ricoperto una carica aziendale non può essere connesso alcun tratto suggestivo di una responsabilità concorsuale: di per sé il ruolo formale esercitato non fornisce nulla più che le coordinate per collocare il soggetto nel contesto aziendale, senza che da tale quadro (considerato sia nel complesso dell'organizzazione d'impresa sia nel dettaglio concernente il ruolo del soggetto) possano essere desunti elementi idonei a identificare quello *«specifico contributo concorsuale apportato».*

In concreto alla commissione del reato da parte del soggetto qualificato. Impossibilità strutturale, che deriva dalla natura formale e, volendo, astratta della descrizione tipologica delle attività riconducibili al ruolo aziendale ricoperto: a ben vedere, le caratteristiche, che accedono in modo proprio al ruolo o alla funzione aziendale, non esprimono nulla con riguardo ai comportamenti effettivamente tenuti dall'agente, mentre, in rapporto alla configurazione omissiva impropria, dalle menzionate caratteristiche potrebbero ricavarsi, al più, elementi suggestivi di una eventuale posizione di garanzia ricoperta dall'agente: ma anche in tale ipotesi, la stessa non sarebbe di per sé sola bastevole a dar vita a una responsabilità dell'*extraneus* a titolo concorsuale.

3.1.1. Ambientato nel contesto plurisoggettivo eventuale, il paradigma disegnato dall'art. 40 cpv c.p. sconta l'esigenza che l'omittente fosse a conoscenza (*id est*: fosse consapevole) dell'evento (futuro) che avrebbe avuto l'obbligo di impedire.

Secondo un modo maggiormente analitico: trattandosi di un evento che è accaduto, rispetto al quale occorre predicare la idoneità impeditiva di una condotta che avrebbe dovuto essere tenuta e non lo fu, è coesistente che l'omittente si fosse rappresentato il verificarsi dell'evento futuro rispetto al quale

vige il dovere impeditivo, perché soltanto in tal caso gli è addebitabile a titolo doloso la responsabilità per l'evento futuro stesso. Nel contesto della presente segnalazione, è bastevole un sommario cenno al problema sottostante. Rammentato che, vertendosi in materia di reati dolosi, dovrà trattarsi di rappresentazione effettiva, la peculiarità costituita dall'essere oggetto del momento intellettuale del dolo la raffigurazione di un evento futuro richiede una ulteriore notazione.

La prospettazione di un evento futuro si risolve in un giudizio di previsione circa la probabilità che un dato evento (*rectius*: che un evento appartenente a una data classe tipologica di eventi) abbia ad accadere in un tempo successivo al momento nel quale tale giudizio viene formulato. Se non basato su elementi oggettivi e con essi fortemente interrelato, se condotto al di fuori di un paradigma razionale (e per ciò solo verificabile), un tal genere di giudizio finirebbe con il tradursi nella manifestazione di un'opinione soggettiva, esposto:

- da un lato, alla pressoché fisiologica distorsione del giudizio retrospettivo e,
- dall'altro, alla non controllabile prevalenza dei convincimenti interni del giudice.

Sicché l'opinione soggettiva, figlia ineluttabile della logica soltanto apparente del caso per caso, diverrebbe il paradossale parametro di riferimento per apprezzare la rappresentabilità *ex ante* (ma necessariamente ricostruita *ex post*, dunque: a evento accaduto) dell'evento futuro. Ne segue, quasi per logica inferenza, che la valutazione circa la conoscibilità/rappresentabilità dell'evento futuro dovrà essere fondata su elementi oggettivi esistenti nel tempo nel quale viene collocata la condotta doverosa che l'omittente non realizzò.

Ancora un approfondimento analitico: con riferimento agli elementi esistenti nel tempo nel quale si situa la valutazione della rappresentabilità, occorre precisare che nel loro novero vanno compresi non soltanto quelli in quel momento esistenti, ma anche quelli cronologicamente anteriori. Nel lessico penalistico gli elementi oggettivi esistenti ai quali si è fatto riferimento sono variamente denominati: talvolta segnali o campanelli d'allarme, in altri casi indici segnaletici, *red flag* e via via enumerando, ferma la sostanziale equivalenza contenutistica. Oltre la denominazione, stanno però profili meritevoli d'attenzione.

Difficile negare che in ordine a un accadimento futuro si possa predicare qualcosa di diverso dalla probabilità, essendo a dir poco inappropriato parlare di possibilità, posto che quest'ultimo concetto è sostanzialmente inutilizzabile per la sua evanescente indeterminatezza (si pensi al suo omologo speculare: ragionando in termini di mera possibilità, si dovrebbe negare l'eventualità dell'accadimento futuro soltanto e unicamente nell'ipotesi nella quale se ne possa radicalmente escludere la verifica, ciò che significa attribuire il grado zero di probabilità di verifica: evenienza, quest'ultima, in linea astratta congetturabile, ma inesistente nella concretezza delle realtà giudiziarie oppure affidata a esemplificazioni immaginate, ma in realtà frutto di una cattiva). Se il territorio della probabilità è quello nel quale la valutazione in discorso trova la sua corretta ambientazione, un tale apprezzamento è tuttavia funzione, oltre che degli elementi oggettivi esistenti (i segnali d'allarme, ecc.), anche delle capacità di lettura e di interpretazione adeguate rispetto al settore nel quale si colloca il giudizio prognostico ovvero la previsione da formulare (evidente essendo che ben differente patrimonio di conoscenze è necessario per esprimere una razionale previsione qualora si verta, alternativamente, in materia di continuità aziendale ovvero in campo medico diagnostico).

