Corso online Avvocatura dello Stato 2016

Dispensa P-01
Il soggetto attivo del reato - La delega di funzioni

INDICE:

1. L'amministratore di fatto nella bancarotta
a. Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2012, n. 20678
b. Cass. pen., sez III, 29 agosto 2012, n. 33385

2. I sindaci di fatto.
Cass., Sez. V, del 10.11.2005, n. 40815.

3. Sulla nozione di datore di lavoro
a. Cass, Sez.IV, 21 dicembre 2012, n. 49821
b. Cass., Sez. IV, 17 maggio 2012, n. 34747

4. Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione
Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 27934

5. La nozione pubblicistica di datore di lavoro
Cass., Sez. III, 13 giugno 2007, n. 35137

6. Il soggetto responsabile all'interno dell'impresa
Cass., sez. III, 16 febbraio 2012, n. 28542

7. Compiti del delegante e *culpa in vigilando*.
Cass. pen., sez. III, 4 aprile 2006, n. 11909

8. La rilevanza della delega di funzioni nei confronti del delegante.
a. Cass. pen., sez. III, 06 marzo 2003, n. 19642
b. Cass. pen., sez. III 20 settembre 2007, n. 35137.

9. La responsabilità del direttore del periodico e la rilevanza della delega nell'impresa giornalistica (di Gianni Orfino)

****

1. L'amministratore di fatto nella bancarotta c.d. impropria

a. Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2012, n. 20678
Il reato di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte dirette o IVA ex art. 5 del D. Lg. n. 74/00 è configurabile anche nei confronti dell'amministratore di fatto in forza del cosiddetto criterio funzionalistico o dell'effettività, in forza del quale il dato fattuale della gestione sociale deve prevalere sulla qualifica formalmente quando alla qualifica non corrisponda l'effettivo svolgimento delle funzioni proprie della qualifica.

(Omissis)
5 - Col terzo motivo il ricorrente censura l'equiparazione della qualifica di amministratore di fatto della Arko ascritta al G. a quella di amministratore di diritto ai fini della configurabilità del presupposto soggettivo richiesto per la commissione dei reati ipotizzati non essendo applicabile in via di interpretazione analogica la clausola di equiparazione prevista dall'art. 2639 cod. civ. ai delitti di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, artt. 5 e 11, trattandosi di reati propri esclusivi per la cui realizzazione è richiesta la titolarità di poteri tipici di chi ha rappresentanza legale della persona giuridica-società di capitali contribuente.
L'assunto non è puntuale perchè il reato di omessa presentazione della dichiarazione ai fini

delle imposte dirette o IVA (D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 5) è configurabile anche nei confronti dell'amministratore di fatto Sez. 3, Sentenza n. 23425 del 28/04/2011 Ud. (dep. 10/06/2011) Rv. 250962 in forza del cosiddetto criterio funzionalistico o dell'effettività in forza del quale il dato fattuale della gestione sociale deve prevalere sulla qualifica formalmente ovviamente quando alla qualifica non corrisponda l'effettivo svolgimento delle funzioni proprie della qualifica, come avvenuto nella fattispecie.
L'equiparazione degli amministratori di fatto a quelli formalmente investiti è stata affermata da questa Corte sia nella materia civile che in quella penale e tributaria (Cfr nella materia civile Cass. 5 dicembre del 2008 n. 28819; 12 marzo 2008, n. 6719; Sez. un. civile 18 ottobre 2005 n. 2013; in quella penale per tutte Cass. 7203 del 2008, Cass. n. 9097 del 1993 e per le violazioni tributarie cfr.
Cass. Sez. quinta civile n 21757 del 2005; Cass. pen. n. 2485 del 1995).
E' stato ritenuto, nella citata sentenza, che il principio dell'equiparazione dell'amministratore di fatto a quello di diritto è stato recentemente recepito dal legislatore in occasione della riforma del diritto societario.
Dispone l'art. 2639 c.c. introdotto con il D.Lgs. n. 6 del 2003, che per i reati societari previsti dal titolo quindicesimo del libro quinto del codice civile al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge è equiparato chi esercita in materia continuativa i poteri previsti dalle legge.
La norma, ancorchè riferita esplicitamente ai reati societari previsti dal codice civile, contiene la codificazione di un principio generale applicabile ad altri settori penali dell'ordinamento.
Tale principio incide non solo sulla configurabilità del concorso dell'amministratore di fatto nei reati commissivi, ma anche in quelli omissivi propri, nel senso che autore principale del reato è proprio l'amministratore di fatto salva la partecipazione di estranei all'amministrazione secondo le regole del concorso di persone nel reato.
Muovendo da tali premesse la tesi del ricorrente, secondo il quale l'amministratore di fatto non potrebbe rispondere del reato in questione nè come autore diretto nè come concorrente, è palesemente infondata perchè in contrasto con orientamenti consolidati della dottrina e della giurisprudenza e con lo stesso dettato normativo.
Ne consegue che la Corte territoriale, attraverso un esame approfondito delle risultanze processuali e con motivazione puntuale e immune da vizi logici, ha accertato, come dianzi ritenuto, che l'indagato fosse l'amministratore di fatto.
(Omissis)

