



Penale Sent. Sez. 5 Num. 35344 Anno 2016

Presidente: LAPALORCIA GRAZIA

Relatore: MICCOLI GRAZIA

Data Udiienza: 22/03/2016

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

MASUCCI SARA N. IL 28/11/1960

avverso la sentenza n. 849/2012 CORTE APPELLO di MILANO, del
04/11/2014

visti gli atti, la sentenza e il ricorso
udita in PUBBLICA UDIENZA del 22/03/2016 la relazione fatta dal
Consigliere Dott. GRAZIA MICCOLI
Udito il Procuratore Generale in persona del Dott.
che ha concluso per

Udito, per la parte civile, l'Avv

Udit i difensor Avv.

Il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, dott. Stefano TOCCI, ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Per la ricorrente, l'avv. Cesare CICORELLA ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 4 novembre 2014 la Corte di appello di Milano, per quanto di interesse in questa sede, ha confermato la pronuncia di primo grado emessa dal GUP del Tribunale di Milano, con la quale Sara MASUCCI era stata dichiarata colpevole, in concorso con Nicola Pegoli e Gabriele Perolfi, del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale in relazione al fallimento, dichiarato in data 12 marzo 2007, della società TEMPO REALE s.r.l.

Il reato è stato contestato con le aggravanti della causazione di un danno di rilevante entità e per la commissione di una molteplicità di fatti tra quelli previsti dall'art. 216 legge fallimentare. I fatti di bancarotta erano stati ascritti alla suddetta imputata nella sua qualità di membro del consiglio di amministrazione della società fallita.

2. Con atto sottoscritto dal suo difensore, ha proposto ricorso l'imputata, deducendo violazione di legge e vizi motivazionali in relazione all'affermazione della propria responsabilità a titolo di concorso nei fatti di bancarotta, che invece sarebbero stati commessi esclusivamente dagli altri due coimputati e membri del consiglio di amministrazione.

2.1. Con il primo motivo vengono dedotti vizi motivazionali in relazione ad una serie di profili: motivazione *per relationem* alle valutazioni del consulente tecnico del pubblico ministero; omessa valutazione delle emergenze probatorie indicative di un ruolo meramente operativo della ricorrente; mancata indicazione delle ragioni che proverebbero la consapevolezza dell'imputata in ordine alla condotta degli altri membri del consiglio di amministrazione; improprio richiamo all'omesso impedimento dell'evento; assenza di motivazione in ordine agli elementi costitutivi del concorso nel reato, alla sussistenza del nesso eziologico, agli estremi dell'elemento psicologico del reato, erroneamente ritenuto configurabile nel dolo eventuale.

2.2. Con il secondo motivo si denunziano violazione di legge e correlati vizi motivazionali con riferimento ai seguenti profili: erronea applicazione dell'articolo 110 del codice penale; assenza di un contributo causalmente rilevante; difetto dell'elemento soggettivo; inconsapevolezza della ricorrente in merito ai comportamenti illeciti degli altri membri del consiglio di amministrazione; omessa motivazione in merito alla sussistenza del nesso eziologico; mancanza del giudizio controfattuale; omessa indagine circa il dolo ex articolo 110 codice penale; erronea applicazione dell'articolo 533 comma primo codice di procedura penale; mancanza di prova circa la conoscenza degli altri comportamenti criminali.

2.3. Con il terzo ed ultimo motivo si denunziano violazione di legge e correlati vizi motivazionali in ordine ai seguenti profili: erronea applicazione degli articoli 40 capoverso e 43 codice penale; mancata individuazione dei poteri impeditivi dell'evento; impropria ricostruzione della posizione di garanzia; assenza di giudizio controfattuale; dolo eventuale con erroneo ricorso al criterio dell'accettazione del rischio; adozione di criteri valutativi dell'elemento

psicologico del reato di natura presuntiva; omessa motivazione in merito all'accertamento del dolo eventuale, in particolare alla consapevolezza circa comportamenti illeciti degli altri componenti del consiglio di amministrazione; difetto di prova dell'elemento psicologico.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato nei seguenti termini.

