



L'ATTUALE REGIME DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI E DEI SINDACI NEL MODELLO TRADIZIONALE TRA POTERE E DOVERE DI INFORMAZIONE

Michela Rosmino

ABSTARCT

Alla luce delle recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità in tema di individuazione dei precipui doveri e delle responsabilità, sia di natura civile che penale, degli amministratori non esecutivi e dei sindaci nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo della s.p.a., il presente contributo analizza gli elementi essenziali riguardanti il regime di responsabilità connesso alle funzioni di controllo svolte da tali organi nei confronti dell'attività gestoria posta in essere dagli amministratori delegati. Una ben determinata definizione degli obblighi e dei compiti spettanti a ciascuna delle categorie richiamate, in virtù dei diversi ruoli ricoperti nel sistema di governance, rappresenta un indispensabile presupposto per tracciare le linee essenziali di una corretta ricostruzione degli addebiti ascrivibili a coloro che rivestono una posizione che viene definita "di garanzia" degli interessi tutelati nel sistema amministrativo caratterizzato dalla delega del potere gestorio ad uno o più dei componenti del consiglio di amministrazione. In particolare, in una prospettiva penalistica, prendendo le mosse dalla sentenza n. 21702, emanata dalla Corte di Cassazione, V Sez. Pen., il 24 maggio 2016, viene effettuato uno specifico riferimento ai "fatti di bancarotta fraudolenta" ex art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall., ove si mettono in evidenza i principali snodi interpretativi riguardanti le modifiche apportate dalla Riforma del diritto societario (D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) alla normativa civilistica che disciplina i doveri degli amministratori privi di deleghe e dei sindaci, in quanto rilevante e funzionale alla trattazione della responsabilità connessa alla fattispecie incriminatrice in esame.

Sommario: 1. Premessa – 2. I doveri di controllo e i diversi profili di responsabilità degli amministratori non esecutivi – 2.1 L'obbligo degli amministratori di agire in modo informato – 2.2 L'obbligo informativo gravante sugli amministratori delegati – 2.3 Il regime di responsabilità degli amministratori non esecutivi nei confronti della società ex art. 2392 c.c. – 2.4 La responsabilità di natura civile – 2.5. La responsabilità penale degli amministratori non esecutivi per i "fatti di bancarotta fraudolenta" di cui all'art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall. – 3. La funzione di vigilanza del collegio sindacale e il regime di responsabilità ad essa connessa – 3.1 I poteri ispettivi e reattivi del collegio sindacale – 3.2. La responsabilità civile dei sindaci ex art. 2407 c.c. – 3.3 La responsabilità penale dei sindaci per i "fatti di bancarotta fraudolenta" di cui all'art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall.

1. Premessa

Nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo della s.p.a., caratterizzato dal binomio organo di amministrazione pluripersonale (consiglio di amministrazione) e organo di controllo interno (collegio sindacale), l'istituto della delega del potere gestorio, largamente diffuso nella prassi, consente al consiglio di amministrazione di affidare l'esercizio di determinate proprie competenze ad uno o più dei membri di cui è composto.

Tale ripartizione delle funzioni determina la distinzione tra gli amministratori delegati, investiti di una funzione di amministrazione diretta e gli amministratori non esecutivi, con funzione

essenzialmente “valutativa”, di monitoraggio e di supervisione sull’operato e sui processi decisionali dei primi. Un sistema amministrativo così articolato, che determina un’attenuazione del principio di collegialità, persegue una duplice finalità: da un lato quella di rendere più efficiente e celere l’adempimento della prestazione gestoria e, dall’altro lato, quella di promuovere una “specializzazione” delle funzioni amministrative attraverso un’adeguata valorizzazione delle competenze e delle professionalità esistenti all’interno del consiglio¹. Ne deriva un sistema di controllo sulla gestione, in parte interno al consiglio di amministrazione e affidato in generale agli amministratori non esecutivi e, in parte, esterno all’organo gestorio che spetta al collegio sindacale².

Nel contesto sopra delineato, dunque, stante la complessità del reticolo di controlli che ne deriva, uno degli aspetti che presenta maggiori elementi di criticità riguarda l’esatta individuazione dei doveri e degli oneri gravanti su ciascuno degli organi coinvolti nel sistema, al fine di tracciare la sfera delle competenze ad essi riconosciute e delle responsabilità che ne derivano. Nel corso degli ultimi anni, numerosi sono stati gli interventi della giurisprudenza di legittimità nei quali è stata affrontata la questione *de qua* sia sotto il profilo civile che penale, mettendo in risalto i principali snodi interpretativi sviluppatisi intorno al tema dei doveri e delle responsabilità nascenti in un struttura amministrativa basata sulla delega delle funzioni gestorie.

In particolare, la Suprema Corte, con un recente provvedimento³, ha deliberato sul regime di responsabilità degli amministratori non esecutivi nonché dei sindaci di s.p.a. con specifico riferimento ai “*fatti di bancarotta fraudolenta*” di cui all’art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall.⁴.

L’*iter* argomentativo percorso dai giudici di legittimità nella fattispecie richiamata, ruota attorno alla necessità di stabilire quando ed in che termini tali categorie di soggetti possano essere chiamate a rispondere, a titolo di concorso, nel reato di bancarotta posto in essere nell’esercizio dell’attività amministrativa. Nel caso di specie viene riscontrata una responsabilità penale dei soggetti summenzionati che, mediante la propria condotta omissiva, hanno contribuito a cagionare, con dolo, il fallimento della società nella cui struttura di *governance* essi ricoprivano, in virtù degli incarichi rivestiti, una posizione che viene definita “di garanzia”, ossia di tutela degli interessi indicati dalla disciplina normativa, in ragione della quale sussisteva in capo agli stessi l’obbligo giuridico di intervenire per impedire l’evento

¹ Cfr. senso F. Barachini, *sub art. 2381 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società - dell’azienda della concorrenza (artt. 2379-2451)*, a cura di D. U. Santosuosso, Utet Giuridica, Torino, 2015, p. 99.

² D. Regoli, *Gli amministratori indipendenti: alcune condizioni per un più efficace funzionamento di questo strumento di governance nel sistema dei controlli sulla gestione*, in *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di Abbadessa, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 54-56.

³ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 13 novembre 2015), 24 maggio 2016, n. 21702, in banca dati *Leggi d’Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁴ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, il cui testo è stato aggiornato, da ultimo, dal D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 e dal D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 giugno 2016, n. 119.

dannoso, obbligo disatteso e diventato fonte di responsabilità per il tramite del nesso causale previsto dall'art. 40, 2° comma, c.p.⁵.

Tale pronuncia, che conferma il costante approccio ermeneutico precedentemente adottato dalla Suprema Corte, analizza gli effetti, rilevabili anche in sede penale, delle modifiche apportate dalla Riforma del diritto societario (D.lgs. n. 6/2003) alla normativa che disciplina i doveri degli amministratori privi di deleghe e dell'organo di controllo interno delle s.p.a. e offre lo spunto per effettuare, in questa sede, una disamina delle attribuzioni, degli obblighi e degli oneri che gravano sulle due distinte figure di garanzia richiamate e dei connessi profili di responsabilità.

Il provvedimento in esame è d'interesse anche in una prospettiva civilistica, in quanto preliminarmente alla trattazione della specifica questione sottoposta al giudizio della Corte di Cassazione ed in funzione di essa, il collegio giudicante richiama le principali disposizioni della disciplina codicistica di riferimento, essendo le stesse funzionali anche all'accertamento della responsabilità sotto il profilo penale. Più specificamente, in tale sede risultano rilevanti: l'obbligo di "*agire in modo informato*" gravante sugli amministratori (ex art. 2381, 6° comma, c.c.); i doveri propri della funzione di vigilanza e i poteri del collegio sindacale (artt. 2403 e 2403-bis c.c.); il dovere d'intervento gravante sugli amministratori non esecutivi, finalizzato ad evitare atti pregiudizievoli posti in essere dagli amministratori delegati oppure volti ad eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, 2° comma, c.c.). Si tratta di disposizioni che assumono un'indubbia valenza integrativa del precetto di cui all'art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall., in quanto elementi extrapenali della fattispecie incriminatrice.

Un ulteriore dato da sottolineare in via preliminare, è che la responsabilità addebitabile agli amministratori non esecutivi e ai sindaci presentano tratti sovrapponibili ed elementi di contiguità, derivanti dal potere-dovere di controllo che entrambe le categorie sono chiamate a svolgere nei confronti dell'attività gestoria degli organi delegati, ma è pur sempre necessario tenere conto delle differenti sfaccettature che tale funzione può assumere in relazione ai diversi ruoli assegnati a ciascuno di essi e ai molteplici livelli di intervento attraverso cui si snoda la loro distinta attività. Sul punto, in base a quanto espressamente previsto dalla disciplina giuridica, è possibile rilevare la seguente ripartizione di competenze, come presupposto da cui far partire l'analisi *de qua*:

- gli organi delegati gestiscono l'impresa, in particolare "curano" che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa e, oltre ad essere obbligati a fornire le informazioni richieste dai deleganti, hanno il dovere di mantenere un flusso costante di informazioni, relative al generale andamento della gestione, alla sua evoluzione, alle operazioni di maggior rilievo della società e delle controllate, nei confronti sia del consiglio di amministrazione che dell'organo di controllo interno (art. 2381, 5° comma, c.c.);

⁵ L'art. 40, 2° comma, c.p. dispone che: "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*".