b. Cass. pen., sez III, 29 agosto 2012, n. 33385
Il soggetto che assume, in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., la qualifica di amministratore "di fatto" di una società è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, è penalmente responsabile per tutti i comportamenti a quest'ultimo addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo cod. pen.
(Omissis)

1. Il ricorso non è fondato.
2.1 È stato già reiteratamente affermato da questa Corte, sia pure in materia di reati fallimentari, che il soggetto che assume, in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., la qualifica di amministratore "di fatto" di una società è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggetti vo e soggettivo, è penalmente responsabile per tutti i comportamenti a quest'ultimo addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo cod. pen. (sez. 5, sentenza n. 15065 del 02/03/2011, Guadagnoli e altri, Rv. 250094; sez. 5, sentenza n. 39593 del 20/05/2011, Assello, Rv. 250844; sez. 5, sentenza n. 7203 del 11/01/2008, Salamida, Rv. 239040). Si tratta di un principio di diritto che trova il proprio fondamento nella sostanziale equiparazione dell'amministratore di fatto a quello di diritto, ai sensi della citata disposizione del codice civile, come sostituita ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, che peraltro ha prevalentemente natura interpretativa di precedenti, consolidati, approdi giurisprudenziali. Tale equiparazione, pertanto, assume portata generale in relazione a tutti i

comportamenti commissivi o emissivi dell'amministratore di diritto, essendo tenuto l'amministratore di fatto ad impedire le condotte vietate riguardanti l'amministrazione della società ovvero pretendere l'esecuzione degli adempimenti imposti dalla legge, con la conseguente responsabilità dello stesso in sede penale ex art. 40, comma secondo, c.p.. Ovviamente devono concretamente sussistere le condizioni previste dalla citata disposizione del codice civile per riconoscere nel soggetto agente la qualità di amministratore di fatto della compagine societaria. Orbene, l'ordinanza impugnata ha richiamato sul punto l'esito delle indagini eseguite dalla GG.FF., dalle quali è emerso che il C. , nel periodo di cui si tratta, non ha posto in essere alcun atto di gestione della società, non provvedendo neppure alla trascrizione del verbale di nomina nel registro delle imprese, mentre tutti gli atti di gestione societaria, di cui vi sono puntuali indicazioni, sono stati posti in essere dal G. , che ha provveduto, tra l'altro, personalmente alla trasmissione del modello 770 per l'anno di imposte 2007, per via tematica, e si è presentato quale amministratore e legale rappresentante della società in sede di assemblea dei soci in data 29/06/2009 che ha deliberato lo scioglimento della società, secondo le risultanze del relativo verbale notarile.
(Omissis)

