DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

L'OBBLIGO DI GARANZIA DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGHE E LA FUNZIONE PROBATORIA DEI C.D. SEGNALI D'ALLARME

Nota a Cass. pen., Sez. V, Ud. 19 ottobre 2010 (dep. 22 novembre 2010), n. 41136, Pres. Colonnese, Rel. Marasca[*]

di Giovanni Mercone

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la complessa analisi della normativa civilistica. — 3. le obiezioni della dottrina all'utilizzo in termini probatori dei c.d. «segnali d'allarme» da parte della giurisprudenza — 4. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. Introduzione.

Con la sentenza che qui si annota il Tribunale di Udine in data 28 maggio 2002, all'esito del rito abbreviato, condannava l'amministratore di una società per azioni per i reati di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione, bancarotta per atti dolosi e per false comunicazioni sociali. La decisione di merito traeva fondamento da un'indagine della Guardia di Finanza, da riscontri acquisiti dal P.M. e dalla relazione del curatore fallimentare della società, attività da cui emergevano le condotte fraudolente tenute dagli amministratori delegati nella gestione della società fallita. Ne conseguiva l'affermazione della penale responsabilità anche dell'amministratore privo di deleghe, giudicato separatamente rispetto agli altri imputati, che avevano scelto di procedere con il rito ordinario e non abbreviato.

La Corte di Appello di Trieste, con sentenza del 29 aprile 2009, confermava la decisione di primo grado con riferimento ad alcuni dei reati contestati, quali la bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione, mentre riqualificava la bancarotta per false comunicazioni sociali nella contravvenzione di cui all'art. 2621 c.c. ed assolveva l'imputato dal reato di bancarotta per operazioni dolose.

[*] Il testo della sentenza è riportato in appendice.

Avverso tale sentenza veniva proposto ricorso per cassazione, deducendo la nullità della decisione impugnata per violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b), in relazione all'art. 40 c.p., comma 2, artt. 43 e 110 c.p., art. 216 legge fall., e art. 2932 c.c., perché erroneamente era stata ritenuta la responsabilità per i contestati reati di bancarotta fraudolenta, posto che il ricorrente non era titolare di alcuna delega operativa e non aveva compiuto alcun atto gestorio della società. Mancava, dunque, secondo l'imputato, sia la prova che egli avesse percepito il compimento di attività illecite, sia la dimostrazione della concreta possibilità di impedirne il verificarsi.

La quinta sezione della Corte di Cassazione, investita della questione, è tornata così ad affrontare il tema relativo alla responsabilità concorsuale dell'amministratore delegante per i reati commessi nella gestione societaria ([1]).

La S.C. si è pronunciata sulla vicenda ai soli fini civili, essendo i reati contestati ormai estinti per intervenuta prescrizione, ed ha, anzitutto, evidenziato una carenza motivazionale nella decisione impugnata. Secondo i giudici di legittimità, essendo l'imputato privo di deleghe nella gestione della società e tenuto conto delle modifiche intervenute nel diritto societario, sarebbe stata infatti necessaria la dimostrazione che questi avesse avuto la cognizione del compimento di attività illecite da parte degli amministratori delegati. Cioè, si sarebbe dovuto quantomeno provare che il ricorrente avesse avuto consapevolezza dei sintomi dell'illecito o che le attività incriminate erano così anomale da non potergli sfuggire. Tuttavia, nella sentenza impugnata non c'era stato alcun riscontro sul punto. Né tantomeno erano stati indicati specifici indici d'allarme, che avrebbero dovuto spingere tale soggetto ad attivarsi. Emergeva, pertanto, un chiaro contrasto con quanto stabilito dall'art. 40 cpv. c.p., che punisce soltanto chi, pur avendo l'obbligo giuridico di impedire un evento, non vi provveda, ma ciò presuppone la conoscenza del fatto. In ultimo, è stata contestata ai giudici di merito pure la mancata indicazione del comportamento che in concreto avrebbe dovuto adottare l'imputato per impedire il compimento dei fatti illeciti realizzati nella gestione della società.

Questi rilievi hanno portato la S.C. ad annullare la sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello.

La decisione in esame ripropone, quindi, il tema della responsabilità penale nell'ambito societario, affrontando il problema della responsabilità dell'amministratore non delegato per i reati commessi nella gestione della società. Il discorso, come è ovvio, è collegato al rispetto del principio di

([1]) Giova considerare che ai sensi dell'art. 2381 c.c. il consiglio di amministrazione può «*delegare proprie attribuzioni al un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi membri, o da uno o più dei suoi componenti*». Da tempo ci si chiede, pertanto, se ed in che limiti permangano in capo agli amministratori non operativi, nonostante la delega, degli obblighi di garanzia, in specie di impedimento dei reati commessi dagli amministratori delegati.

colpevolezza, di cui all'art. 27, comma 1, cost.. Tale esigenza è, infatti, avvertita in modo particolare nell'analisi dei comportamenti addebitabili ai vertici delle società, poiché di regola gli «effetti» dell'organizzazione tendono a far risalire ogni responsabilità verso l'alto, ossia in direzione di chi rappresenta l'ente o svolge un ruolo di controllo ([2]).

2. L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la complessa analisi della normativa civilistica.

Nella prassi dei giudizi penali scaturiti da scandali e dissesti finanziari, gli amministratori privi di deleghe siedono spesso sul banco degli imputati per difendersi dall'accusa di non aver impedito il compimento di atti illeciti, pur avendo il dovere e il potere di farlo ([3]).

In particolare, essendo i suddetti amministratori investiti, per la giurisprudenza, di una posizione di garanzia rilevante ex art. 40 cpv. c.p., che trova il suo fondamento giuridico nell'obbligo d'impedimento di attività pregiudizievoli ai sensi dell'art. 2392 c.c., ricorre con frequenza che venga loro

---

([2]) Si impone al diritto penale e ai suoi interpreti un difficile compito, teso ad elaborare criteri d'imputazione che riescano a dominare il modello organizzatorio, in modo tale che, per un verso, si salvaguardino le garanzie costituzionalmente sancite, e, per altro verso, si raggiungano in concreto le finalità preventive a fondamento dell'illecito commesso nella gestione d'impresa, anche perché il settore della criminalità economica è dominato da un paradigma «razionale» di delinquente, elemento cha a maggior ragione richiede una corretta individuazione degli effettivi colpevoli del reato, cfr. A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, p. 193 e ss.; ID., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 537-541; A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2001, p. 3 e ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1364 e ss.; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 623 e ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 343 e ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, p. 401 e ss..