- il consiglio di amministrazione (di cui fanno parte anche gli amministratori non esecutivi) “valuta” l’adeguatezza di tali assetti, “esamina”, ove elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società, “valuta”, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione (art. 2381, 3° comma, c.c.), svolge anche un controllo di merito sull’andamento della gestione svolta dagli esecutivi;
- il collegio sindacale, cui spetta il controllo di legittimità sugli atti di gestione e sui comportamenti realizzati nello svolgimento dell’attività d’impresa, “vigila” sull’osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta gestione ed in particolare sull’adeguatezza degli assetti adottati dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403, 1° comma, c.c.).

Una ben definita ripartizione delle competenze nell’ambito dei doveri di controllo, pertanto, consente di tracciare ed analizzare nel presente contributo, gli elementi essenziali riguardanti i diversi regimi di responsabilità, sia di natura civile che penale, in quest’ultimo caso con particolare riferimento al reato di bancarotta fraudolenta ex art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall., gravanti su coloro che sono titolari di un rapporto organico con la società e possiedono diretti e concreti poteri di rappresentanza, gestione, organizzazione e controllo su tutte le operazioni riconducibili all’oggetto sociale, rispetto a coloro che svolgono una funzione di vigilanza ai sensi dell’art. 2403, 1° comma, c.c.

2. I doveri di controllo e i diversi profili di responsabilità degli amministratori non esecutivi

Il costante orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità⁶ in ordine ai precipui doveri ed alla responsabilità degli amministratori non esecutivi ha rilevato che l’istituto della delega del potere gestorio si inserisce in una prospettiva di rinnovamento di rilievo sistematico ed operativo attuato dalla Riforma del diritto societario del 2003. Tali innovazioni riguardano principalmente:

- una definizione più analitica dei poteri e dei doveri dell’organo di amministrazione, del presidente e degli organi delegati, basata su quanto disposto dell’art. 2381 c.c., che disciplina gli aspetti “fisiologici” della delega (ossia le condizioni per accedere ad essa, gli effetti che produce in base alla diversificazione dei compiti nel rapporto tra delegati e deleganti e i limiti entro cui il potere gestorio è delegabile);
- i parametri su cui fondare la responsabilità degli amministratori, indicati nell’art. 2392 c.c., il cui dispositivo regola gli aspetti “patologici” della delega, laddove siano disattesi gli obblighi normativi che tale istituto giuridico implica⁷.

Per quanto concerne in particolare il primo punto, si osserva che l’obiettivo principale di questa nuova disciplina è quello, anzitutto, di definire in maniera più chiara ed equilibrata la sfera delle funzioni e dei compiti spettanti agli amministratori delegati (dotati di funzioni

⁶ Cass. Pen., Sez. V, (7 marzo 2014) 22 luglio 2014, n. 32352; Cass. Pen., Sez. V, (ud. 4 maggio 2007), 19 giugno 2007, n. 23838, in banca dati *Leggi d’Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁷ F. Barachini, *cit.*, p. 101.

prevalentemente “operative”) e agli amministratori deleganti (investiti di competenze “valutative” e di supervisione) implicando, su un piano sostanziale, una speculare differenziazione effettiva delle rispettive responsabilità, le quali dovranno essere valutate in maniera difforme alla luce dei diversi obblighi che sugli stessi gravano, in modo da coniugare due particolari esigenze: da un lato preservare il potere d’iniziativa dei consiglieri di amministrazione, evitando un’eccessiva dilatazione degli obblighi di controllo in capo agli organi deleganti e, dall’altro lato, impedire un ampliamento indebito delle rispettive responsabilità gestorie, al fine di evitare che gli amministratori non esecutivi risultino esposti ad un trattamento eccessivamente gravoso rispetto al ruolo ricoperto.

In base alla disciplina pre-riforma, infatti, risultava particolarmente complicato l’accertamento in concreto della responsabilità degli amministratori non esecutivi, in quanto, essendo previsto, quale parametro di riferimento, un generico obbligo di “*vigilanza sul generale andamento della gestione*” (espressione, contemplata nel previgente testo dell’art. 2392, 2° comma, c.c., che a causa della sua vaghezza è sempre stata fonte di molte incertezze applicative), non sempre il danno poteva essere configurato come effetto immediato e diretto della condotta da essi tenuta (elemento ritenuto essenziale dall’art. 1223 c.c. ai fini dell’individuazione del danno risarcibile). In concreto accadeva che, in sede giurisdizionale, gli stessi profili di responsabilità riconosciuti ai delegati venivano estesi indiscriminatamente a tutti i componenti del consiglio, tanto da generare una serie di condanne per gli amministratori non esecutivi basate su una responsabilità di natura sostanzialmente oggettiva⁸ (ossia non caratterizzata dalla sussistenza né del dolo né della colpa, quale elemento soggettivo dell’illecito). L’ipotesi di responsabilità per “*culpa in vigilando*” è stata oggetto di indebite estensioni soprattutto nell’ambito delle azioni esperite da procedure concorsuali⁹.

La Corte di Cassazione ha rilevato che, in un simile contesto, l’intervento riformatore ha avuto come obiettivo proprio quello di risolvere tale problematica mediante l’introduzione di criteri direttivi più specifici, al fine di correggere l’applicazione pratica dei parametri di valutazione della responsabilità. Tanto è stato attuato attraverso un duplice binario: riconoscendo da un lato, un ben individuato obbligo di “*agire in modo informato*” gravante sugli amministratori ex art. 2381, 6° comma, c.c. (che ha sostituito il predetto dovere di “*vigilanza sul generale andamento della gestione*”) e dall’altro lato, in maniera correlata, ha definito in termini di maggior dettaglio il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione e quello degli amministratori delegati per quanto riguarda i flussi informativi endoconsiliari, sancendo l’obbligo di effettuare un resoconto informativo in capo al primo (in base all’art. 2381, 1° comma, c.c., infatti, il presidente “*provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all’ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri*”) nonché l’obbligo previsto per

⁸ P. Abadessa, *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abadessa e G.B. Portale, vol. II, Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.l., Milano, 2006, p. 502.

⁹ Relazione al D.lgs. 17 gennaio 2003, § 6, n. 4, disponibile su www.tuttocamere.it; V. Salafia, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Le Società*, 2006, pp. 290-294.

gli amministratori delegati di fornire, con prestabilita periodicità, adeguate notizie “*sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate*” (art. 2381, 5° comma, c.c.).

In tal modo si ritiene che la Riforma del 2003 abbia ridimensionato le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché l’art. 2392, 1° comma, c.c., chiarisce che essi sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, ravvisando, per un verso un regime di solidarietà più “attenuato”, in quanto declinato sulla base dei ruoli concretamente ricoperti da ciascuno e, per altro verso, una speculare amplificazione della responsabilità degli amministratori delegati rispetto ai deleganti in conformità al dato di fatto che solo i primi svolgono funzioni di amministrazione diretta.

Come chiarisce la Relazione alla Riforma¹⁰, lo scopo dell’ampia circolazione delle informazioni sulla gestione è quello “*da un lato di rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio (che può impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega: art. 2381, terzo comma)*” e dall’altro di “*definire un’articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento (...) in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite*”¹¹.

2.1. L’obbligo degli amministratori di agire in modo informato

Nella ricostruzione dei doveri gravanti sugli amministratori non esecutivi la Suprema Corte colloca al centro dell’attenzione il “*dovere di agire informati*” previsto dall’art. 2381, 6° comma, c.c.

La norma in commento, attraverso tale previsione, implicitamente riconosce a ciascun consigliere, *uti singulus*, qualunque sia lo specifico ruolo da essi svolto all’interno del collegio, il potere-dovere di informarsi su ciò che attiene alla gestione della società. Sebbene non ne siano specificate le modalità e gli strumenti attraverso cui attuare tale prerogativa, essa viene identificata con la richiesta di notizie nei confronti dei delegati e con la materiale verifica del funzionamento della struttura stessa. È necessario sottolineare che l’agire del consigliere si deve estrinsecare in sede consiliare attraverso la partecipazione alle delibere. Successivamente alla richiesta di informazioni, infatti, il delegato sarà tenuto a riferire le notizie esclusivamente al consiglio inteso come *plenum*, essendo questa l’unica sede legittimata alla raccolta del ragguaglio informativo sollecitato¹², che dovrà riguardare quella

¹⁰ Relazione al D.lgs. 17 gennaio 2003, § 6, n. 2, *cit.*

¹¹ A. De Nicola, *sub art. 2381 - Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in *Commentario alla Riforma delle società*, P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 106.

