

BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO NELLA CONDOTTA DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ ALLA LUCE DEL DECRETO DI ARCHIVIAZIONE DEL GIP DI RIMINI DEL 2.05.2016 NEL CASO DI "AERADRIA" E DELLE SOCIETÀ AD ESSA COLLEGATE

(*)

Paolo Ghiselli

IL CASO DI "AERADRIA" E DELLE SOCIETÀ AD ESSA COLLEGATE

La vicenda giudiziaria di "Aeradria" e delle società ad essa collegate (che gestivano lo scalo aeroportuale riminese) costituisce l'occasione di un confronto circa la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato nella condotta dell'amministratore di società. Tale caso ha avuto particolare risalto nella cronaca per le qualifiche ricoperte dagli indagati, tra i quali: il Sindaco, il Presidente della Provincia ed altri esponenti politici locali.

Con riferimento alla posizione di alcuni amministratori di dette società, è stato emesso dal GIP di Rimini in data 2.05.2016 decreto di archiviazione.

SULLE SINGOLE FATTISPECIE DI REATO

Gli amministratori delle società erano accusati, in concorso tra loro, di diversi reati societari e fallimentari, tra cui "bancarotta fraudolenta aggravata" (art. 223 I comma in relazione all'art. 216, I comma n. 1 e 2 e all'art. 219, I e II

comma, n. 1 L. Fall.) e false comunicazioni sociali" (art. 2622 c. c.), ed erano chiamati a rispondere di essi proprio per la qualifica che rivestivano. È indiscutibile che l'amministratore della società versi in una posizione di garanzia in relazione alla commissione dei reati societari. La fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi, per quanto riguarda la tutela dell'interesse sociale da parte del singolo amministratore è stata individuata nell'art. 2392 c.c. che delinea specifici obblighi di protezione in capo al membro del consiglio di amministrazione. Quest'ultimo, se viene a conoscenza di "fatti pregiudizievoli" per l'interesse sociale, ha il dovere di fare quanto in suo potere per impedirne il compimento¹.

(*) Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

¹ L'equiparazione degli amministratori di fatto a quelli formalmente investiti comune alla materia civile, penale e tributaria vale anche per la fonte dell'obbligo giuridico di attivazione. Vero soggetto qualificato non è il soggetto prestanome ma colui che effettivamente gestisce la società, tuttavia, al prestanome può essere imputata una corresponsabilità in base alla posizione di

Uno dei principi fondamentali del diritto penale è quello della responsabilità personale. In presenza di una fattispecie delittuosa, si dovrà accertare anche la presenza dell'elemento soggettivo del reato in modo da pervenire all'attribuzione della responsabilità di chi lo ha commesso.

Punto di partenza al vaglio del GIP sulla richiesta di archiviazione avanzata dal P. M. è l'elemento soggettivo dei reati contestati agli indagati. L'Accusa ha esplicitato che manca la prova della volontà di commettere i reati a loro attribuiti nell'avviso di conclusione delle indagini.

I reati succitati, infatti, prevedono la commissione dell'illecito con dolo, quale elemento soggettivo richiesto per l'integrazione della fattispecie incriminatrice.

A) SUL REATO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA.

La norma di cui all'art. 216, I comma n. 2 prevede, oltre alla rappresentazione dell'azione antidoverosa, una specifica intenzionalità (lo scopo di recare a sé o ad altri ingiusto profitto o di recare

garanzia proprio in virtù dell'art. 2392 c.c. (in un caso, relativo alla dichiarazione infedele ed emissione di fatture per operazioni inesistenti, era emerso che l'amministratore di diritto della società, seppur con ruolo di mero prestanome, era venuto col passar del tempo a conoscenza di aspetti di dubbia regolarità della gestione societaria da parte dell'amministratore di fatto e, solo a seguito dell'audizione da parte dei militari della Guardia di Finanza che avevano eseguito l'ispezione alla società, aveva ritenuto di dimettersi; non risultava dunque che egli fosse completamente privo di poteri di ingerenza o della capacità di disporre di documentazione) Cass., Sez. III, 19 novembre 2013 n. 47110.

pregiudizio ai creditori) per i comportamenti di sottrazione, distruzione e falsificazione delle scritture contabili².

Nel caso considerato, veniva addebitato agli amministratori e al consulente e depositario delle scritture contabili di AIR s.r.l. di: "... avere falsificato i libri e le scritture contabili, al fine di procurare a sé ed alla controllante società Aeradria un ingiusto profitto e di recare pregiudizio ai creditori e, comunque, per avere tenuto i libri della società, i registri sociali e le altre scritture contabili prescritti dalla legge in guisa da non rendere possibile la ricostruzione dell'effettivo patrimonio e della reale movimentazione degli affari ...".