([3]) N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, Milano, 2003; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti in onore di F. Stella*, Milano, 2007, p. 981 e ss.; ID., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 109 e ss..; mentre in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. V, 26 giugno 1990, *Bordoni*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828; Cass., sez. V, 6 settembre 1993, *Trovero ed altri*, in *Giust. pen.*, 1994, p. 265; Cass., sez. V, 20 ottobre 1994, *De Foscatiis*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1976; Cass., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, *De Benedetti ed altri*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 651 e ss.; Cass., sez. V, 19 ottobre 2000, n. 191, *Mattioli*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2343, con nota di RIVERDITI, *Si «consolida» l'orientamento giurisprudenziale sul caso Fiat: prime osservazioni sulla sentenza della corte di Cassazione*.

imputato un concorso mediante omissione nei reati commessi dagli amministratori operativi ([4]).

In questo quadro si colloca la vicenda giudiziaria in commento, nella quale l'amministratore privo di deleghe è stato chiamato a rispondere, ai sensi del combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 c.p., degli illeciti penali commessi dagli amministratori delegati nella gestione della società.

La S.C. si è soffermata, principalmente, sul problema legato alla conoscenza delle suddette condotte fraudolente. Ma, prima di esaminare tale argomento, giova affrontare l'altrettanto importante profilo inerente ai «poteri» degli amministratori non operativi, aspetto fondamentale se si considera che i limiti del potere segnano il «confine» invalicabile della garanzia di cui all'art. 40 cpv. c.p. e che, quindi, l'ampiezza delle facoltà spettanti al garante individua la sfera del suo dovere giuridico di impedire l'altrui reato. La questione, si osservi, rappresenta un *prius* rispetto all'accertamento del dolo, poiché in mancanza di una posizione di garanzia diviene superfluo verificare la partecipazione psichica al reato, essendo la presenza di un obbligo giuridico di impedire l'illecito condizione «preliminare» per la sussistenza della responsabilità ([5]).

Sul punto la Corte di Cassazione ha, nel caso in esame, confermato il *trend* giurisprudenziale ormai favorevole a ritenere «attenuata» la posizione di garanzia degli amministratori a seguito dall'intervento novellatore sul diritto societario (D. Lgs. n. 6/2003). Difatti, pur avendo la riforma mantenuto in vita l'obbligo di garanzia in capo a tali soggetti, essa ha nondimeno «alleggerito» gli oneri e le responsabilità degli amministratori e di conseguenza ristretto l'ambito della loro posizione di garanzia. Nello specifico, se, per un verso, è rimasta, in parte, invariata la formulazione delle norme che nella specie fondano il dovere giuridico di impedire l'evento ex art. 40 cpv. c.p. (si pensi all'art. 2392, comma 2, c.c. che ancora prevede una responsabilità solidale degli amministratori che, pur a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento), per altro verso, il legislatore ha, non a caso,

---

([4]) L'art. 2392 c.c., rubricato «responsabilità verso la società», prevede al secondo comma, così come modificato dal D. Lgs. n. 6/2003, «*una responsabilità solidale degli amministratori verso la società qualora, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze*». È bene sottolineare, tuttavia, che tale norma, malgrado sembri fare riferimento in particolare ai rimedi civilistici, si utilizza di regola per far ricorso al diritto penale al fine di sanzionare le condotte inerti degli amministratori non operativi accusati di un mancato intervento a fronte degli illeciti perpetrati nella gestione della società. Dunque, nonostante l'idea delle disposizioni penali come strumento di *extrema ratio*, si preferisce, in un'ottica promozionale, far ricorso alle fattispecie di reato, in cui vengono sussunte condotte che, per le loro caratteristiche, dovrebbero risultare rilevanti per il solo diritto civile, cfr. A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1149 e ss..

([5]) A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., p. 44, nonché per una ricostruzione approfondita sulle posizioni di garanzia, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit..

eliminato dall'art. 2392 comma 2 c.c. l'irrealistico ed inesigibile dovere per gli amministratori non operativi di «vigilare» sul generale andamento della società, prevedendo in sostituzione un obbligo informativo per gli organi delegati sulle operazioni societarie maggiormente rilevanti. Al consiglio di amministrazione si chiede solo di «controllare» i dati forniti dagli amministratori operativi e pertanto è venuto meno quel preesistente dovere «generico» di vigilanza. Una cosa è «vigilare», altra cosa è invece «valutare». La vigilanza presuppone, infatti, un compito continuato e ininterrotto, mentre la valutazione, seppur ripetibile periodicamente, allude ad un'attribuzione che si esercita *una tantum*. In conclusione, la novella, come confermato dall'indirizzo prevalente dei giudici di legittimità, eliminando l'obbligo di vigilanza in capo agli amministratori privi di deleghe, ha voluto indirettamente circoscrivere la loro posizione di garanzia ([6]).

Malgrado gli effetti prodotti dalla novella del 2003, nella vicenda in esame non si è, tuttavia, operata alcuna verifica sulle concrete possibilità per il garante di impedire il fatto contestato, riconoscendo in maniera «automatica» una posizione di garanzia in capo all'amministratore non operativo. È vero, infatti, che la S.C. ha nella specie evidenziato incidentalmente come i giudici di merito non si siano soffermati sui poteri dell'imputato potenzialmente impeditivi degli illeciti penali commessi. Ma resta il fatto che in sede di merito ancora una volta non si è approfondito l'argomento, a dispetto della sua importanza.

Appare, pertanto, opportuno soffermarsi sulle singole facoltà spettanti agli amministratori, onde ricostruire con esattezza l'ambito della loro posizione di garanzia ex art. 40 cpv. c.p.. Va sottolineato in proposito come l'esistenza di un generico dovere giuridico d'impedimento dei fatti pregiudizievoli alla gestione sociale (ai sensi dell'art. 2392 c.c.) non sia sufficiente di per sé a fondare un obbligo di garanzia, occorrendo interrogarsi sui poteri riconosciuti agli amministratori non operativi. Del resto, tale analisi incide anche sulla successiva e indispensabile valutazione del «nesso causale», che sebbene concerna un piano diverso da quello relativo all'individuazione della posizione di garanzia, ne rimane comunque influenzato. L'inerzia deve, infatti, essere stata una «condizione» del fatto criminoso verificatosi *hic et nunc*, cioè dovrà

([6]) Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, in *Cass. pen.*, 2008, p. 103, con nota di F. CENTONZE, *La suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; nonché F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 159, in cui l'Autore ravvisa una radicale diversità, in termini di estensione, nelle rispettive responsabilità tra amministrativi delegati e non, sostenendo che con la riforma si è avuto l'effetto di una attenuazione della responsabilità dei secondi in caso di delega; *contra* Gup Brescia, 31 maggio 2005, n. 604, *inedita*, dove è invece stato sostenuto che con la novella sia completamente venuto meno l'obbligo di garanzia in capo agli amministratori non esecutivi.

dimostrarsi che l'azione doverosa omessa ne ha quantomeno agevolato la realizzazione, ma tale verifica è impossibile senza un preventivo esame sui poteri del garante. Sussiste, in realtà, una notevole differenza tra l'affermare che la condotta omessa dell'amministratore «sarebbe» stata idonea ad impedire la commissione del reato, e l'assunto che nel caso specifico l'inerzia «è» stata, oltre ogni ragionevole dubbio, causa dello stesso.