2. I sindaci di fatto

Cass., Sez. V, del 10.11.2005, n. 40815
La responsabilità in ordine al reato di bancarotta fraudolenta "impropria" è configurabile in capo ai sindaci, per violazione dei doveri di vigilanza e dei poteri ispettivi che competono loro, ma non anche, contemporaneamente, in capo ai sindaci supplenti, i quali subentrano ai titolari e rispondono del loro operato esclusivamente in caso di morte, rinunzia o decadenza da parte di questi. (Fattispecie nella quale, pur avendo, i sindaci supplenti, partecipato a riunioni del collegio sindacale, sottoscrivendo il relativo verbale, la Corte ha ritenuto che la circostanza fosse inadeguata a intaccare la validità del principio espresso, trattandosi di iniziative anomale e giuridicamente ininfluenti).

(Omissis) 1. - Il ricorso proposto dal Marchitelli si articola in due distinti motivi. Il primo denuncia violazione dell'art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p., in relazione all'art. 40, comma 1, c.p., per inosservanza od erronea applicazione della legge penale nonché violazione della stessa norma processuale in riferimento agli arti 2403 e 2407 c.c.. La censura deduce, in sostanza, l'erroneità dell'interpretazione del giudice di merito che ha ritenuto di imputare ad esso istante, sebbene sindaco supplente, la responsabilità in ordine ai reati commessi dagli amministratori sotto il profilo della violazione dei doveri di controllo incombenti a carico del collegio sindacale, senza avvedersi che un tale titolo di responsabilità, fondato sulla norma sostanziale dell'art. 40, comma 2 c.p., postula l'esistenza di un obbligo giuridico di impedire un evento, la cui violazione equivale a cagionarlo. Ma un tale obbligo sussisterebbe soltanto in capo ai sindaci titolari e non già a quelli supplenti, quale era pacificamente esso ricorrente. Il secondo motivo denuncia violazione dello stesso art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p. in relazione all'art. 521, comma 1, c.p.p., per inosservanza od erronea applicazione della legge penale nonché violazione della stessa norma processuale in relazione agli artt. 598, 605 e 546 comma 1, c.p.p. per mancanza o manifesta illigicità della motivazione, sul riflesso che il capo di imputazione conteneva l'addebito di violazione dei doveri di controllo e di vigilanza, e dunque una condotta omissiva, ove invece in sentenza si era fatto carico ad esso istante di avere sottoscritto verbali del collegio sindacale, ossia una condotta commissiva, con conseguente violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza.
2. - Anche il ricorso proposto nell'interesse del Barrasso si muove, sia pure in termini più articolati, su identica linea contestativa dell'interpretazione che la Corte di merito ha dato delle norme di cui agli art. 2400 e 2403 c.c. in ordine ai poteri ed alle funzioni dei sindaci supplenti, contestando, in particolare, l'esistenza di un obbligo giuridico a loro carico e ritenendo affatto ininfluente che, al di fuori delle ipotesi di sostituzione ex lege del sindaco effettivo, il supplente partecipi alle riunioni del collegio sindacale e sottoscriva anche i relativi verbali.
3. - Le doglianze, esaminabili congiuntamente stante Yeadem ratio che le accomuna, sono fondate e meritano, pertanto, accoglimento. È vero, infatti, che l'impalcatura della sentenza impugnata, strutturata peraltro sulla falsariga di quella di primo grado, si muove su una particolare lettura della disciplina civilistica, richiamata come presupposto normativo delle