1. Con l'atto di appello il difensore dell'imputata aveva censurato la sentenza di primo grado per aver trascurato risultanze processuali in base alle quali era emerso che la MASUCCI non aveva potuto conoscere i fatti di distrazione commessi dai coimputati Pegoli (presidente del C.d.A., amministratore esecutivo e socio di maggioranza) e Perolfi (socio di minoranza e componente del C.d.A.), tenuto conto che nello stesso capo di imputazione tali fatti erano riconducibili solo alle condotte di tali soggetti: <<il Pegoli utilizzava la carta di credito intestata alla società distraeva dal patrimonio societario la somma di euro 230.000 (utilizzata per giocare al casinò di Saint Vincent); il Perolfi vendeva ad amici e conoscenti pacchetti di viaggi e soggiorni vacanze incassando personalmente gli importi di beni venduti, senza versarli nelle casse societarie.>>

Alla MASUCCI, invece, era stato rimproverato solo l'omesso controllo della "situazione economica reale della società".

2. La Corte territoriale, dopo aver ricostruito sinteticamente i termini della vicenda, ha riassunto il nucleo essenziale della decisione di primo grado, evidenziando che "dagli accertamenti compiuti emergeva che il Presidente del Consiglio di Amministrazione Pegoli, socio di maggioranza assoluta, aveva utilizzato le disponibilità sociali per finalità proprie", dato confermato dalla stessa MASUCCI al curatore fallimentare; in relazione alla posizione dell'altro socio di minoranza e membro del C.d.A., Perolfi, oltre alle dichiarazioni sempre della MASUCCI relative all'appropriazione dei pagamenti di alcuni clienti, ha rilevato il <<concorso nella dolosa omissione di registrazione di fatture fornitori nei bilanci dal 2002 al 2005, poi tardivamente annotate l'11.9.2006 all'atto della messa in liquidazione>> (tale fatto era stato nella sostanza ammesso dallo stesso imputato).

Passando all'esame della posizione della MASUCCI, la Corte territoriale ha dato atto che il GUP non aveva ritenuto ipotizzabile, "a prescindere dall'attività operativa svolta in ambito sociale, la semplice colpa poiché ella aveva sempre saputo e tollerato le condotte distrattive attuate dal Pegoli e dal Perolfi...".

Ha quindi dato ulteriormente atto che il GUP aveva ritenuto fondamentali le considerazioni espresse dal consulente tecnico del Pubblico Ministero, riportando ampi stralci della relazione depositata da costui (pag. 5 - 6 della sentenza), ivi compreso le conclusioni nelle quali viene espresso inammissibilmente il giudizio sulla "palese ed evidente...responsabilità penale dell'intero consiglio di amministrazione".

Dopo tale excursus, la Corte territoriale si è limitata a rilevare, "pur valutate le dichiarazioni della teste Cristina Banzi" (la quale aveva riferito che la MASUCCI non si era mai occupata delle questioni contabili della società, ndr), "che anche la MASUCCI avesse fornito il suo



contributo causale”.

A tal fine ha evidenziato che la MASUCCI era stata socia, anche se di minoranza, ed altresì componente del Consiglio di Amministrazione. In ragione di ciò spettava anche a lei vigilare ed attivarsi, “avendo peraltro contezza, quale partecipe delle decisioni in seno al consiglio di Amministrazione, delle condizioni economiche e finanziarie della società al cui risultato d’esercizio, come socia, era interessata, tanto più che il lungo periodo in cui è maturata la decozione porta ad escludere che la MASUCCI potesse realmente credere alla regolarità ed al buon andamento dell’attività sociale”.

Contraddittoriamente, però, la Corte territoriale trae elementi a sostegno del suo assunto dal dato probatorio (testimonianza di un “fornitore” greco) che era la MASUCCI, insieme al Pegoli, ad occuparsi dei rapporti per l’organizzazione dei viaggi all’estero.

Poi ha affermato apoditticamente che era “insito...nella qualità di componente del Consiglio di Amministrazione l’onere...di attivarsi a tutela degli interessi sociali”, trattandosi di una “posizione di garanzia costituita dall’obbligo di vigilanza e controllo”.

Analoghe considerazioni meramente assertive sono state svolte sulla configurabilità dell’elemento soggettivo, integrato dal “dolo generico...configurabile anche con l’accettazione del rischio che l’evento si verifichi come risultato e conseguenza della propria condotta”.

3. Sono evidenti i vizi motivazionali da cui è affetta la sentenza.

La Corte territoriale, pur dando atto di alcune risultanze processuali dalle quali è emerso che la MASUCCI ha rivestito un ruolo meramente “operativo” nell’ambito della gestione della società, non ha indicato da quali elementi specifici ha tratto la convinzione della responsabilità dell’imputata in relazione a fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale specificamente riconducibili in appropriazione di denaro da parte degli altri due soci.