In merito, ci si è basati sullo studio della disciplina civilistica e su un approfondito esame del reale funzionamento degli organi societari. Tale analisi è stata resa tra l'altro più complessa dalla mancanza di disposizioni codicistiche che «tassativamente» elenchino le facoltà dei soggetti citati: l'art. 2392 c.c. assicura infatti la giuridicità dell'obbligo di impedire l'evento, richiesta dall'art. 40 cpv. c.p., ma non individua con esattezza i comportamenti che possono e quindi devono essere posti in essere dagli amministratori per impedire il compimento dei reati commessi nella gestione d'impresa. La dottrina, pertanto, si è concentrata sulle diverse disposizioni del diritto societario (contenute nel libro V, titolo V del codice civile), in modo tale da verificare fino a che punto i reati «astrattamente» imputabili ai consiglieri non operativi possono «in concreto» essere loro addebitati ([7]).

L'indagine sulla reale portata dell'obbligo di garanzia degli amministratori privi di delega parte, nello specifico, dall'art. 2391 c.c., che prevede l'impugnativa mediante ricorso all'Autorità giudiziaria delle delibere consiliari adottate in violazione della disciplina sul conflitto d'interessi. Tale iniziativa incontra, però, due limiti: assenza oppure dissenso dell'impugnante e voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, limiti che ne fanno un'arma spuntata, tra l'altro non utilizzabile laddove l'atto di per sé abbia già spiegato immediata efficacia esterna ed esaurito la condotta realizzatrice dell'illecito. In quest'ultima ipotesi l'impugnativa e l'eventuale sospensione dell'esecuzione ottenuta in via cautelare potranno attenuare le conseguenze del reato, ma non saranno sufficienti a fondare il meccanismo dell'equivalenza previsto dal capoverso dell'art. 40 c.p., ai fini del quale rileva il potere-dovere di impedire l'evento ([8]). Volendo esemplificare, nel caso di approvazione, ex art. 2423 c.c., di un bilancio contenente dati non veritieri, all'amministratore delegante non potrà essere rimproverato nulla, perché tale attività integra di per sé la contravvenzione di cui all'art. 2621 c.c. in tema di false comunicazioni sociali. La norma anzidetta contiene un illecito di pericolo, che si consuma già

([7]) Si verifica un doppio rinvio in bianco, ovvero dal primo rinvio operato dalla clausola di equivalenza (sul concetto di *obbligo giuridico*) si passa a quello effettuato dall'art. 2392, comma 2, c.c. (*non hanno fatto quanto potevano*), che rimanda a sua volta alle diverse norme del codice civile dalle quali ricavare i poteri impeditivi dei membri del consiglio di amministrazione, cfr. C. CANTAGALLI, *Concorso omissivo negli organismi societari*, in *Nel diritto*, 2009, p. 84.

([8]) G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 350.

con la deliberazione e la comunicazione dell'atto votato al collegio sindacale e all'assemblea dei soci. Dunque, nel caso di specie, l'impugnativa serve solo per contenere i danni (ad esempio evitando che il fatto si tramuti nel più grave illecito di cui all'art. 2622 c.c.), ma di sicuro non per scongiurare la commissione del reato.

Un ulteriore strumento, tra l'altro «indiretto» e «limitato alle gravi irregolarità», è poi rappresentato ex art. 2409 c.c. dalla denuncia al Tribunale per il tramite del Pubblico Ministero. Opportunità, tra l'altro, che la riforma del 2003 ha drasticamente ridimensionato: da un lato, si è escluso il P.M. dalla cerchia dei soggetti legittimati ad attivare il procedimento in presenza di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; dall'altro, si è circoscritto il controllo giudiziario ai soli casi di gravi irregolarità che possono arrecare un danno alla società. Insomma, si configura un potere notevolmente limitato rispetto a quello risultante dalla precedente versione dell'art. 2409 c.c., circostanza che inciderà non poco sulla sfera degli obblighi degli amministratori non esecutivi. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui la segnalazione al P.M. costituiva l'unica strada percorribile, come accade di regola in mancanza di una delibera suscettibile d'impugnazione.

Al di fuori dei due poteri segnalati, la dottrina non riconosce più alcuna possibilità al consigliere di incidere «direttamente» sul compimento di fatti criminosi, avendo tale soggetto la sola facoltà di spendersi in consiglio per impedire l'adozione di atti pregiudizievoli, far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, chiederne la convocazione o ancora darne immediata notizia al collegio sindacale. Ma di sicuro l'amministratore delegante, attraverso i suddetti comportamenti, non è in grado di evitare la commissione del fatto di reato, con tutto ciò che ne consegue in tema di concorso omissivo ([9]).

In definitiva, è la stessa regola della collegialità a circoscrivere in molti casi le possibilità di intervento del singolo amministratore e di conseguenza la sua posizione di garanzia. Né appare possibile contestare al consigliere non esecutivo l'omessa «denuncia di reato», obbligo che il nostro ordinamento

([9]) Soltanto una parte minoritaria della dottrina ammette, infatti, che i poteri dei consiglieri siano anche «individuali», rilevando che alla notizia di atti dannosi non ancora eseguiti sia giustificata una deroga alla collegialità. L'estensione è rintracciata nell'art. 2258 c.c., che consente al singolo socio, in regime di amministrazione congiuntiva, di compiere atti a lui preclusi qualora vi sia urgenza di evitare un danno alla società, cfr. C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, p. 218.; *contra* la maggioranza degli studiosi, che evidenzia come di regola l'attività dell'amministratore si esaurisce nel voto, e pertanto non può essere ritenuto responsabile per non avere «individualmente» preso provvedimenti, perché non ha il potere di farlo, cfr. M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 381.

impone, ex artt. 361 e 362 c.p., solo ai P.U. e agli Incaricati di un pubblico servizio ([10]).