In particolare, veniva contestato agli indagati di aver rilevato nella contabilità di tre esercizi (anni 2011, 2012, 2013) numerose operazioni in accredito e in addebito prive di riscontro con la documentazione bancaria di riferimento nonché di aver proceduto all'indebita contabilizzazione di ingenti somme di denaro. Per giustificare il flusso di denaro dalla società controllante ad una delle società controllate gli indagati redigevano falsi accordi commerciali.

Con riferimento alla figura dell'amministratore di fatto³ nel reato di bancarotta fraudolenta, si rintraccia un'interessante pronuncia della Corte

² Così in dottrina Lo Cascio (a cura di), *Codice commentato del Fallimento*, 2015, p. 2455.

³ Può definirsi amministratore di fatto colui che, pur non rivestendo la qualifica di amministratore, effettivamente e concretamente gestisce la società.

di Cassazione, secondo la quale l'amministratore in carica risponde penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, se dal punto di vista oggettivo ai sensi dell'art. 40, comma secondo c. p., non ha impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico (art. 2392 c. c.) di impedire. Inoltre, risponde se dal punto di vista soggettivo è raggiunta la prova che egli aveva la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava i beni sociali, esponeva o riconosceva passività inesistenti⁴.

B) SULLE FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI

Agli amministratori veniva altresì contestato: *"... omettevano di redigere le dovute annotazioni contabili, redigevano false annotazioni e false appostazioni di bilancio, esponendo nei bilanci annuali d'esercizio fatti materiali non rispondenti al vero da più esercizi sociali, fino alla dichiarazione di fallimento; gestivano la contabilità di AIR srl e della correlata Rimini Promotions s.r.l., secondo gli interessi di Aeradria S.p.a. e degli operatori turistici che si avvantaggiavano della vendita sottocosto dei biglietti aerei sostenuta esclusivamente con il ricorso*

⁴ Nella specie la S. C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha ampiamente argomentato in ordine all'effettiva consapevolezza da parte degli amministratori di diritto delle condotte dell'imputato, desumendone la prova dagli stessi verbali del consiglio di amministrazione – Cass., Sez. V, 9 febbraio 2010 n. 11938.

all'indebitamento da parte delle tre società ..."

La fattispecie di cui all'art. 2622 c. c. risulta aver avuto un tormentato percorso⁵ sino a giungere alla sua definitiva formulazione: *"Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni"*.

Del resto, la dottrina da tempo sottolineava le difficoltà di definire le "false comunicazioni sociali" attesa la problematicità di tale figura di reato⁶.

Sulla norma in questione sono intervenute le Sezioni Unite con sentenza n. 22474 del 27.05.2016, per

⁵ Il presente articolo è stato prima sostituito dall'art. 1, D.Lgs. 11.04.2002, n. 61, poi dall'art. 30, comma 2, L. 28.12.2005, n. 262 con decorrenza 12.01.2006, e da ultimo dall'art. 11, L. 27.05.2015, n. 69, con decorrenza dal 14.06.2015.

⁶ Vedi Bondi A., *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vole*, in *R. I. D. P. P.*, 1995, Giuffrè.

dirimere i contrasti della V sezione penale in punto a “*fatti oggetto di valutazione*” sancendo il seguente principio: “*sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l’agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni*”.

La questione richiederebbe ulteriori approfondimenti che non sono oggetto del presente articolo, tuttavia era d’obbligo sottolineare come l’interpretazione della fattispecie considerata, alla luce delle continue modifiche, sia tutt’altro che agevole.

Con riferimento all’elemento soggettivo richiesto in capo agli amministratori per la configurazione della fattispecie prevista dall’art. 223 L. Fall. in relazione alle false comunicazioni sociali, la Giurisprudenza di legittimità ha precisato che il dolo presuppone sia una volontà protesa al dissesto, ma questa deve intendersi non quale intenzionalità di insolvenza ma consapevole rappresentazione della probabile diminuzione della garanzia dei creditori e del connesso squilibrio economico⁷.