¹² Si esclude che le informazioni, al contrario, possano essere fornite in sede extraconsiliare, unicamente nei confronti dell’amministratore o degli amministratori richiedenti, poiché le informazioni necessitano di essere rese disponibili a tutti i componenti del consiglio, al fine di evitare ogni asimmetria informativa o disparità di trattamento tra i diversi amministratori e in tal caso il consiglio potrà essere convocato dal presidente su richiesta di uno o più amministratori interessati a ricevere in tempi congrui le informazioni richieste; cfr. F. Barachini, *cit.*, p. 111.

parte di gestione (rappresentata, ad esempio, dalle ragioni delle scelte operative, dal contesto in cui gli atti sono maturati, ecc.) che non risulta dalle scritture contabili e dai documenti di supporto e che rientra nella concreta esperienza del delegato, sulla quale egli è tenuto a rendere conto. Nel caso in cui le informazioni fornite dagli organi delegati apparissero illogiche o immotivate o insufficienti o influenzate da conflitti di interesse, sarà non solo possibile ma doveroso per gli amministratori deleganti richiedere al consiglio nella sua interezza un'indagine o un'attività di accertamento se vi è motivo di ritenere che l'interesse sociale possa essere compromesso¹³.

Il consiglio di amministrazione, pertanto, pur avendo effettuato determinate deleghe di funzioni di propria competenza nei confronti degli amministratori esecutivi, rimane pur sempre titolare del potere di gestione. Segnatamente, si determina una competenza concorrente e sovraordinata del consiglio rispetto agli organi delegati, in virtù della quale quest'ultimo continua a detenere taluni rilevanti poteri, in particolare:

- **determina** il contenuto, i limiti e le modalità di esercizio della delega;
- **conserva** la possibilità di impartire direttive ai delegati e di avocare a sé il compimento di specifiche operazioni, nonché di revocare in ogni tempo la delega;
- **esamina** i piani strategici, industriali e finanziari dell'impresa, la cui elaborazione si presume sia opera degli amministratori delegati;
- **valuta** l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile della società e il generale andamento della gestione, sulla base delle relazioni e delle informazioni che i delegati sono tenuti a fornire;
- **è tenuto ad effettuare un'attività di controllo** sulla condotta dei delegati, il cui operato potrebbe in concreto arrecare danni che tutti gli amministratori che compongono il consiglio hanno l'obbligo di prevenire ed evitare. Le relazioni e le informazioni rese dagli organi delegati, dunque, non possono essere oggetto di ricezione passiva da parte del consiglio, il quale non soltanto è chiamato a valutare i dati che gli sono proposti, ma a chiedersi criticamente se quei medesimi dati appaiono davvero sufficienti, in relazione al tipo di impresa e di operazioni di cui si tratta e se occorra eventualmente richiederne altri o comunque provocare maggiori chiarimenti al fine di rispettare il suaccennato obbligo di agire in modo informato. Al potere di controllo è correlato un dovere di intervento sancito dall'art. 2392, 2° comma, c.c., finalizzato ad evitare atti pregiudizievole posti in essere dai delegati o ad attenuare le conseguenze dannose laddove tali atti siano stati già eseguiti.

Da tutto quanto sopra esposto è possibile dedurre che se da un lato è certamente venuta meno la pretesa del legislatore che gli amministratori non esecutivi esercitino autonomamente e spontaneamente una specifica vigilanza sul generale andamento della società (rischiando di incorrere nella conseguente responsabilità omissiva) dall'altro lato, però, è espressamente richiesto che i medesimi amministratori non delegati valutino nella sede consiliare quanto gli organi delegati siano tenuti a riferire circa il generale andamento

¹³ A. De Nicola, *sub art. 2381, cit.*, pp. 127-129.

della gestione ed in ordine al proprio operato e che si attivino per ricevere le informazioni occorrenti affinché detta valutazione possa essere effettuata con piena consapevolezza¹⁴.

Il potere ispettivo, dunque, risulta strumentale ad una consapevole partecipazione degli stessi all'attività del consiglio, al fine di assumere le decisioni necessarie per preservare il corretto esercizio della funzione amministrativa. Qualora dall'esame delle scritture contabili e dei relativi documenti, pertanto, sorgessero dubbi sulla correttezza dell'operato dell'amministratore delegato, sia in termini di "convenienza", sia in termini di "legittimità", il consigliere non operativo potrà invitarlo a riferire al consiglio affinché in questa sede qualsiasi perplessità sia correttamente esaminata e valutata in una dialettica nella quale potrà essere coinvolto anche il membro delegato, consentendo di adottare gli opportuni provvedimenti che le informazioni raccolte consigliano e/o impongono al *plenum*, il quale conserva al riguardo una competenza decisoria esclusiva per assicurare quella ponderatezza e quell'approfondimento che, generalmente, l'osservanza del metodo collegiale può garantire. Per quanto riguarda gli strumenti messi a disposizione dei deleganti per assolvere all'obbligo di agire informato, secondo la tesi prevalente in dottrina¹⁵ e condivisa dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶, è escluso che i singoli amministratori deleganti possano chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e procedere ad atti di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio.

Qualora un amministratore non esecutivo abbia dubbi relativi ad aspetti particolari dell'attività sociale, inoltre, potrà sempre esternarli al collegio sindacale il quale è dotato di tutti i necessari poteri di indagine riconosciuti dall'art. 2403-*bis* c.c.

2.2. L'obbligo informativo gravante sugli amministratori delegati

L'obbligo informativo gravante sugli amministratori delegati previsto dall'art. 2381, 5° comma, c.c. (da attuarsi nei confronti del consiglio e dell'organo di controllo interno con la periodicità stabilita dallo statuto ed in ogni caso almeno ogni 6 mesi) è considerato strumentale all'adempimento delle funzioni proprie del consiglio di amministrazione, non potendo questo assolvere ai doveri cui è preposto se privo dei dati informativi necessari, dati che possono essere forniti solo dagli organi delegati, che sono i protagonisti delle questioni gestorie.

Il profilo informativo endoconsiliare, dunque, assume un ruolo centrale nell'ambito della regolamentazione dei rapporti tra il consiglio e i delegati, nel senso che un'appropriata ed esauriente circolazione delle informazioni costituisce una condizione indispensabile per attribuire maggiore efficacia alle riunioni ed alle deliberazioni, per prevenire comportamenti

¹⁴ R. Rordorf, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Le Società*, 2008, pp. 1197-1199.

¹⁵ *Ex multis* P. Abadessa, *cit.*, p. 506; A. Zanardo, *La ripartizione delle competenze in materia degli assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, p. 269; R. Sacchi, *Commento alla sent. Cass. Pen., V Sez., 4 maggio-19 giugno 2007*, n. 23838, in *Giur. comm.*, marzo - aprile 2008, p. 386/II; in senso contrario V. Salafia, *cit.*, p. 291.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 4 maggio 2007), 19 giugno 2007, n. 23838, *cit.*

non corretti e, di conseguenza, rappresenta uno strumento fondamentale per la ricostruzione delle responsabilità.

Il contenuto sostanziale di tale obbligo informativo riguarda:

- **l'andamento generale della gestione**, che si riferisce alla situazione complessiva dell'impresa sociale che tenga anche conto dei risultati economici perseguiti;
- **la sua prevedibile evoluzione**, che implica una valutazione prognostica che l'organo delegato è tenuto a sottoporre al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale ai quali è rimessa ogni valutazione finale nell'ambito delle rispettive competenze e responsabilità;
- **le operazioni di maggiore rilievo** che, come osservato dalla Relazione di accompagnamento al D.lgs. n. 6/2003), la rilevanza delle operazioni effettuate dalla società o dalle sue controllate, sulle quali gli amministratori esecutivi sono tenuti ad informare il consiglio ed il collegio sindacale, va valutata sia in senso quantitativo che qualitativo dovendosi fare riferimento alle dimensioni ed alle caratteristiche delle operazioni (come, ad esempio, nel caso di operazioni inusuali o atipiche rispetto all'attività normalmente svolta dalla società, ovvero compiute o deliberate da amministratori portatori di un interesse personale)¹⁷.

2.3. Il regime di responsabilità degli amministratori non esecutivi nei confronti della società ex art. 2392 c.c.

L'azione sociale prevista dall'art. 2392 c.c., in via generale, mira a far valere la responsabilità degli amministratori per quelle violazioni dei loro doveri che abbiano cagionato un pregiudizio patrimoniale alla società.

Per evitare un irragionevole ampliamento delle responsabilità la norma consente una maggiore "personalizzazione" del profilo di responsabilità di ogni amministratore che tenga conto degli aspetti oggettivi e soggettivi del caso concreto, prevedendo, a tal fine, specifici criteri sulla base dei quali deve essere ricostruito il grado di diligenza richiesto agli amministratori e tracciando una specifica ripartizione di competenze e responsabilità tra amministratori deleganti e delegati.

Tali parametri direttivi si identificano:

- nella "*natura dell'incarico*", (criterio oggettivo, che evoca l'art. 1176, 2° comma, c.c.);
- nelle "*specifiche competenze degli amministratori*" (criterio soggettivo che attiene al livello di professionalità dell'amministratore).