Occorre considerare, in ultimo, che l'analisi appena svolta sul dato positivo, già in contrasto con l'orientamento giudiziario favorevole a riconoscere automaticamente in capo agli amministratori non operativi una posizione di garanzia in relazione a qualsiasi reato verificatosi nella gestione d'impresa, si pone in sintonia con gli studi sul «reale» funzionamento dei consigli di amministrazione, che hanno confermato le limitate facoltà spettanti a tali soggetti: è emerso, in effetti, come gli amministratori deleganti non entrano nella gestione quotidiana degli affari, poiché la maggior parte delle decisioni sono prese dagli esecutivi oppure da altri dipendenti, che non appartengono, a loro volta, al consiglio di amministrazione. Tale organo può acquisire la consapevolezza di una specifica decisione anche molto tempo dopo che è stata adottata, posto che il tipico consiglio d'amministrazione è coinvolto soltanto negli atti e nelle transazioni più significative ([11]).

Il «mito» di un controllo efficace sui vertici esecutivi svolto dagli altri consiglieri ha subito così un ulteriore ridimensionamento. I modelli legali e le strutture dell'ente sono, infatti, di certo rilevanti, ma di secondaria importanza in ambito penale rispetto all'allocazione del potere di «fatto» che deriva dal controllo dell'informazione societaria. Per svolgere le loro funzioni i consiglieri necessitano di dati, che nella maggior parte dei casi ottengono per il tramite degli stessi manager da controllare. Le notizie sono filtrate dagli esecutivi, e di conseguenza la conoscenza che i semplici amministratori hanno della loro società è puramente cartacea. Il *dossier* su cui si basano, a maggior ragione a seguito della novella del 2003 (cfr. art. 2381, comma 5, c.c., sull'obbligo degli amministratori operativi di riferire periodicamente sull'andamento della gestione), è predisposto dagli organi delegati, e ciò si verifica sia nelle società a base familiare che in quelle di grandi dimensioni, a cominciare dalle quotate. Si pensi a cosa accade nell'approvazione del progetto di bilancio: in questo contesto i consiglieri non esecutivi, impossibilitati ad effettuare una verifica di dettaglio, finiscono per affidarsi sulla perizia e sull'onestà dei funzionari amministrativi e, sopra questi, dell'amministratore delegato. D'altra parte,

([10]) L'obbligo di denuncia, ad ogni modo, atterrebbe qui solo ad un reato già «completo» nei suoi elementi e non *in itinere*, così da escludere a priori qualsivoglia rimprovero per l'amministratore delegante a titolo di concorso. Non appare difatti possibile obiettare che l'obbligo di denuncia scatti già per il «tentativo», perché la maggior parte delle fattispecie contestabili ai non esecutivi appartengono alla categoria delle contravvenzioni (c. art 2621 e ss. c.c.), per le quali, come noto, la forma tentata non ha alcun valore penale.
([11]) Si vedano al riguardo i numerosi riferimenti agli studi di settore americani contenuti nel lavoro di F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 990 e ss..

come osservato da autorevole dottrina in modo paradigmatico, solo gli esecutivi sono «in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali» ([12]).

Si è registrato, dunque, un assetto di *governance* societaria diverso da quello degli anni '70. Sino ad allora il modello adottato prevedeva che il consiglio d'amministrazione gestisse gli affari della società e ne determinasse la politica commerciale. I delegati si limitavano ad eseguire le sue decisioni. Oggi però questo sistema non riflette più la realtà del mondo economico, poiché l'organo di governo viene riunito di rado e la gestione è lasciata nelle mani dei consiglieri operativi ([13]).

Le considerazioni svolte, unite a quanto già osservato sulla ricostruzione in termini normativi della posizione di garanzia degli amministratori deleganti, spiegano probabilmente perché il legislatore nella recente riforma sul diritto societario abbia eliminato il dovere per tali soggetti di «vigilare» sul generale andamento della società, dovere irrealistico ed in concreto inesigibile se riferito ad un controllo di tipo capillare sull'attività di gestione, prevedendo in sostituzione un periodico obbligo informativo per gli organi operativi sulle attività più rilevanti.

In conclusione, il richiamo all'art. 40 cpv. c.p. richiede, oggi più di ieri, l'accertamento dei poteri spettanti all'amministratore privo di deleghe, onde evitare che la disciplina sulla partecipazione omissiva nel reato altrui diventi un contenitore nel quale diluire i connotati tipici dell'omissione. La ricostruzione delle posizioni di garanzia, a ben guardare, va operata nei limiti di una corretta interazione tra le clausole contenute negli artt. 40 cpv. e 110 c.p., e quindi non può prescindere dalla concreta valutazione delle facoltà del garante, che, come accennato, incidono a loro volta sull'accertamento del nesso eziologico tra l'inerzia e la fattispecie di reato verificatasi. Difatti, nell'indagare il collegamento tra l'omissione e l'evento, il giudice, dopo aver individuato la condotta del garante astrattamente impeditiva dell'evento, deve, con un giudizio di prognosi postuma, altresì supporre mentalmente come realizzata l'azione doverosa omessa e chiedersi cosa sarebbe accaduto se il garante non fosse rimasto inattivo nel caso concreto, ad esempio se nella specie avesse impugnato la delibera che legittimava pratiche illecite degli esecutivi. Che cosa

---

([12]) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, in L. CONTI (a cura di), Milano, 1999, p. 81; P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni Fiorentini*, 2006, p. 1049.

([13]) Per dirla con le parole di un economista: «*il consiglio di amministrazione consiste in un certo numero di uomini, la cui conoscenza dell'impresa può essere superficiale. Eccezioni a parte, il ruolo dei suoi membri è di semplice assenso. In cambio di una retribuzione e di qualche manicaretto, costoro accettano di essere periodicamente informati dal management sul già deciso e l'universalmente noto. I bords dunque sono amabili entità subordinate al reale potere dei manager*», cfr. J. K. GALBRAITH, *The economist of innocent Fraud. Truth for our time*, Boston - New York, 2004, tr. it., *L'economia della truffa*, Milano, 2004 p. 54, passo riportato in F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 994.

sarebbe successo se, nel caso di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, avesse sollecitato il P.M. a procedere *ex* art. 2409 c.c.. Ma tale verifica diviene possibile soltanto attraverso una preventiva analisi sui poteri dei consiglieri d'amministrazione ([14]).

Allo stato attuale, in sintesi, non è sufficiente a determinare un concorso a titolo omissivo il semplice dovere di valutare l'operato altrui o il possesso di determinati poteri, salvo non si dimostri, sul piano oggettivo, che lì dove il garante si fosse attivato avrebbe evitato la commissione dell'illecito penale realizzato. Ne consegue che, eccetto quest'ultima ipotesi, in cui l'amministratore delegante contribuisce «effettivamente» alla realizzazione del reato, una sua responsabilità «penale» deve essere esclusa, e ciò non solo in funzione dei principi che fondano il nostro diritto penale e della disciplina concernente il reato omissivo ma anche per una regola generale dell'ordinamento desumibile dal «dimenticato» art. 196 c.p., che prevede una responsabilità soltanto «civile» in capo ai soggetti apicali nell'ipotesi d'insolvibilità dell'autore del reato, se si tratta della violazione di disposizioni che costui era tenuto a far osservare e delle quali non debba rispondere penalmente.