E’ pur vero che si è dato atto che dal 6 dicembre 2001 anche la MASUCCI aveva assunto, unitamente agli altri componenti del consiglio di amministrazione, il ruolo di consigliere “delegato”, con poteri di “firma libera per la gestione ordinaria della società”, ma è la stessa sentenza a evidenziare che solo gli altri due soci ed amministratori si erano occupati della gestione economica della società, così come accertato anche dal consulente tecnico del Pubblico ministero.

Insomma, la sentenza non ha dato specifico conto di aver valutato gli elementi in base ai quali la MASUCCI non aveva in effetti esercitato le funzioni di amministratrice con delega, così come allegato nell’atto di appello, con indicazione delle risultanze processuali da cui era emerso che l’imputata si era occupata solamente del reperimento di strutture alberghiere all’estero.

Nè nella sentenza sono ben evidenziati i segnali di allarme che avrebbero potuto consentire alla MASUCCI di esercitare il controllo sulla negativa gestione della società come operata dagli altri amministratori e soci.

D’altra parte, spostando l’attenzione sul profilo della sussistenza dell’elemento soggettivo, non sono stati evidenziati in modo preciso e dettagliato tutti gli elementi da cui si è desunta la piena e tempestiva consapevolezza da parte della ricorrente delle condotte poste in essere dal



Pegoli e dal Perolfi.

Va infine rilevato che manca del tutto la motivazione sul concorso della MASUCCI nei fatti di bancarotta documentale, per vero ascritti in maniera generica nel capo di imputazione e non chiariti nella ricostruzione dei fatti con il mero richiamo alla relazione di consulenza del Pubblico Ministero.

4. Da tempo questa Corte ha rilevato che la riforma della disciplina delle società, attuata dal D.Lgs. n. 6 del 2003, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore destinatario di delega. E, così, ha delineato, da un lato, il criterio direttivo dell'"agire informato", che sostiene il mandato gestorio (art. 2381, comma 5, cod.civ.) e, correlativamente, l'obbligo di ragguaglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381, comma 1, cod.civ.) sia in capo agli amministratori delegati, i quali, con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia "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, comma 5, cod.civ.). In tal modo la riforma ha indubbiamente - con più puntuale disposizione letterale - alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché l'art. 2392, comma 1, cod.civ., chiarisce che essi sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. È stato, dunque, rimosso il generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" (già contemplato dall'art. 2392, comma 2, cod.civ.), sostituendolo con l'onere di "agire informato", atteso il potere (che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni, senza che ciò assegni anche un'autonoma potestà di indagine (così in motivazione Sez. 5, n. 23838 del 04/05/2007, Amato, Rv. 237251).

Si è aggiunto che certamente occorre individuare il limite operativo dell'art. 40 comma 2 cod.pen., quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa, incompatibile con la lettera delle fattispecie incriminative. In questa prospettiva, l'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40, comma 2, cit. per condotte connotate da volontarietà e la configurazione della "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali. Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo - discendente da obbligo giuridico - l'omissione consapevole nell'impedirlo.

Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridica di cui si discute. Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impeditiva non risulti connotata da consapevolezza).

La stessa giurisprudenza ha evidenziato che l'evento può essere oggetto di rappresentazione



anche eventuale; pertanto chi consapevolmente si sia sottratto, dall'esercitare i poteri-doveri di controllo attribuiti dalla legge, accettando il rischio, presente nella sua rappresentazione, di eventi illeciti discendenti dalla sua inerzia, può rispondere di essi ai sensi dell'art. 40, comma 2, cod.pen..

Peraltro, l'affidamento riposto dagli amministratori privi di delega nelle risposte rese dall'amministratore operativo alle istanze informative avanzate, ovvero nelle relazioni predisposte dall'organo delegato, non può implicare anche una cieca rinuncia delle personali facoltà critiche o del corredo di competenza professionale, laddove l'accusa dimostri la presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo, oltre che, s'intende, la percezione degli stessi in capo agli imputati.

In definitiva, i segnali perspicui e peculiari di operazioni anomale devono tradursi in indizi gravi, precisi e concordanti della conoscenza da parte dell'amministratore non esecutivo della probabile realizzazione di eventi pregiudizievoli ed impongono sia l'attivazione delle necessarie e non predeterminate fonti conoscitive richieste dall'ordinamento, sia l'adozione di tutte le iniziative, rientranti nelle attribuzioni degli stessi, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati.