Per quanto riguarda il primo criterio, l'accertamento della responsabilità presuppone il riferimento sia alle caratteristiche oggettive dell'impresa (*in primis* dimensioni, articolazione organizzativa, settore di attività in cui si esplica l'attività economica, struttura dell'azionariato), nonché alle circostanze specifiche dell'operazione svolta (come l'importanza della stessa, il tempo e le risorse a disposizione, ecc.), sia alla funzione concretamente

¹⁷ A. Maffei Alberti, *sub art. 2381, Commentario breve al diritto delle società*, in *Breviaria Iuris*, fondati da G. Cian e A. Trabucchi e continuati da G. Cian, III ed., Cedam, Padova, 2015, pp. 644-646.

espletata da ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale (ossia se operi come presidente, amministratore con deleghe, amministratore senza deleghe)¹⁸.

La diligenza rapportata, invece, sul parametro delle specifiche competenze introduce un elemento di valutazione che attiene al rapporto tra le attività esercitate dalla società e le cognizioni specifiche dei singoli componenti del consiglio: in relazione a ciascun evento dannoso devono essere identificate le competenze necessarie per conseguire un'idonea valutazione e, solo in relazione al risultato di tale accertamento, deve essere definita la diligenza richiesta. Sussiste una condotta negligente dell'amministratore non solo se questi intraprenda una determinata iniziativa senza valutarne i prevedibili risultati o senza calcolarne i rischi connessi, ma anche qualora egli non utilizzi le specifiche competenze in suo possesso. In sintesi l'attività gestoria deve essere basata sul rispetto dei canoni di prudenza, ragionevolezza ed informazione e, quindi, necessita di essere attuata senza irragionevoli, improvvisate e dannose decisioni.

La determinazione dell'ambito della "specifico competenza" e del grado di responsabilità del singolo amministratore rientra nell'area di discrezionalità tecnica del giudice¹⁹.

L'art. 2392, 2° comma, c.c. prevede la responsabilità solidale degli amministratori conseguente alle violazioni a loro imputabili, ma attraverso il rinvio al 3° comma dell'art. 2381 c.c., definisce una diversificazione di competenze e responsabilità tra amministratori deleganti e delegati, affinché sia possibile differenziare:

- la responsabilità che deriva dalle scelte operative dei delegati;
- la responsabilità derivante dal dovere di controllo da esercitare sull'attività dei delegati, che dovrà svolgersi sulla base dei rapporti informativi del delegato, indicati espressamente dalla legge, nonché da quelli supplementari eventualmente stabiliti dallo statuto.

Se da un lato il legislatore, quindi, ha escluso la responsabilità degli amministratori privi di delega per gli atti rientranti nella sfera di competenza formalmente riservata agli organi delegati, dall'altro lato ritiene responsabili solidalmente gli amministratori non esecutivi per non aver esercitato azione di controllo sulle operazioni affidate ai soggetti incaricati. Questa responsabilità sostituirebbe la vecchia responsabilità per omissione di vigilanza sull'andamento generale della gestione.

L'art. 2392, 2° comma, c.c. prevede, quindi, una responsabilità derivante da un dovere di intervento degli amministratori non esecutivi che discende dall'obbligo di agire in modo informato ex art. 2381, 6° comma, c.c. e dall'obbligo di impedire l'esecuzione di atti che rechino pregiudizio alla società.

La condotta sanzionata è, pertanto, omissiva e consiste nell'astensione di un intervento correttivo o impeditivo di atti pregiudizievoli posti in essere dagli organi delegati e nell'astensione da un intervento idoneo ad eliminare o attenuare gli aspetti dannosi degli atti pregiudizievoli.

¹⁸ A. Maffei Alberti, *sub art. 2392, Commentario breve al diritto delle società, cit.*, pp. 730-731.

¹⁹ A. De Nicola, *sub art. 2392, cit.*, 2005, pp. 554-557.

2.4. La responsabilità di natura civile

La natura giuridica della responsabilità degli amministratori verso la società è qualificabile come contrattuale, essendo tale la natura del rapporto che viene ad instaurarsi tra amministratori e società. La responsabilità solidale degli amministratori, inoltre, in sede civile, non è di natura oggettiva, ma un elemento costitutivo della fattispecie è la colpa, per fatto proprio e non per fatto altrui. I giudici di legittimità su tale aspetto chiariscono che: *“È innegabile, analogamente nel solco dell’art. 2392 c.c., comma 2, che, al di là della violazione di obblighi specifici e puntuali, la responsabilità dell’organo gestorio è destinata essenzialmente a scaturire dalla violazione del dovere generico di corretta amministrazione (cosiddetta “colpa-negligenza”), ossia dal compimento di scelte gestorie palesemente irrazionali e contrarie agli elementari principi di regolare amministrazione (è il caso dell’omissione, da parte dell’amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche, di quelle informazioni preventive che normalmente si impongono in relazione alla determinazione da assumere”²⁰.*

Le condizioni necessarie su cui fondare tale responsabilità sono:

- la conoscenza (o la mera conoscibilità mediante la dovuta diligenza connessa alla carica ricoperta) dell’atto pregiudizievole in fase di commissione o successivamente alla sua commissione. La conoscenza dei fatti di gestione da parte dell’amministratore non esecutivo è collegata al suo potere ispettivo e informativo e una colpa, che può ritenersi rilevante in sede di responsabilità civile, potrà ravvisarsi se egli si sia astenuto dall’approfondire l’indagine relativamente a fatti il cui rischio sia stato già palesato e non sia stato adeguatamente valutato a causa di negligenza o imperizia. La Suprema Corte sul punto ha, di recente, affermato: *“È da escludere recisamente che i consiglieri deleganti versino nella posizione meramente passiva di «destinatari di informazioni»: siccome si è chiarito in dottrina «gli amministratori devono attivarsi al fine di entrare in possesso di tutte le informazioni necessarie per assumere le relative decisioni e per conoscere l’andamento della gestione» e «non potranno andare esenti da responsabilità né attraverso l’allegazione di un’insufficiente spontanea informazione da parte degli organi delegati, né adducendo l’ignoranza di fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere-dovere di esigere puntuali informazioni”²¹.* Il consigliere potrà riferire prontamente l’irregolarità riscontrata al consiglio di amministrazione e sollecitarne l’intervento poiché tale potere di intervento non è attribuito ai singoli consiglieri sugli atti degli organi delegati, ma al contrario spetta solo al consiglio di amministrazione nel suo complesso, che ha il potere di correggerne l’esercizio, o in casi estremi, anche quello di revocare la delega.

- il dovere di intervento (si poteva/doveva agire e non è stato fatto)²².

²⁰ Cass. Civ., Sez. II, 7 settembre 2016, n. 17689, in banca dati *Leggi d’Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

²¹ Cass. Civ., Sez. II, 7 settembre 2016, n. 17687, in banca dati *Leggi d’Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

²² V. Salafia, *cit.*, pp. 290-294.

I caratteri della colpa dell'amministratore non esecutivo, pertanto, si identificano nell'inadeguata conoscenza dell'altrui illecita gestione, per non aver rilevato con la dovuta diligenza i segnali presuntivi della stessa e per non essersi utilmente attivato al fine di evitare l'evento dannoso²³.

Per sottrarsi a responsabilità derivanti da deliberazioni consiliari, inoltre, non è sufficiente che l'amministratore si astenga dal voto riguardante la deliberazione pregiudizievole, ma deve far annotare il suo dissenso nel libro delle adunanze e deliberazioni del consiglio di amministrazione e deve darne comunicazione per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392, 3° comma, c.c.). Occorre, inoltre, che nella fase di attuazione, egli vigili ed intervenga per eliminare o, quantomeno, attenuare le conseguenze dannose dell'operazione precedentemente deliberata. Se però, per giustificati motivi, l'amministratore non partecipa alla riunione del consiglio in cui la deliberazione pregiudizievole viene presa e ne ha notizia quando non è più possibile evitare il danno, per sottrarsi alla responsabilità non necessita di seguire il procedimento previsto dalla norma citata²⁴.

Gli ulteriori elementi fondamentali su cui la responsabilità per colpa si fonda, oltre al comportamento illegittimo dell'agente sono:

- il danno subito dalla società;
- il nesso di causalità tra il danno stesso e quel comportamento.

Ne deriva che in caso di azione di responsabilità esercitata contro l'amministratore dalla società sarà onere di chi agisce in giudizio provare che i comportamenti dell'amministratore siano contrari ai doveri connessi alla sua funzione, nonché il danno che la società ha subito e la sussistenza della dipendenza causale tra tale danno sociale e quel comportamento illegittimo.

Resta a carico del convenuto (ovvero dell'amministratore chiamato in giudizio) la prova che l'eventuale violazione dei propri doveri sia dovuta ad una causa a lui non imputabile, secondo la regola generale stabilita dall'art. 1218 c.c.