3. Le obiezioni della dottrina all'utilizzo in termini probatori dei c.d. «segnali d'allarme» da parte della giurisprudenza.

L'altro aspetto da prendere in considerazione nell'esame della sentenza in commento riguarda, come segnalato, le modalità di accertamento dell'elemento psicologico, cioè la prova dell'effettiva conoscenza da parte del garante della realizzazione *in itinere* di un illecito nella gestione d'impresa.

Nel caso specifico, agli amministratori deleganti si fa carico di non aver fatto nulla per impedire il proposito criminoso degli amministratori operativi, pur avendone avuto cognizione e la possibilità di intervenire, così accettando il rischio della sua verificazione.

Tuttavia, anche la verifica del coefficiente soggettivo, individuato, per gli amministratori estranei alla gestione, nella forma del dolo «eventuale», ha causato diversi problemi, conseguenti ad una radicale ma frequente deviazione dai criteri comunemente utilizzati per individuare la sussistenza di siffatto elemento del reato. Tanto è vero che la dimostrazione della conoscenza dell'altrui programma criminoso ha fatto registrare soluzioni divergenti in giurisprudenza, che col tempo ha in parte accolto le critiche della dottrina, legate principalmente all'utilizzo dei c.d. segnali d'allarme, ritenuti spesso quali

([14]) F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1043; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 217.

indici di per sé sufficienti a provare il dolo del consigliere delegante. Prima di ripercorrere, però, quanto accaduto in giurisprudenza, per poi soffermarci sulla decisione in esame, giova, preliminarmente, porre l'accento sul fatto che in termini generali la dimostrazione del coefficiente soggettivo, nella specie il dolo, deve muovere dal presupposto che si tratta pur sempre di un fatto interno che non può essere accertato mediante i sensi, alla stregua di un accadimento esterno o materiale, ma deve essere desunto da dati esteriori (individuati nella specie nei c.d. indici di allarme) ([15]).

All'inizio, è prevalso in giurisprudenza, anche in quella di legittimità, un indirizzo che, in luogo dell'effettiva rappresentazione ed accettazione dell'evento realizzatosi in concreto, riteneva sufficiente la volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata *tout court* quale accettazione del rischio di «qualsivoglia» sviluppo negativo della gestione d'impresa. Detto altrimenti, la prova del dolo veniva desunta per gli amministratori dall'inadempimento dei loro doveri, con la conseguenza che la posizione assunta nell'organizzazione dell'ente di per sé era considerata un indicatore del dolo, definito nella specie dalla dottrina come «*dolo di posizione*»: ci si basava sul fatto che i vertici, data la posizione rivestita, «non potevano non sapere» che altri soggetti avrebbero potuto eventualmente commettere determinati reati (false comunicazioni sociali, bancarotta fraudolenta ed altro) ([16]). Oppure, sempre alla luce di quanto accaduto in un primo approccio al fenomeno, veniva ritenuto bastevole il mancato attivarsi di fronte a riconoscibili segnali d'allarme dei reati poi commessi, a prescindere dalla circostanza che detti indici fossero stati in concreto percepiti e correttamente valutati come segnali del possibile accadimento di un determinato fatto illecito ([17]).

Tali orientamenti sono stati, tuttavia, da subito oggetto di critiche dottrinali: con riferimento al primo indirizzo, si è evidenziato un errore nell'individuazione dell'oggetto del dolo, da non riferire al solo inadempimento dell'obbligo di controllo, ma piuttosto ai fatti pregiudizievoli *in itinere* programmati dagli amministratori delegati; e, in relazione alla seconda impostazione, si è invece sottolineata come la rappresentazione dell'evento, e quindi l'accettazione del rischio del suo verificarsi, non possa desumersi dalla mera presenza di indici d'allarme. Volendo esemplificare, la S.C. ha finito, in

([15]) G. P. DEMURO, *Il dolo*, Milano, 2010, p. 156 e ss., in cui l'Autore si sofferma sulla prova del dolo attraverso l'utilizzo di massime di esperienza: l'applicazione di tali massime si fa ancora più problematica quando essa e chiamata a collegare nel procedimento inferenziale un dato sensibile a una situazione psichica, posto che in tali situazioni le massime di esperienza rischiano di scivolare verso l'asse inclinato del «sentire comune», la cui plausibilità potrebbe risultare assai dubbia e ridursi in realtà in una convinzione personale.

([16]) G. DE FRANCESCO, *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008, p. 423.

([17]) Significativa la vicenda del Banco Ambrosiano, sulla quale ci si rimette per una dettagliata analisi ad A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., p. 1149 e ss..

tale ultima situazione, con il «presumere» il dolo attraverso due passaggi logici: data per scontata la percezione soggettiva dei segnali d'allarme (prima presunzione), ha conseguentemente affermato che dagli stessi fosse derivata l'effettiva previsione dei reati commessi (seconda presunzione). Ebbene, la dottrina ha opportunamente contestato tale modo di argomentare, osservando che il soggetto apicale potrebbe in concreto non aver avuto cognizione degli incidi sintomatici di possibili illeciti, e che, comunque, essi rappresentano solo la spia di un pericolo, e dunque di per sé non provano che vi sia già stata una «concreta» cognizione di quanto stava per accadere nella gestione d'impresa. Soltanto lì dove tali indici, che dunque non possono a loro volta divenire oggetto del dolo, spingono l'amministratore ad attivarsi, determinando una reale consapevolezza del proposito illecito altrui, che però non si è impedito, sarà possibile individuare una responsabilità concorsuale a titolo omissivo, rischiando altrimenti di dare per scontato l'elemento psicologico (dolo *in re ipsa*). Bisogna, quindi, evitare, come accaduto invece in giurisprudenza, una sovrapposizione sostanziale o di fatto tra il piano della «conoscibilità» e quello della «conoscenza», onde escludere una trasformazione del dolo eventuale nel suo «fantasma», visto che, oltre al momento volitivo, già scemato nell'accettazione del rischio, si depotenzia pure il *quid* di elemento rappresentativo, collegato ad una serie «indefinita» di eventualità giuridicamente negative e non al reato poi in concreto commesso dagli amministratori delegati ([18]).