formulazioni accusatorie mosse a carico di entrambi i ricorrenti. In linea con gli addebiti, analiticamente riportati in narrativa, il titolo di responsabilità nei loro confronti poggia, infatti, sull'assunto della violazione dei doveri di controllo e di vigilanza istituzionalmente immanenti all'attività dei componenti del collegio sindacale, ancorché entrambi gli imputati, odierni ricorrenti, avessero pacificamente la qualità di supplenti. Secondo la Corte distrettuale, l'accertata sottoscrizione di verbali del collegio sindacale cui avevano partecipato è ininfluente, nella logica denunciata della violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, in quanto elemento fattuale dimostrativo proprio della partecipazione di entrambi alle attività tipiche nelle quali dovevasi esplicare il controllo che, al contrario, fu palesemente omesso onde avallare acriticamente e dolosamente gli illeciti degli amministratori. Si soggiunge che la proposta lettura della norma dell'art. 2401 c.c., secondo la quale il sindaco supplente entrerebbe in carica solo con la cessazione di un effettivo - per morte, rinuncia o decadenza - non sarebbe condivisibile. Ed infatti, il supplente entra in carica con la nomina (art. 2400 cod.civ.), mentre l'art. 2401 regola una diversa fattispecie, cioè la sostituzione, la cui necessità insorge appunto in presenza del definitivo allontanamento dall'incarico del titolare. Compito del supplente, secondo i principi generali, sarebbe quello di sostituire l'effettivo, in caso di assenza od impedimento, anche perché, in presenza di tre soli membri, dovrebbe trovare applicazione il noto brocardo: duo non faciunt collegium. Inoltre, pur se supplente, lo stesso sindaco avrebbe potuto avvalersi delle facoltà previste dall'art 2403, c.c., commi 4 e 5 e, quindi, procedere, in ogni momento, ad atti di ispezione e di controllo ovvero richiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.
4. - Reputa la Corte che una siffatta ermeneusi delle richiamate disposizioni non possa essere condivisa, in quanto non rispettosa della lettera e della ratio della normativa di settore. L'art. 223 della legge fallimentare, che disciplina la speciale fattispecie della bancarotta fraudolenta c.d. impropria, tale in quanto posta in essere da persone diverse dall'imprenditore, annovera, tra i soggetti attivi, accanto ad amministratori, direttori generali e liquidatori di società fallita, anche i sindaci, ove alcuno di tali soggetti abbia commesso uno dei fatti preveduti nell'art. 216 c.c.
In particolare, per quanto riguarda i sindaci, oltre alle ipotesi eccezionali - configurabili in linea astratta - di condotte positive o commissive (in concorso con altri), tali da integrare gli estremi della bancarotta fraudolenta, la responsabilità a loro carico è, normalmente, ravvisabile a titolo di concorso omissivo, alla stregua dell'art. 40, comma secondo, c.p. e cioè sotto il profilo della violazione del dovere giuridico di controllo che, ordinariamente, inerisce alla loro funzione. È risaputo che, nella disciplina codicistica, anche alla stregua della nuova configurazione introdotta dalla riforma del diritto societario di cui al d.lgs 17.1.2003, n. 6, il collegio sindacale è un tipico organo di controllo, chiamato a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito di garantire l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo nonché di accertare che la contabilità sia tenuta in modo regolare (cfr. Cass. Sez. 5, 12.11.2001, n. 45237, rv 221014). In quanto investiti di peculiari funzioni di controllo, da esercitare, peraltro, con la diligenza del mandatario, secondo la vecchia formulazione dell'art. 2407 (oggi con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico), anche i sindaci, dunque, possono essere chiamati a rispondere dei reati di bancarotta.
L'obbligo di vigilanza - tanto più alla luce della menzionata riforma del diritto societario, che ne ha meglio definito l'ambito di esplicazione - non è limitato 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, commi 1, 3 e 4, c.c.), 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, ma comprende anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile (cfr., in tal senso, anche Cass. sez. 5, 22 aprile 1998, n. 8327). Sennonché, un tale obbligo giuridico, la cui violazione può astrattamente rilevare nella logica del menzionato art. 40 comma secondo, c.p. sub specie dell'equivalenza giuridica, sul piano della causalità, tra il non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire ed il cagionarlo, non può che riguardare, proprio per la pregnanza della sua esplicazione, soltanto i membri effettivi e non anche i supplenti, e dunque solo chi faccia parte pieno iure dell'organo collegiale. Tale principio, che appare scontato nella sua astratta formulazione, rimanda - per la determinazione del suo contenuto sostanziale - al regime civilistico, specie ai fini