Si ritiene, inoltre, che in sede giurisdizionale la verifica del grado di diligenza con cui l'amministratore ha ottemperato ai propri doveri non può essere estesa fino a ricomprendere anche un sindacato di merito sull'opportunità delle scelte gestionali, essendo coperto dalla cosiddetta *business judgment rule*. L'amministratore, pertanto, non potrebbe essere chiamato a rispondere unicamente del fatto che la gestione dell'impresa sociale ha avuto un esito negativo, ma sarebbe da ritenersi giuridicamente responsabile solo se le modalità del suo agire denotino la mancata adozione delle cautele o la non osservanza dei canoni di comportamento che discendono dal dovere di diligente gestione rapportato alla natura dell'incarico ed alle specifiche competenze, che consente al soggetto incaricato della funzione gestoria di agire in modo professionalmente adeguato²⁵.

²³ Cass. Civ., Sez. I, 3 maggio 2016, n. 8730; Cass. Civ., Sez. I, 9 novembre 2015, n. 22848 in banca dati *Leggi d'Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

²⁴ In tal senso R. Rordorf, *cit.*, pp. 1197-1199.

²⁵ R. Rordorf, *cit.*, pp. 1192-1197.

2.5. *La responsabilità penale degli amministratori non esecutivi per i “fatti di bancarotta fraudolenta” di cui all’art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall.*

L’art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall., punisce i soggetti della bancarotta impropria (tra cui rientrano gli amministratori ed i sindaci) che *“hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società”*. In via sintetica, dunque, è possibile affermare che nella fattispecie in esame il fallimento viene inteso, sotto un profilo sostanziale, come stato di dissesto che svolge il ruolo eccezionale di evento del reato e deve essere necessariamente legato alla condotta dolosa del soggetto agente da un rapporto di causalità materiale²⁶.

La causazione dolosa del fallimento, dunque, si articola sulla sussistenza di:

- una condotta contrassegnata da un comportamento volutamente diretto non alla salvaguardia delle sorti sociali, ma di terzi, fruendo del delicato strumento societario. Il dolo consiste in una situazione preordinata, diretta a creare uno squilibrio economico in seno alla società;
- un nesso di causalità tra il comportamento ed il fallimento;
- una volontà protesa al fallimento, con rappresentazione del futuro dissesto ed una sua volizione.

Il piano criminoso, tuttavia, non deve necessariamente avere come risultato ricercato il fallimento, ma è sufficiente che (a titolo di dolo eventuale) si accetti la situazione di dissesto, pur di realizzare l’obiettivo illecitamente prefissato. Il soggetto agente, in altri termini, o deve volere il fallimento della società, cagionandolo intenzionalmente, ovvero deve volontariamente porre in essere condotte di valenza negativa per il patrimonio sociale, che determinano causalmente il fallimento della persona giuridica²⁷.

Le “operazioni dolose”, inoltre, sono il risultato dell’infedeltà alle funzioni o la violazione dei doveri discendenti dal rapporto con la società, portatrici di pregiudizio per i creditori e realizzate per uno scopo estraneo agli interessi societari²⁸.

Oggetto della norma in commento, quindi, è la commissione di abusi di gestione o di inottemperanza ai doveri imposti dalla legge all’organo amministrativo nell’esercizio della carica ricoperta, ovvero di atti intrinsecamente pericolosi per la situazione economico-finanziaria della società, trattandosi di condotte (anche di natura omissiva) produttive di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l’impresa. Siffatte operazioni

²⁶ A. Maffei Alberti, *sub art. 223 Legge Fallimentare*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, in *Breviaria Iuris*, fondati da G. Cian e A. Trabucchi, V ed., Cedam, Padova, 2009, p. 1294.

²⁷ C. Santoriello, *La bancarotta fraudolenta impropria: l’art. 223, comma 2, R.D. n. 267 del 1942*, in *Le Società*, 2015, p. 626.

²⁸ Sul punto cfr. G. Lo Cascio, *sub art. 223 L. Fall.*, in *Codice Commentato del fallimento, normativa comunitaria - normativa transfrontaliera - normativa tributaria - sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, III ed. Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milano, 2015, pp. 2506-2507.

dolose possono essere strumentali alla dissimulazione dello stato di dissesto, ossia tradursi in manovre dirette all'artificiosa apparenza dell'integrità patrimoniale²⁹.

Risulta necessario, a questo punto, porre in rilievo che le significative modifiche apportate dalla Riforma del 2003 al quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società, descritte precedentemente, hanno prodotto effetti considerevoli anche sul versante penale.

Tali modifiche, infatti, hanno riconfigurato la "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo del consigliere non esecutivo con una rilevanza che si riflette anche in relazione alla fattispecie incriminatrice in esame, posto che l'obbligo di impedire l'evento, disciplinato quale tramite giuridico causale dall'art. 40, 2° comma, c.p., in base al quale "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*", si parametrizza su una fonte normativa che costituisce il dovere di intervento ex art. 2392, 2° comma c.c., la cui disposizione, pertanto, acquisisce una funzione di integrazione del precetto penale.

Sul punto la Suprema Corte ha precisato che: "*In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci 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 l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo, in presenza di segnali inequivocabili, comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito, mentre 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*"³⁰.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, dunque, occorre individuare il confine di operatività dell'art. 40, 2° comma, c.p., circoscrivendolo alle sole incriminazioni caratterizzate dall'elemento soggettivo (inteso come nesso psicologico sussistente tra il soggetto attivo e l'evento lesivo) del dolo (e quindi della volontarietà) onde evitare di sovrapporlo o sostituirlo con la responsabilità di natura colposa (in caso di imperizia, di negligenza o di imprudenza), incompatibile con il paradigma della fattispecie incriminatrice in commento, ma rilevabile solo in sede civile. L'ordinamento giuridico, infatti, non consente la condanna in sede penale per fatti di bancarotta connotati da mera colpa.

In questa prospettiva l'analisi del profilo della responsabilità penale per condotte connotate dal dolo (a cui sono dedicati gli artt. 42 e ss. c.p.) e la configurazione della "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo dell'amministratore non esecutivo (come pure quello del sindaco) si fonda su due elementi essenziali:

²⁹ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 25 settembre 2014) 18 novembre 2014, n. 47621; Cass. Pen., Sez. V, (ud. 18 febbraio 2010), 7 maggio 2010, n. 17690, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

³⁰ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 5 ottobre 2012), 28 maggio 2013, n. 23000; Cass. Pen., Sez. V, (ud. 28 aprile 2009), 25 maggio 2009, n. 21581, in banca dati *Leggi d'Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

1) il primo consiste nella conoscenza del probabile evento pregiudizievole connesso alla situazione posta all'attenzione dell'amministratore non esecutivo, ossia nella rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita;

2) il secondo deriva da un obbligo giuridico gravante sul soggetto garante di scongiurare tale pregiudizio (obbligo riscontrabile nell'art. 2393, 2° comma, c.c. che sancisce la responsabilità verso la società per quanti *"essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose"*) e si fonda sul dovere di intervento e sull'omissione consapevole nell'impedirlo (il soggetto obbligato ha volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo).

In tema di elemento soggettivo del reato la giurisprudenza di legittimità ha più volte sottolineato che il *"dolo eventuale"* costituisce il parametro minimo per la riferibilità psicologica dell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato. In base a tale assunto, affinché l'amministratore non esecutivo possa essere ritenuto punibile, occorre che la verifica dell'evento lesivo (che nel caso di specie è rappresentato dal dissesto) sia prevedibile come effetto della condotta antidoverosa e che lo stesso soggetto agente, pur essendo venuto a conoscenza dei cosiddetti *"segnali di allarme"*³¹, da cui desumere la probabilità che da tale condotta potessero derivare conseguenze potenzialmente dannose, sia rimasto deliberatamente inerte, accettando così il rischio che l'organismo che amministra possa subire una perdita patrimoniale.

I suindicati *"segnali d'allarme"* devono essere intesi come elementi rivelatori, in base a massime di esperienza o criteri di valutazione professionale, di operazioni anomale che si traducono in indizi gravi, precisi e concordanti della conoscenza da parte dell'amministratore non esecutivo della probabile realizzazione di eventi pregiudizievoli. Questa dimostrazione deve essere effettuata sulla base del bagaglio di esperienza e cognizione professionale proprio del soggetto agente, la cui valutazione deve essere effettuata mediante un giudizio prognostico che tenga conto degli elementi che caratterizzano il singolo caso concreto. La convinzione di questa percezione e del relativo grado di potenzialità informativa del fatto percepito, deve essere oggetto di valutazione del giudice di merito³².

Per andare esente da responsabilità si impongono all'amministratore non esecutivo gli obblighi di:

- attivare le necessarie fonti conoscitive richieste dall'ordinamento;
- adottare tutte le iniziative, rientranti nelle attribuzioni degli stessi, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati ex art. 2381, 6° comma, c.c. La Corte di Cassazione, infine, puntualizza che *"un conto è che l'amministratore privo di delega rimanga indifferente dinanzi ad un «segnale di allarme» percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società,*

³¹ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 16 novembre 2015), 21 marzo 2016, n. 11905 in banca dati *Leggi d'Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

³² Cass. Pen., Sez. V, (ud. 5 novembre 2008), 9 dicembre 2008, n. 45513; Cass. Pen., Sez. V, (ud. 3 ottobre 2007), 22 novembre 2007, n. 43101, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

*ben altra cosa è che egli continui a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri, ovvero che per colpevole - ma non dolosa - superficialità venga meno agli obblighi di controllo su di lui effettivamente gravanti, accontentandosi di informazioni insufficienti su un'operazione che gli viene sottoposta per l'approvazione senza che egli si renda conto delle conseguenze che ne potrebbero derivare"*³³.