Tali obiezioni hanno così portato la giurisprudenza più recente ([19]) ad affermare chiaramente che l'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40 cpv. c.p. evidenzia due momenti, il primo dei quali postula la rappresentazione dell'evento, ed il secondo invece l'omissione consapevole nell'impedirlo. Non è, quindi, responsabile penalmente chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole, né all'uopo può esservi un'equiparazione tra «conoscenza» e «conoscibilità» dell'evento, attenendo la prima all'ambito del dolo e la seconda, quale violazione dei doveri di diligenza,

---

([18]) A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., p. 1147; G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 430-431; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1266. A ben vedere, inoltre, la modalità di accertamento del dolo indicata nel testo si pone in contrasto anche con il recente progetto di riforma al codice penale, licenziato nel 2007 dalla commissione Pisapia. Il disegno di legge, in funzione del principio di colpevolezza, mette in luce l'importanza dell'aspetto «rappresentativo» del dolo, richiedendo «che l'agente si sia rappresentato concretamente il fatto» (art. 16 del progetto). Ebbene non può sfuggire l'obiettivo (almeno nelle intensioni) di ridurre il rischio che l'agente sia costituito in dolo per avere previsto il fatto solo astrattamente e non in concreto, G. CERQUETTI, *La definizione del dolo nel progetto Pisapia*, in *www.isics.org/public/Cerquetti.pdf*.

([19]) Per tutte, Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, cit..

all'area della colpa ([20]). La responsabilità dolosa per omesso impedimento richiede la «rappresentazione del proposito criminoso» e il «consapevole» mancato intervento. Proprio tale prospettiva è stata condivisa nel 2007 dalla S.C. nella nota sentenza sul caso Bipop Carire, relativo alla gestione fraudolenta del citato gruppo bancario. I giudici di legittimità, pur ammettendo senza riserve l'utilizzo dei segnali d'allarme per dimostrare la partecipazione soggettiva dell'amministratore delegante al fatto criminoso in concreto commesso dagli operativi, hanno rilevato come per la prova del coefficiente soggettivo non basta la dimostrazione della sussistenza di chiari segnali d'allarme che rilevino il rischio di un preciso atto pregiudizievole, ma occorre anche l'accertamento che i deleganti li abbiano effettivamente «percepiti» e «valutati». In altri termini, i giudici di legittimità non escludono la possibilità che la prova del dolo dell'amministratore non esecutivo sia fornita ricorrendo alla teoria dei segnali dall'allarme, ma, diversamente dall'indirizzo tradizionale, richiedono tre ineludibili passaggi: a) che si tratti di segnali specifici (ergo non basterebbe un indice del tutto generico); b) che questi ultimi indichino in maniera inequivocabile che l'evento criminoso era in corso di realizzazione; e c) che il delegante li abbia effettivamente percepiti e valutati come rappresentativi dell'illecito poi commesso, anche perché la sola percezione non dimostra che il consigliere privo di deleghe abbia poi valutato gli indici di allarme nella specie presi in esame ([21]).

Nonostante questi rilievi positivi sul caso Bipop Carire, di sicuro in linea con l'orientamento espresso della dottrina, va, però, rilevato come la Corte di Cassazione in decisioni successive abbia registrato un'involuzione a favore nuovamente dell'indirizzo meno garantista.

Ciò accade proprio nella sentenza in commento nel punto in cui la S.C., citando un suo precedente (Cass., sez. V., 5 novembre 2008, n. 45513), afferma: «*appare necessario che l'amministratore privo di deleghe abbia avuto la percezione del compimento di attività illecite nella amministrazione della società. É necessario,*

([20]) G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 430-431, in cui l'Autore sottolinea la necessità di perseguire con ogni mezzo l'obiettivo di ostacolare quella sciatta prassi giurisprudenziale che spesso e volentieri fonda «l'effettiva» conoscenza degli elementi di fatto, richiesta dal dolo, sulla loro possibilità di conoscenza, trasformando così la prova del dolo in prova della colpa: la prevedibilità diviene la dimostrazione, o meglio, la presunzione di un'effettiva previsione, perché generalmente conseguenze prevedibili sono previste.

([21]) Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, cit., p. 103, ove si legge che «*l'amministratore non esecutivo risponde di omesso impedimento di un reato doloso posto in essere dagli amministratori delegati purché si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita e abbia consapevolmente omesso di impedirlo. Non può dunque esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula, quindi, la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento*», cfr. F. CENTONZE, in *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 222.

pertanto, che venga dimostrato che l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire […]; d'altra parte è noto che, se è vero che l'elemento psicologico per il delitto di bancarotta fraudolenta è il dolo generico, è pure vero che non si può prescindere dalla consapevolezza dell'imputato che si stanno compiendo sul patrimonio sociale attività idonee a cagionare danno ai creditori».

I giudici di legittimità, quindi, per un verso, ribadiscono che la responsabilità degli amministratori deleganti presuppone la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita, così confermando la tesi della dottrina. Tant'è che censurano il ragionamento dei giudici di merito nella parte in cui non avevano motivato sul fatto che l'imputato fosse a conoscenza degli illeciti realizzati nella gestione della società poi fallita. Ma, per altro verso, preoccupati da istanze di natura preventiva ([22]), finiscono per considerare bastevole la percezione dei segnali d'allarme o addirittura la loro presenza a prescindere dalla percezione degli stessi, così equiparando di fatto la consapevolezza del proposito illecito alla sola conoscibilità dello stesso. Sostenere, infatti, che, per l'affermazione della penale responsabilità, è sufficiente la «*percezione dei sintomi dell'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire*», significa ancora una volta accertare, in via soltanto presuntiva, l'effettiva conoscenza *in itinere* del reato verificatosi. Nella decisione in esame, pertanto, viene senz'altro compiuto un passo indietro rispetto all'indirizzo espresso dalla S.C. nel 2007. In effetti, l'ambiguità del ragionamento dei giudici di legittimità è duplice, sia perché utilizzano il termine «percepire» senza fare più alcun riferimento alla valutazione degli indici di allarme, invece necessaria proprio per verificare la consapevolezza dell'altrui proposito criminoso, sia perché richiamano situazioni nelle quali non sarebbe necessaria neanche la percezione, ma la sola prova che le attività incriminate «*fossero talmente tali da non potere sfuggire all'imputato*». Tra l'altro, sul termine percepire va osservato, come fatto in precedenza, che la percezione di un sintomo di allarme non implica di per sé la «concreta» ed «attuale» rappresentazione del reato *in itinere*. Ne deriva, dunque, che il momento della conoscenza dei sintomi d'allarme e quello della loro valutazione dovrebbero essere separati ed accertati in via autonoma, perché altrimenti si viene di fatto ad accogliere quel meccanismo, di natura presuntiva, che ricava dalla percezione di tali indici la cognizione dell'illecito ([23]).