Del tutto coerente con siffatta argomentazione è anche l'affermazione (contenuta nella motivazione di Sez. 5, n. 43101 del 03/10/2007, Mazzotta, Rv. 238498), secondo la quale il combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 43 cod.pen. non deroga alla lettura dell'elemento psicologico del reato: la nozione di dolo, come la giurisprudenza ha ormai precisato da tempo, è estensibile anche al c.d. "dolo eventuale", ossia alla commissione di una condotta omissiva, accompagnata dalla rappresentazione del rischio di consentire in tal modo il verificarsi dell'evento che il soggetto ha l'obbligo di impedire.

Peraltro, si è aggiunto che non è sufficiente la rappresentazione della mera possibilità dell'evento, che (risultando sempre configurabile nella prospettazione delle cose future) non è idoneo paradigma valutativo. Necessita, invece, una qualche misura di probabilità dell'evenienza e che questa, sia pur modesta ma più concreta prospettiva, venga rappresentata dall'autore dell'omissione. Diversamente il giudizio che si limiti alla "conoscibilità" del fatto approda inevitabilmente a schemi propri della colpa, improponibili per le fattispecie (come la bancarotta fraudolenta) contrassegnate dal dolo. In questo senso, va, dunque, intesa la contrapposizione tra conoscenza e conoscibilità.

Non potendo l'elemento soggettivo che essere desunto da elementi obiettivi rivelatori dell'atteggiamento psicologico dell'agente (Sez. 5, n. 3708 del 30/11/2011, Ballatori e altri, Rv. 252945), è dalla conoscenza dei segnali di allarme, intesi come momenti rivelatori, con qualche grado di congruenza, secondo massime di esperienza o criteri di valutazione professionale, del pericolo dell'evento, che può desumersi la prova della ricorrenza della rappresentazione dell'evento da parte di chi è tenuto, per la posizione di garanzia assegnatagli dall'ordinamento, ad uno specifico dovere di allerta, che include in sé anche l'obbligo di una più

pregnante sensibilità percettiva, oltre che il dovere di ostacolare l'accadimento dannoso. Ovviamente, questa dimostrazione deve inquadrarsi nel bagaglio di esperienza e cognizione professionale proprio del preposto alla posizione di garanzia, la cui valutazione deve esplicitarsi in concreto; ne consegue che la convinzione di questa percezione e del relativo grado di potenzialità informativa del fatto percepito, è rimessa alla valutazione del giudice di merito, insuscettibile di censura solo se accompagnata da adeguata giustificazione, che –come si è visto- è carente nel caso in esame.

In altri termini, nella prospettiva del dolo eventuale, l'evento pregiudizievole, in coerenza con il giudizio di prognosi postuma che sorregge l'accertamento giudiziale, è oggetto di una rappresentazione in termini di probabilità, cui si accompagna l'inerzia dell'amministratore, che, in tal modo, accetta il rischio del suo verificarsi (Sez. 5, n. 45513 del 05/11/2008, Ferlatti, Rv. 241852).

Ed è sul crinale della conoscenza dei segnali d'allarme, allora, che si misura l'accertamento demandato al giudice di merito e la puntualizzazione secondo la quale 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, ben altra cosa è che egli continui a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri.

Quindi, conclusivamente, ai fini della configurabilità del concorso per omesso impedimento dell'amministratore privo di delega (ovvero –come nel caso di specie- con poteri di delega non esercitati) è necessaria la prova della sua concreta conoscenza del fatto pregiudizievole per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili, dai quali è desumibile l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento illecito, nonché della volontaria omissione di attivarsi per scongiurarlo (così Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi e altri, Rv. 261938; conformi la già citata n. 23838 del 2007 Rv. 237251; nonché n. 21581 del 2009 Rv. 243889, n. 36595 del 2009 Rv. 245138, n. 42519 del 2012 Rv. 253765, n. 23000 del 2013 Rv. 256939).

E' compito del giudice di merito dare specifico conto, con motivazione congrua e logica, della sussistenza dei "segnali di allarme", della conoscenza o "conoscibilità" da parte dell'amministratore e, quindi, dell'accettazione da parte di questi del rischio del verificarsi dell'evento illecito, nonché della volontaria omissione di attivarsi per scongiurarlo.

5. Va quindi annullata la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Milano per nuovo esame attenendosi ai principi sopra affermati.

P.Q.M.

La Corte annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Milano per nuovo esame.

Così deciso in Roma, il 22 marzo 2016

Il consigliere estensore

Il Presidente