Solo nel primo caso l'amministratore potrà essere chiamato a rispondere penalmente della propria condotta, nel secondo caso, invece, sarebbe ipotizzabile soltanto una sua condotta colposa per aver egli ritenuto che le capacità manageriali degli amministratori esecutivi avrebbero impedito il verificarsi di un pur previsto evento, in tal caso si potrebbe ravvisare una responsabilità in sede civile, ricorrendone i meno rigorosi presupposti riconducibili al paradigma della colpa-negligenza.

3. La funzione di vigilanza del collegio sindacale e il regime di responsabilità ad essa connessa

Per la definizione della responsabilità dei sindaci nel contesto fin qui delineato, è necessario rinviare ai doveri propri della funzione di vigilanza discendenti dall'art. 2403 c.c. (focalizzando l'attenzione, in particolare, sul dovere di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione)³⁴, nonché richiamare i principi e le procedure previste dall'art. 2407 c.c., che regolano la responsabilità dei sindaci nei confronti della società, dei creditori e dei terzi.

In base a quanto dispone l'art. 2403, 1° comma, c.c., l'oggetto del dovere di vigilanza del collegio sindacale si fonda essenzialmente sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta gestione (nel cui ambito viene evocata la conformità alle norme tecniche di diligente amministrazione) ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Il collegio sindacale, pertanto, svolge l'attività di vigilanza sull'operato dell'organo di amministrazione e sull'adeguatezza dell'organizzazione interna della società, nelle sue varie articolazioni e nei suoi assetti, nonché su tutto quell'insieme di organigrammi e di regole che rappresentano la struttura portante dell'architettura di *governance* dell'impresa societaria³⁵. In particolare il controllo di legittimità, riferito a profili di legalità sia formale che sostanziale, deve essere esercitato sugli atti e i comportamenti realizzati nello svolgimento dell'attività d'impresa e si sostanzia nella verifica della correttezza del procedimento decisionale e delle prassi operative adottate da tutti i soggetti che operano all'interno della società (quali amministratori, liquidatori, direttori ed alti dirigenti).

³³ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 5 ottobre 2012), 28 maggio 2013, n. 23000, *cit.*; Cass. Pen., Sez. V, (ud. 8 giugno 2012), 2 novembre 2012, n. 42519, in banca dati *Leggi d'Italia*, De Agostini, disponibile su www.leggiditaliaprofessionale.it.

³⁴ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 13 novembre 2015), 24 maggio 2016, n. 21702, *cit.*

³⁵ A. Bertolotti, *Società per azioni collegio sindacale, revisori, denuncia al tribunale*, Utet Giuridica, Torino, 2015, p. 9.

Al contrario, il controllo di merito, che consiste in un giudizio circa l'opportunità e la convenienza economica dell'attività di gestione (più che delle singole scelte gestionali), non rientra tra le funzioni affidate al collegio sindacale, ma è attribuito ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come *plenum*, relativamente all'operato di singoli amministratori delegati³⁶.

Come è stato rilevato in dottrina, pertanto, il concetto di "vigilanza", ritenuto equiparabile ma pur sempre distinto dal concetto di mero "controllo", in via generale non evoca un'attività di ispezione puntuale, diretta e diffusa, vale a dire una vigilanza di tipo analitico e dettagliato su ciascun atto di gestione, ma piuttosto una "*funzione di sintetica e generale sorveglianza sulle aree, peraltro ampie ed articolate, oggetto dei poteri-doveri dell'organo di controllo*"³⁷. Ciò non esclude, tuttavia, che in taluni casi il controllo dei sindaci possa essere anche diretto, ossia riguardante specifici atti di amministrazione, ad esempio in ragione della straordinarietà di una determinata operazione gestoria (come nel caso previsto dall'art. 2386, ultimo comma, c.c., che impone al collegio, in caso di cessazione dell'amministratore unico o di tutti i componenti del consiglio di amministrazione, di convocare d'urgenza l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori, attribuendogli il potere di compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione) oppure allo scopo di verificare, a campione ed in modo sintetico, l'effettivo funzionamento degli assetti organizzativi³⁸.

In ogni caso, l'esercizio della funzione di vigilanza esercitata dall'organo di controllo si pone l'obiettivo di garantire che l'attività d'impresa si svolga in conformità alle regole e che disponga di un sistema adeguato sia per individuare i rischi delle violazioni rilevate che per attivare gli opportuni provvedimenti correttivi che consentano di neutralizzare tutti quegli atti che, risultando illegittimi e/o irregolari, possano produrre un pregiudizio agli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico³⁹.

Sul punto la Norma n. 3.1. delle *Norme di comportamento del collegio sindacale - Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* chiarisce che: "*Laddove l'attività di vigilanza dovesse evidenziare significativi rischi di possibili violazioni di legge o di statuto, di inesatta applicazione dei principi di corretta amministrazione, di inadeguatezza dell'assetto organizzativo o del sistema amministrativo-contabile, il collegio sindacale richiede all'organo amministrativo l'adozione di azioni correttive e ne monitora la realizzazione nel corso dell'incarico. Nel caso in cui le azioni correttive non vengano poste in essere, ovvero siano ritenute dal collegio non sufficienti, ovvero in casi di urgenza, di particolare gravità o di*

³⁶ P. Montalenti, *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2012, fasc. 2, p. 253; A. Bertolotti, *cit.*, p. 3.

³⁷ Così P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Società*, 2013, p. 53.

³⁸ Cfr. V. Squarotti, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Giur. it.*, numero a cura di G. Cottino e P. Montalenti, ottobre 2013, pp. 2188 -2189.

³⁹ A. Bertolotti, *cit.*, pp. 1 e ss.

avvenuto riscontro di violazioni, il collegio adotta le iniziative previste dalla legge per la rimozione delle violazioni riscontrate”⁴⁰.

Gli elementi oggetto di vigilanza ad opera dei sindaci si riferiscono ad atti e comportamenti che riguardano una sfera più ampia di quella tipicamente attinente alla sola attività di gestione, tenendo conto che una serie di condotte ritenute illegittime potrebbero derivare anche da organi e soggetti diversi da quelli che svolgono attività amministrativa in senso stretto.

Più specificamente, l'attività di vigilanza deve avere ad oggetto:

1) gli atti di amministrazione *stricto sensu*, in quanto i sindaci nell'ambito della vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione sono tenuti a verificare l'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche – istruttorie, procedurali, decisionali – che costituiscono diretta esplicitazione del canone di diligenza professionale richiesta al “buon amministratore”, ex art. 2392, 1° comma, c.c. e, come tali, soggette a variazioni che dipendono dalle dimensioni, dall'oggetto e da altre concrete caratteristiche della singola realtà societaria e che non possono sconfinare nella sfera di discrezionalità degli amministratori. In questa prospettiva, ai sindaci spetta la vigilanza sulla conformità del contenuto delle decisioni degli amministratori e delle modalità con cui le stesse sono adottate e attuate, alle regole di prudente amministrazione⁴¹. È importante sottolineare, quindi, che il ruolo dei sindaci non si deve sovrapporre a quello degli amministratori (gestori), in quanto il concetto di controllo di legalità ad essi spettante, pur includendo la verifica sulla sostanza economica della gestione, non potrà mai tradursi nel compimento di atti tipicamente amministrativi⁴².

In base a tali presupposti i sindaci hanno l'obbligo di controllare che l'organo amministrativo non compia operazioni:

- estranee all'oggetto sociale;
- in conflitto d'interesse con la società, manifestamente imprudenti o azzardate (occorre, al contrario, che le scelte siano ispirate al principio di corretta informazione e di ragionevolezza, che siano congruenti e compatibili con le risorse ed il patrimonio di cui la società dispone e che gli azionisti siano consapevoli della rischiosità e degli effetti delle operazioni compiute⁴³);
- che possano compromettere l'integrità del patrimonio sociale (a danno dei soci, dei creditori e dei terzi);
- volte a sopprimere o modificare i diritti attribuiti dalla legge o dallo statuto ai singoli soci;
- in contrasto con le delibere assembleari, del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo e che da tali condotte non derivino fatti censurabili di rilevante gravità⁴⁴;

⁴⁰ Norma n. 3.1 “Caratteristiche e modalità dell'attività di vigilanza” delle Norme di comportamento del collegio sindacale - Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, emanate dal CNDCEC e vigenti dal 30 settembre 2015, disponibili su www.commercialisti.it, p. 36.

⁴¹ V. Squarotti, *cit.*, pp. 2184-2186.

⁴² A. Maffei Alberti, *sub art. 2403 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, *cit.*, pp. 790-791.

⁴³ A. Maffei Alberti, *sub art. 2403 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, *cit.*, p. 792.

⁴⁴ G. Borghini, M. Peverelli, *Guida alle società*, gruppo 24 ore, 2104, p. 88.