([22]) Significativo in tal senso un inciso contenuto nella sentenza del 2008 a cui la S.C. ha rinviato; «*si potrebbe obiettare, che in questo modo la responsabilità dei soggetti indicati sarebbe molto circoscritta*», cfr. Cass., sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Nel diritto*, 2009, p. 80, con nota di C. CANTAGALLI, *Concorso omissivo negli organismi societari*.

([23]) Nella decisione in epigrafe si rinviene quel processo di funzionalizzazione negativa della colpevolezza, plasmata da calcoli preventivi e da preoccupazioni in punto di semplificazione probatoria. Per i risvolti

Le perplessità che derivano da tale modo di argomentare aumentano se si considera che il principio ricavabile dalla decisione in commento non è isolato. Anzi, proprio nella sentenza richiamata dalla S.C. la stessa sezione, in merito alla valutazione dei segnali dall'allarme, si è spinta sino ad affermare che: «*nell'economia del dolo eventuale, sono di decisivo rilievo gli indici d'allarme, sintomi eloquenti del fatto in itinere. Dalla loro consapevolezza soltanto, e non dall'accadimento nella sua compiuta fisionomia, deve darsi riscontro in capo all'imputato, e la percezione di questi sintomi di pericolo concreta adeguato riscontro, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia*» ([24]). Quindi, i giudici di legittimità non soltanto ritengono sufficiente la mera percezione del segnale d'allarme al pari di quanto accaduto nella decisione in epigrafe (che del resto si riporta al precedente del 2008), ma considerano possibile «un'inversione» dell'onere probatorio in presenza di segnali d'allarme eloquenti, che imporrebbero all'imputato di dimostrare che la propria inattività è stata legittima. Tale assunto, tuttavia, non è in alcun modo condividibile, perché in palese contrasto con la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 cost.) e con il sistema accusatorio vigente nel nostro processo penale ([25]).

---

pratici e per i pericoli determinati dall'ammissione della politica criminale all'interno dell'edifico del reato, in particolare nella categoria della colpevolezza, cfr. G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 119 e 121. È il caso comunque di rilevare che i dubbi che si pongono con riferimento all'accertamento del dolo in capo agli amministratori deleganti sono avvertiti con maggior preoccupazione in relazione al c.d. prestanome o amministratore «*testa di legno*» per il quale lo scollamento tra la percezione dei segnali d'allarme e la loro valutazione è più evidente, ed inoltre risulta palese il ricorso ad una sorta di *dolus generalis*: «*è sufficiente "la generica consapevolezza" che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava beni sociali, esponeva o riconosceva passività inesistenti, non essendo invece necessario per intergare l'elemento psicologico della bancarotta che tale consapevolezza investa i singoli episodi di distrazione ed occultamento, fermo restando che esso non può presumersi in base al semplice dato di avere il soggetto acconsentito a ricoprire la carica di amministratore di diritto della società*», Cass., sez. V, 19 maggio 2010, n. 19049, Ced. Cass., rv. 247251. Le perplessità che derivano da tale modo di argomentare non solo attengono al piano dogmatico, bensì vanno estese a quello pratico, se è vero che di regola il prestanome è un soggetto, per definizione, estraneo alle vicende gestionali dell'azienda e, dunque, privo di reali capacità impeditive di eventuali illeciti al suo interno (soprattutto lì dove gli si contesta la bancarotta semplice che come noto è un reato di pericolo). Su questa linea merita attenzione una sentenza della S.C. del 1996: «*la qualifica di amministratore formale, non comporta un automatico giudizio di colpevolezza per i fatti di bancarotta, perché, diversamente, la punizione in base alla qualifica e non in base a fatti specifici viola l'art. 27 cost.; la colpevolezza del legale rappresentante deve infatti essere esclusa quando la concreta gestione da parte dell'amministratore di fatto sia così complessiva e sostitutiva da ridurre l'amministratore legale ad un mero atto formale, nominale*», Cass., sez. V, 17 gennaio 1996, n. 3333, *inedita*.

([24]) Cass., sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, cit..

([25]) G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 158, in cui l'Autore precisa che l'inversione dell'onere della prova è il frutto proprio dell'utilizzo di massime di esperienza nella dimostrazione del dolo: il rischio della mancata prova di circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione dal corso normale degli accadimenti ricade sull'imputato. Ciò viene giustificato in ragione di una «necessità pratica» e non di un'inversione dell'onere della prova, ritenuto di per sé già assolto alla luce del richiamo della regola di esperienza.

In conclusione, come rilevato di recente dalla dottrina, è sicuramente esatto dire che l'accertamento del dolo non può che avvenire tramite elementi esterni (i c.d. segnali d'allarme), ma è pur sempre necessario, ai fini del rispetto del principio di colpevolezza (ai sensi dell'art. 27 cost.), un momento di «individualizzazione», in modo da evitare che la dimostrazione del coefficiente soggettivo dell'imputato avvenga attraverso generalizzazioni basate su un soggetto-tipo, una sorta di agente modello pensato nel ruolo negativo del reo doloso, analogamente a quanto avviene nella colpa. Saranno, pertanto, decisivi due aspetti: in primo luogo la percezione e valutazione o meno dei segnali d'allarme, e in secondo luogo la loro maggiore o minore significatività rispetto al reato realizzato dagli operativi.

Si rilevi, in ultimo, che, dopo la riforma del diritto societario, le critiche all'indirizzo meno garantista potrebbero acquistare maggiore valore. Difatti, accettare la tesi che ritiene sufficiente la conoscenza (o la percezione) di segnali d'allarme, quantunque peculiari, per l'accertamento dell'elemento soggettivo in capo agli amministratori deleganti, potrebbe dar luogo, a fronte della novella, ad un aggravamento della situazione dei membri del consiglio di amministrazione. Sono state, invero, regolamentate le modalità attraverso le quali i consiglieri delegati devono informare tale organo delle attività svolte (art. 2381 c.c.). Ne consegue che, sull'attuale posizione dei non operativi come collettori di informazioni, si potrebbe basare, con più facilità rispetto al passato, il teorema «non potevano non sapere», dando la possibilità alla S.C. di sostenere che un amministratore delegato, a fronte delle informazioni ricevute, aveva di sicuro colto i chiari e univoci segnali d'allarme (che *ex post* appaiono sempre più nitidi), e che quindi si era rappresentato *in itinere* le condotte illecite degli esecutivi, con relativa accettazione del rischio di una loro verificazione. In sintesi, in mano ad una giurisprudenza disposta a censurare il semplice stato di potenziale conoscenza dell'atto criminoso, la recente modifica dell'art. 2381 c.c. rischia di trasformarsi in un'arma micidiale ([26]).