Il breviliquo segnali d'allarme svela però altri sentieri da percorrere: oggettivamente inteso, il segnale d'allarme non si distingue da un qualunque altro elemento della realtà fenomenica, posto che, a ben vedere, il segnale d'allarme è una denotazione di valore, attribuita secondo un criterio che dipende dal contesto d'interesse. Sicché di un duplice passaggio si compone l'apprezzamento del cd segnale d'allarme: occorre, da un lato, che esso venga riconosciuto come tale (cioè che ne venga percepita la valenza segnaletica, che lo distingue da tutti gli altri elementi della realtà fenomenica), e, dall'altro, che se ne apprezzi la valenza rispetto alla prognosi in ordine all'evento futuro (cioè che ne venga misurata l'incidenza sulla probabilità di accadimento dell'evento futuro).

Per chiudere questa digressione dedicata al contributo concorsuale dell'omittente, rimane da osservare che, qualora si discorra di reati dolosi non deve sfuggire che i segnali d'allarme dovranno specchiarsi nel momento intellettuale del dolo come oggetti di una effettiva rappresentazione (dei quali sia dunque predicabile la conoscenza e non la mera conoscibilità, compatibile soltanto con le fattispecie colpose). In modo analogo, la prognosi circa l'accadimento futuro non potrà essere ridotta a mera possibilità di verifica (o, ancor più implausibilmente, a esclusione della eventualità della verifica): posta in questi termini, la domanda implicherebbe sul piano logico una risposta pressoché sempre affermativa (nel senso della eventualità della verifica, ovvero, specularmente negativa se la domanda dovesse attenersi alla impossibilità della esclusione), con l'ineluttabile conseguente estensione a dismisura della valenza segnaletica del campanello d'allarme e, *en cascade*, delle derivate sul piano dell'attuazione dell'obbligo di attivarsi e, in fine, della responsabilità penale.

3.2. Tornando al sicuro insegnamento della decisione in discorso, è opportuno ricordare che la citazione dei tratti essenziali della motivazione della Corte di merito (sopra trascritti) compiuta dai Giudici della legittimità mostra all'evidenza come il Giudice del rinvio non avesse dato conto di comportamenti specifici attribuiti al ricorrente, comportamenti che, soli, avrebbero potuto integrare quello «*specifico contributo*» la cui sussistenza è condizione essenziale l'integrazione della fattispecie concorsuale.

In questo senso va colta la precisazione ulteriore della sentenza della Corte regolatrice, quando efficacemente nota che per tale modo non si va oltre una descrizione di «*una condotta oggettiva staticamente coincidente con il ruolo formale esercitato dal ricorrente*» (dunque, una responsabilità da posizione): al contrario, per sostenere in modo coerente con il canone che informa la disciplina del concorso di persone nel reato, è necessario che la condotta abbia natura dinamica (seguendo le parole del Giudice di Cassazione, che consista in un *concreto dinamico contributo*). In altri termini, a essere rivendicata è l'esigenza che nella fattispecie plurisoggettiva eventuale il comportamento del concorrente (dell'*extraneus* quando si versa, come nel caso, nel territorio dei reati propri) assuma una effettiva concretezza, rispetto alla quale è unicamente possibile predicare il requisito della rilevanza causale.

Diversamente, come esattamente osserva il Giudice della legge, si finisce con l'affermare una responsabilità penale non già per la condotta, ma per la posizione. L'ulteriore notazione che conclude la decisione in esame è non meno illuminante, pur nella sua sinteticità: dopo aver richiamato l'ambito delle conoscenze di cui il ricorrente poteva disporre in ordine alla vicenda e dopo averne ricordato il ruolo formale all'interno dell'organizzazione aziendale, osserva la Corte di Cassazione che, in assenza di condotte concretamente tenute, è errato «*inferire - e con un salto logico - l'integrazione dell'elemento soggettivo del reato, senza rendersi conto che, in mancanza di una sufficiente specificazione del concreto dinamico contributo concorsuale apportato dall'extraneus nel reato dell'amministratore di diritto, la posizione soggettiva dell'imputato non avrebbe potuto in alcun modo travalicare il perimetro della mera connivenza non punibile*».

Precisazione preziosa: la distinzione fra concorso e connivenza trascorre proprio in questo snodo. La consapevolezza della situazione antiggiuridica da altri posta in essere non fomenta di per sé la configurazione di una forma di concorso eventuale di persone nel reato in capo al soggetto consapevole, a meno che questi non abbia una posizione di garanzia che gli imponga di agire (sempre che si voglia portare all'interno di una figura di concorso una situazione plurisoggettiva caratterizzata, per un soggetto, da una condotta attiva e, per l'altro soggetto, da una condotta omissiva impropria).

Sfornito di poteri/doveri d'intervento, il ricorrente non può essere considerato omittente in senso penalmente rilevante, sicché anche l'eventuale piena consapevolezza della situazione d'illiceità ascrivibile alla condotta dell'*intraeus* rimane esterna all'area del penalmente rilevante.

28 aprile 2022

Avv. Bruna Capparelli