- 2) gli atti di organizzazione dell'organo amministrativo, sottoponendo a verifica l'adeguatezza delle procedure organizzative, amministrative e contabili predisposte dagli amministratori rispetto alle dimensioni dell'impresa e all'organizzazione interna della società⁴⁵, al fine di valutare se le stesse siano in grado di far fronte alle concrete esigenze di efficiente gestione dell'impresa (rilevando, in tal modo, gli aspetti tecnico-produttivi, quelli dell'organizzazione del personale e degli uffici e quelli dell'adeguatezza finanziaria), di prevenire il rischio di abusi e di consentire la tempestiva scoperta di criticità (rilevando così il sistema di controllo interno)⁴⁶. Nell'ambito del concreto funzionamento del sistema organizzativo, invece, i sindaci devono verificare che l'organizzazione e le procedure predisposte siano effettivamente attuate ed adeguatamente funzionanti⁴⁷. In tale ambito, tra le funzioni spettanti all'organo di controllo si possono annoverare a titolo esemplificativo: la redazione della relazione al bilancio, in cui il collegio deve formulare le proprie osservazioni e proposte (art. 2429 c.c.); la vigilanza sull'osservanza da parte degli amministratori delle norme procedurali relative alla redazione e pubblicazione del bilancio consolidato; il consenso all'iscrizione nello stato patrimoniale di avviamento, spese di impianto e ampliamento, spese di ricerca e sviluppo, spese di pubblicità (art. 2426, nn. 5-6, c.c.); il parere circa la congruità del prezzo di emissione delle azioni in caso di esclusione del diritto di opzione (art. 2441, 6° comma, c.c.); l'attestazione dell'ammontare del patrimonio netto al fine di stabilire il limite per l'emissione di obbligazioni (art. 2412 c.c.); il parere relativo al valore attribuito alle azioni da liquidare al socio che recede (art. 2437 c.c.), ecc.⁴⁸;
- 3) le decisioni assembleari e gli atti di cui si compone il procedimento deliberativo degli organi sociali;

⁴⁵ Secondo la prassi per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità. Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile con le dimensioni della società, nonché con le modalità di perseguimento dell'oggetto sociale. Ciò avviene attraverso separazione di compiti e funzioni, definizioni di deleghe e verifica dell'operato dei responsabili. Il sistema amministrativo-contabile può definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informativa societaria attendibile, in conformità ai principi contabili adottati dall'impresa. Un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se consente la completa, tempestiva ed attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio di esercizio. La responsabilità dell'adeguatezza e del corretto funzionamento dell'assetto organizzativo e di quello amministrativo-contabile è degli amministratori ma il collegio sindacale deve vigilare su di essa. A. Maffei Alberti, *sub art. 2403 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 793.

⁴⁶ Nel tracciare il perimetro dell'ambito di applicazione del dovere di vigilanza sull'assetto organizzativo da parte del collegio sindacale, infatti, sebbene non sia espressamente previsto dal Codice Civile, è opportuno specificare che si ritiene ad esso correlata anche la funzione di vigilanza sul sistema di controllo interno, volto a verificare che le procedure aziendali consentano un efficiente monitoraggio dei fattori di rischio, la pronta emersione ed una corretta gestione delle criticità. Cfr. Norma n. 3.5. *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno*, delle *Norme di comportamento del collegio sindacale - Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., pp. 50 e ss.

⁴⁷ V. Squarotti, cit., p. 2187.

⁴⁸ A. Maffei Alberti, *sub art. 2403 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., 2015, p. 790.

4) le violazioni di regole contabili, posto che anche quando il controllo di revisione legale dei conti sia affidato ad un organo esterno, ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 2010, n. 39, il collegio sindacale è tenuto a vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo⁴⁹. Si pensi, ad esempio, alla vigilanza sulla regolare tenuta della contabilità e sulla rispondenza della stessa ai fatti di gestione, quantomeno nell'ipotesi in cui emergano elementi di sospetto, criticità e/o sintomi di pericolo; alla verifica della correttezza della struttura del bilancio, con particolare riguardo ai principi contabili concretamente applicati, della relazione sulla gestione degli amministratori e della nota integrativa, nonché delle informazioni ricevute per tramite dello scambio con il soggetto esterno incaricato della revisione legale, nell'esercizio del poterdovere di scambiare le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (*ex art. 2403-septies c.c.*)⁵⁰.

3.1. I poteri ispettivi e reattivi del collegio sindacale

Per la concreta attuazione del potere di vigilanza, il legislatore ha riconosciuto in capo ai sindaci una serie di poteri sia di natura ispettiva che reattiva.

Per quanto riguarda i poteri di informazione, l'art. 2403-*bis* c.c. disciplina gli strumenti tesi a consentire ai sindaci di adoperarsi per raccogliere tutte le informazioni necessarie per un corretto ed efficace svolgimento delle funzioni di vigilanza. Tale obiettivo è perseguibile attraverso una duplice direzione:

- da un lato sussistono i poteri ispettivi riconosciuti ai sindaci *uti singuli*, che si sostanziano nel diritto di accedere ai locali della società e di prendere visione dei documenti ivi custoditi (a cominciare dai libri sociali, compresi quelli la cui consultazione è preclusa ai soci);
- dall'altro lato, è previsto il diritto del collegio, nel suo complesso, di formulare istanze informative nei confronti degli altri organi sociali⁵¹.

L'organo di controllo dovrà, quindi, attivarsi affinché sia reso concretamente efficiente quel sistema di flussi di informazioni predisposto dalla Riforma del 2003, attraverso l'analisi delle notizie acquisite mediante:

- la partecipazione alle riunioni degli organi sociali;
- lo scambio di informazioni con gli amministratori della società, nonché con gli organi di controllo delle società controllate;
- l'acquisizione periodica di informazioni dagli amministratori delegati (i sindaci, pertanto, hanno il dovere di controllare e di pretendere che gli organi delegati adempiano

⁴⁹ Sul tema della funzione di vigilanza del collegio sindacale si veda Norma nn. 3.6. *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile*, Norma n. 3.7. *Vigilanza in ordine al bilancio di esercizio e alla relazione sulla gestione* e Norma n. 3.8. *Vigilanza in ordine al bilancio consolidato e alla relazione sulla gestione*, delle *Norme di comportamento del collegio sindacale - Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, *cit.*, pp. 52 e ss.

⁵⁰ In tal senso M. Aiello, *sub art. 2403*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società – dell'azienda della concorrenza* (artt. 2379-2451), *cit.*, p. 507; V. Squarotti, *cit.*, p. 2191.

⁵¹ M. Aiello, *cit.*, pp. 509-510.

correttamente agli obblighi informativi prescritti dall'art. 2381, 5° comma, c.c., in virtù della vigilanza sul rispetto dei doveri a contenuto specifico che la legge impone);

- l'acquisizione e la richiesta di informazioni ai soggetti preposti al controllo interno;
- lo scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale relativamente alle competenze dello stesso (ove la funzione di revisione legale sia affidata ad un soggetto esterno);
- l'espletamento di operazioni di ispezione e controllo;
- l'analisi dei flussi informativi acquisiti dalle strutture aziendali⁵².

Il collegio sindacale è, quindi, tenuto a richiedere agli amministratori ulteriori informazioni ed opportuni chiarimenti ogni qualvolta ritiene che i dati in suo possesso (derivati dagli obblighi informativi in capo agli amministratori e dalla partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo) non siano sufficienti per valutare correttamente se gli amministratori stiano agendo secondo i principi di corretta amministrazione.

Oltre che adoperarsi secondo la diligenza richiesta nella fase cosiddetta ispettiva, la responsabilità solidale con gli amministratori, implica, altresì, un'analisi degli strumenti reattivi di cui l'organo di controllo si deve servire nel caso in cui rilevi che la gestione della società non sia conforme ai parametri di corretta amministrazione o che si siano verificati all'interno della società fatti censurabili o irregolarità.

In caso di violazioni della legge e dello statuto il collegio sindacale, *in primis*, può impugnare le delibere dell'assemblea e del consiglio d'amministrazione entro 90 giorni dalla data della deliberazione (art. 2388, 4° comma, c.c.). Esso, inoltre, nel caso in cui abbia motivo di ritenere, in base alle informazioni assunte ed ai riscontri effettuati, che vi siano fatti censurabili da eliminare, dovrà renderne edotti gli amministratori, chiedendo la convocazione del consiglio di amministrazione per tentare di riparare la situazione irregolare riscontrata allo scopo di evitare la produzione del danno verso la società. Il collegio, quindi, inviterà gli amministratori (su cui incombe il dovere di controllo sugli organi delegati in base all'art. 2381 c.c.) ad osservare i loro doveri e a sanare eventuali irregolarità riscontrate, anche ponendo un termine per la verifica delle azioni intraprese dagli amministratori.