⁷ Da ultimo, Cass. V sez. 29.03.2012 n. 23091 CED 252804 che ha ritenuto configurabile il reato in relazione a false comunicazioni sociali dirette ad un’azienda di credito per l’erogazione di maggior finanza pur accompagnate dalla convinzione della

Piace a chi scrive, l’affermazione contenuta nella richiesta di archiviazione nella parte in cui “*non sussistono, a loro carico, elementi sufficienti a comprovare la volontà di commettere i fatti contestati*”. Tale giudizio, accolto totalmente nel decreto di archiviazione, conferma il principio secondo cui il dolo deve costituire oggetto di reale accertamento. Principio generale da rispettare comunque, sia nei casi in cui la prova dell’elemento psicologico risulta difficile, sia in quelli in cui appare semplificata dalla eventuale pregnanza della fattispecie in questione. Per tale motivo risulta inaccettabile che per semplificare la prova, si presuma il dolo nella commissione del fatto, cosiddetto dolo *in re ipsa*⁸, semplificazione probatoria non avvenuta nel caso di specie (ove invece il Giudice ha accertato in concreto l’insussistenza del dolo).

IL DECRETO DI ARCHIVIAZIONE DEL GIP
È stata fatta applicazione di questi principi nell’ordinanza di archiviazione del GIP, laddove ha accolto *de plano* la richiesta di archiviazione del P. M. sottolineando che gli amministratori all’interno della società poi fallita non hanno svolto funzioni di redazione del bilancio, limitando il loro intervento a funzioni di rappresentanza degli enti di riferimento espletando correttamente il mandato ricevuto.

probabile restituzione (in questi termini, Codice commentato del Fallimento, Lo Cascio, 2015, p. 2505).

⁸ Vedi Fiandaca, Musco, *Diritto Penale – Parte generale*, 2001, p. 335.

Evidenziando altresì che la società principale, collegata alle società minori, prevedeva un intervento limitato degli amministratori indagati senza alcun controllo dei documenti di bilancio; controllo attribuito viceversa direttamente ad organi sindacali e società di revisione.

In particolare il Gip nella propria ordinanza, al fine di escludere l'elemento soggettivo del dolo in capo agli amministratori per i quali è stata emessa richiesta di archiviazione, conclude che: *“va infatti rilevato ancora una volta come le condotte di bancarotta fraudolenta documentale e di falso in bilancio non possano in alcun modo attribuirsi agli indagati i quali, all'interno della società Air Srl – collegata alla capofila Aeradria – e anch'essa dichiarata fallita, abbiano assunto funzioni di consiglieri privi di deleghe non esercitando alcuna attività diretta di gestione e avvalendosi, delle specifiche competenze dei sindaci revisori per ciò che attiene ai controlli sui bilanci. Né diversamente, avrebbero potuto conoscere le gravi condotte di manipolazione dei bilanci attribuibili agli amministratori di fatto e di diritto (unitamente ai concorrenti esterni) proprio per la sofisticata tecnica adottata per commettere i reati”*.

SULL'ASSENZA DI DELEGHE SPECIFICHE

Gli amministratori per i quali è stato archiviato il procedimento penale erano privi di deleghe specifiche. La giurisprudenza ha precisato: *“è necessario che l'amministratore privo*

*di deleghe abbia avuto la percezione del compimento di attività illecite nell'amministrazione della società: deve essere pertanto dimostrato che l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter sfuggire; infine che l'amministratore non operativo abbia avuto la concreta possibilità di intervenire per impedire l'evento dannoso”*⁹.

È concorde sul punto la dottrina nel richiedere un rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo del reato in capo all'amministratore privo di deleghe: *“Ne consegue che il consigliere non operativo il quale, posto a conoscenza della realizzazione – imminente o in corso – di un reato da parte degli amministratori esecutivi, deliberatamente omette di attivarsi per impedirne la realizzazione, è qualificabile come concorrente nel reato ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 cpv. c.p. Ai fini della formulazione di un giudizio di responsabilità penale di tal genere, un passaggio tanto decisivo quanto problematico è quello che riguarda il rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo del reato, dovendo il comportamento omissivo, per assumere rilevanza penale, essere connotato da rappresentazione e volizione, quantomeno nella forma del dolo eventuale”*¹⁰.

⁹ Cass., Sez. V, 19.10.2010 n. 41136 in *Rivista del diritto* n. 82/2011.

¹⁰ Menardo, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista online.

CONCLUSIONI

Al termine di questa breve disamina delle questioni coinvolte, va evidenziato che il principio della responsabilità penale personale, nonché del concreto accertamento del dolo, hanno trovato pieno riconoscimento nel decreto di archiviazione emesso dal GIP riminese.

Qualora non vi fossero i presupposti di una responsabilità penale basata su fatti specifici, concreti e commessi volontariamente, può residuare una responsabilità colposa che non esclude conseguenze in ambito civile.

Sussiste, comunque, una netta linea di demarcazione fra una responsabilità dolosa, richiesta nel giudizio penale in base ai principi sopra richiamati e al di là di ogni ragionevole dubbio, ed una responsabilità colposa, oggetto di accertamento in sede civile.