Qualora le iniziative intraprese, che hanno portato a coinvolgere il consiglio di amministrazione, non abbiano indotto alcun intervento da parte degli amministratori, il collegio sindacale potrà e dovrà convocare l'assemblea, ove ricorrano i presupposti previsti dall'art. 2406 c.c., ossia il riscontro di fatti censurabili gravi e l'urgente necessità di provvedere. All'assemblea così convocata verranno presentate eventuali proposte per porre rimedio alle irregolarità riscontrate e per adottare eventuali provvedimenti nei confronti degli amministratori. Nel caso in cui anche l'assemblea non assuma gli opportuni provvedimenti, laddove sussista sospetto di gravi irregolarità, il collegio può effettuare la denuncia al

⁵² In tal senso il commento alla Norma n. 3.1 "Caratteristiche e modalità dell'attività di vigilanza" delle Norme di comportamento del collegio sindacale - Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, cit., p. 37.

Tribunale ex art. 2409, ultimo comma, c.c.⁵³. Il collegio, infine, al ricorrere dei presupposti indicati nell'art. 2392 c.c., può promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori promossa con deliberazione dei due terzi dei suoi componenti (art. 2393 c.c.). Negli altri casi la vigilanza del collegio sindacale si sostanzierà in richiami agli amministratori e rilievi inseriti nei verbali del collegio e confluiranno nell'assemblea annuale di bilancio e nella relazione al bilancio ex art. 2429 c.c., con la quale i sindaci devono riferire all'assemblea sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri.

3.2. La responsabilità civile dei sindaci ex art. 2407 c.c.

Sulla base di tali presupposti, dunque, emerge una responsabilità dei sindaci concorrente con quella degli amministratori, qualora da un comportamento doloso o colposo di questi ultimi, che l'organo di controllo avrebbe potuto o dovuto prevenire nell'espletamento della sua funzione di vigilanza, scaturisce un danno alla società o ai terzi. In base a quanto disposto dall'art. 2407, 2° comma, c.c., pertanto, i sindaci sono solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, nel caso in cui il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi scaturenti dalla loro carica. Tale responsabilità per *culpa in vigilando*, dunque, si fonda essenzialmente sulla sussistenza dei seguenti presupposti:

- che gli amministratori abbiano posto in essere un comportamento illecito;
- che da tale comportamento sia derivato un danno;
- che i sindaci, in violazione dei doveri imposti a loro carico, non abbiano vigilato con la dovuta diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico, come espressamente previsto dall'art. 2407, 1° comma, c.c. (che a sua volta evoca il criterio di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c.);
- che sussista una relazione di causa-effetto tra la mancata vigilanza dei sindaci (o il loro comportamento negligente) ed il danno cagionato.

In altri termini, affinché sussista una responsabilità dei sindaci è sufficiente che i comportamenti dell'organo di controllo non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità e non abbiano fatto quanto necessario per assolvere l'incarico con la dovuta diligenza, correttezza e buona fede⁵⁴. La responsabilità, al contrario, deve essere ritenuta esclusa per i danni derivanti da comportamenti degli amministratori che i sindaci non abbiano potuto in alcun modo evitare, pur avendo vigilato con professionalità e diligenza, per ragioni a loro non imputabili né a titolo di dolo né a titolo di colpa.

Per ciò che riguarda il procedimento e la legittimazione attiva ad agire nei confronti dei sindaci, l'art. 2407, 3° comma, c.c., dispone che all'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano,

⁵³ P. Magnani, *sub art. 2407 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Collegio sindacale Controllo contabile*, a cura di F. Ghezzi - artt. 2397-2409-septies c.c., Egea S.p.A., Milano, 2005, pp. 260-263.

⁵⁴ Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 13517, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

in quanto compatibili, le disposizioni relative alle azioni di responsabilità contro gli amministratori, richiamando in particolare gli artt. 2393 (azione sociale di responsabilità), 2393-bis (azione di responsabilità esercitata dai soci), 2394 (responsabilità verso i creditori sociali), 2394-bis (azione di responsabilità nelle procedure concorsuali) e 2395 (azione individuale del socio e del terzo) c.c.⁵⁵.

3.3. La responsabilità penale dei sindaci per i “fatti di bancarotta fraudolenta” di cui all’art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall.

Riportando il discorso finora svolto sul piano della responsabilità penale per i fatti di bancarotta fraudolenta ai sensi dell’art. 223, 2° comma, n. 2, L. Fall., la giurisprudenza di legittimità sottolinea che i sindaci assumono *“una specifica e più pregnante posizione di garanzia in punto di prevenzione di eventi dannosi in pregiudizio dei soci e dei creditori sociali”*: mentre un amministratore non operativo, ricorrendone i presupposti oggettivi e soggettivi, potrebbe anzitutto ritenersi responsabile di avere concorso con una condotta positiva all’adozione di delibere di contenuto e di intento distrattivo, ad un sindaco può essere attribuita sempre e soltanto una possibile responsabilità per l’omissione di comportamenti doverosi, ai sensi e per gli effetti dell’art. 40, 2° comma, c.p.: ai sindaci, dunque, possono essere mossi addebiti unicamente in base all’omesso impedimento di eventi antigiuridici per scongiurare i quali essi avrebbero dovuto comunque vigilare ed attivarsi⁵⁶. Il controllo esercitato dagli amministratori (esecutivi o non esecutivi), inoltre, costituisce anch’esso oggetto della vigilanza spettante ai sindaci⁵⁷.

Di regola, i sindaci rispondono di bancarotta ex art. 223 L. Fall., in concorso con gli amministratori: la punibilità di questi soggetti è predicabile in relazione alla loro condotta omissiva che si innesta con il preesistente fatto commissivo di reato posto in essere dagli amministratori in danno agli interessi della società e dei terzi. Non è previsto dalla legge, tuttavia, che in attuazione degli obblighi penalmente rilevanti ex art. 40 c.p., il sindaco possa sostituire l’amministratore inadempiente.

In sintesi, i requisiti essenziali per la configurabilità del concorso in bancarotta fraudolenta dei sindaci sono:

- l’omesso esercizio dei doveri di esercizio dei doveri di vigilanza o, comunque l’inerzia nell’adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità di un fatto penalmente rilevante compiuto dagli amministratori;
- il nesso di causalità tra le omissioni e ciascuna delle fattispecie poste in essere;
- l’elemento soggettivo del dolo, riferito alla fattispecie realizzata dagli amministratori, che può essere sia diretto che eventuale, secondo le caratteristiche precedentemente descritte con riferimento alla responsabilità penale degli amministratori non esecutivi.

⁵⁵ A. Maffei Alberti, *sub art. 2407 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società, cit.*, pp. 814-815.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. V, 28 maggio 2013, n. 23000, *cit.*

⁵⁷ A. Maffei Alberti, *sub art. 2403 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società, cit.*, p. 794.

Tenendo conto di tutto quanto sopra esposto, dunque, si richiama, da ultimo, il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, in base al quale: *“Occorre osservare come l’ampiezza dei doveri di controllo che fanno capo ai sindaci sia stata chiaramente individuata sia dalla giurisprudenza civile che penale di questa Corte, secondo la quale il dovere di vigilanza e di controllo imposto ai sindaci ex art. 2403 c.c. non è circoscritto all’operato degli amministratori, ma si estende a tutta l’attività sociale, con funzione di tutela non solo nell’interesse dei soci, ma anche di quello concorrente, dei creditori sociali... e non può limitarsi al mero controllo contabile, ma deve anche estendersi al contenuto della gestione, ai sensi del nuovo testo dell’art. 2403 bis c.c. e, per il passato, del previgente art. 2403 c.c., comma 1, 3 e 4, cosicché il controllo sindacale, se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, non si risolve neppure in una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, essendo ai sindaci conferito il poter-dovere di chiedere agli amministratori notizie sull’andamento delle operazioni e su determinate operazioni, quando queste possono suscitare perplessità, per le modalità delle loro scelte o della loro esecuzione. Se, quindi, il controllo sindacale non può investire le scelte imprenditoriali in forma diretta, non può tuttavia ridursi neppure ad una mera verifica formale, riducendosi ed esaurendosi... a verifiche contabili da eseguirsi secondo tempi e scansioni determinate, con esclusione di altre attività informative e valutative, volte a dare concreto contenuto all’obbligo di tutela di diversi interessi (soci, creditori, come visto sopra) affidati ad un organo di controllo, che non può rimanere acriticamente legato e dipendente dalle scelte dell’amministratore quando queste collidano con i doveri imposti dalla legge, come quello di non persistere in tentativi di risanamento incongrui, con aggravio del dissesto, che sarebbe stato compito dell’organo di controllo di individuare e segnalare ad amministratori e soci, invece di assistere all’inerzia al progressivo avvicinarsi del fallimento ed all’aggravarsi del dissesto⁵⁸”.*

In tema di bancarotta, pertanto, è configurabile il concorso dei componenti del collegio sindacale nei reati commessi dall’amministratore della società a titolo di omesso controllo sull’operato di quest’ultimo o di omessa attivazione dei poteri reattivi loro riconosciuti dalla legge⁵⁹.

⁵⁸ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 5 luglio 2010), 25 ottobre 2010, n. 37920, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.

⁵⁹ Cass. Pen., Sez. V, (ud. 1 luglio 2011), 5 agosto 2011, n. 31163, in banca dati *DeJure*, Giuffrè, disponibile su www.iusexplorer.it.