([26]) Gli amministratori potrebbero essere resi partecipi d'informazioni nelle quali, con il senno di poi e fuori situazione spazio-temporale in cui si è svolta l'attività, si potrà sempre vedere con «chiarezza» il profilarsi degli illeciti poi commessi, cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1052 e 1053. Si tenga pure conto del fatto che attualmente gli amministratori delegati, ex art. 2381, comma 5, c.c., avranno cognizione di eventuali fatti pregiudizievoli solo per il tramite dell'analisi dei dati provenienti da chi gestisce la società, vista la mancanza per costoro di qualsiasi potere di indagine. Gli amministratori privi di deleghe possono, infatti, solo chiedere che gli operativi riferiscano in consiglio, lì dove rilevino indici d'allarme (art. 2381 c.c.). E sul punto non pare potersi opinare diversamente, anche perché se il legislatore avesse voluto prevedere una tale facoltà per gli amministratori non esecutivi, avrebbe introdotto una norma analoga a quella prevista per i membri del collegio sindacale, i quali ex art. 2403 *bis* c.c. «possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione», cfr. P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 132.

4. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

La responsabilità penale degli amministratori deleganti si colloca, come evidenziato, all'interno della tematica alquanto complessa della partecipazione omissiva nel concorso di persone nel reato.

Al riguardo, si è sottolineato come l'art. 40 cpv. c.p. richieda l'accertamento di diversi requisiti per l'affermazione di un'effettiva partecipazione nell'illecito penale altrui. La disposizione ci indica nello specifico l'elemento che permette di attribuire rilevanza penale all'omissione, ovvero l'esistenza in capo al reo di una determinata posizione di garanzia, la cui corretta ricostruzione impone pure un'analisi sui poteri attribuiti all'inerte, questi ultimi poi rilevanti per la valutazione in termini «causali» del contributo apportato al fatto di reato commesso dagli amministratori esecutivi.

Certamente, a prescindere dai riscontri indicati, rimane preliminare il problema di una costruzione dei doveri di garanzia conforme al principio di legalità. L'art. 40 cpv. c.p., infatti, mediante il rinvio in bianco ad altre norme, continua a porre un'alternativa poco rassicurante: o la posizione di garanzia non è prevista, e allora in caso di punizione del «presunto» garante è violato il principio di legalità, oppure è contemplata, ma con approssimazione tale da doversi ritenere eluso il principio di tassatività. Questo limite congenito della c.d. clausola di equivalenza omissione-azione è alquanto palese nel campo della responsabilità penale degli amministratori deleganti, per la semplice ragione che l'impianto codicistico di riferimento (ovvero quello civile) è un sistema che vive di regole proprie, funzionali ad esigenze extra-penalistiche. Soltanto nella prospettiva del diritto commerciale e non in quella del diritto penale, ha, in realtà, ragion d'essere la regola della collegialità o quella della responsabilità solidale tra i componenti del consiglio d'amministrazione.

Inoltre, sull'accertamento dell'elemento psicologico, per il quale si insiste nell'utilizzo dei c.d. segnali d'allarme, si deve proseguire nel contestare qualsiasi uso improprio di tali sintomi. Si è detto dei passi avanti compiuti dalla recente giurisprudenza, ma si è anche rilevato come la stessa sia ancora restia ad allinearsi pienamente all'indirizzo più garantista.

Per completare il discorso, infine, è opportuno chiedersi, a fronte del discutibile sistema delineato, quali potrebbero essere le possibili soluzioni *de iure condendo* al problema della punizione dei vertici nell'ambito societario in caso di violazione dei loro doveri.

Sono diversi sul punto gli orientamenti sorti in dottrina.

Tra questi, va ricordata la tesi che propone di regolare la materia secondo lo schema già adottato dal legislatore nell'art. 57 c.p., che, nell'attuale

formulazione, introdotta con l'art. 1 legge n. 127/1958, punisce, a titolo «colposo», per un fatto «proprio» di natura omissiva (in particolare per mancato controllo) il direttore o il vice-direttore responsabile del giornale o di altro periodico per ogni reato commesso col mezzo della stampa ([27]).

A favore di tale soluzione vi è la complessa ricostruzione dell'esistenza di una posizione di garanzia ex art. 40 c.p., oltre che la difficoltà di accertamento in sede processuale del coefficiente psicologico che deve sorreggere l'omissione.

Ovviamente, quanto appena riportato vale sempre che le condotte in esame degli amministratori non operativi siano ritenute meritevoli di una sanzione penale e non viceversa punibili con strumenti differenti. Una soluzione alternativa, infatti, potrebbe consistere nel potenziare i rimedi civilistici. In Italia ad esempio non si registrano casi significativi di processi contro gli amministratori di società solvibili (a differenza di quanto accade in altri paesi), e dunque l'unica minaccia è rappresentata per costoro dall'insolvenza della società e, di conseguenza, dall'azione di responsabilità penale. Le ragioni dell'ineffettività della tutela privatistica sono individuate in circostanze che precludono in radice il rimedio offerto dall'azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.). Quest'azione deve essere, invero, promossa dell'assemblea, ovvero dagli azionisti di controllo, cioè da quegli stessi soggetti che hanno nominato gli amministratori e che difficilmente delibereranno di procedere contro di essi. Inoltre, ad agire direttamente e in via autonoma non sono incentivati nemmeno gli azionisti di minoranza, vuoi perché l'attivazione di un processo potrebbe avere ripercussioni negative sul valore della partecipazione societaria, vuoi ancora perché i soci minori non hanno alcuna convenienza, in termini economici, a citare in giudizio gli amministratori. Essi difatti finirebbero per beneficiare, in caso di esito favorevole della loro azione, soltanto pro quota del risarcimento dovuto «alla società», ovvero in misura proporzionale all'aumento di valore della quota di capitale posseduta, ma

([27]) Per approfondire, cfr. A. COVIELLO, *sub art. 57 c.p.*, in *Codice pen. comm.*, Milano, 2009, p. 443 e ss.. È interessante notare, in un'ottica comparatistica, che questa è stata la soluzione scelta dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale (ratificato dall'Italia con legge 12 luglio 1999, n. 232), dove è stata prevista all'art. 28 un'ipotesi di responsabilità «autonoma» dei vertici di formazioni militari: si è configurata una posizione di garanzia in capo a tali soggetti, consistente nell'obbligo di «controllo» dei sottoposti al fine di evitare che commettano reati. Il richiamo è singolare se si considera che nel diritto penale internazionale l'entità dei crimini fa affiorare maggiormente le esigenze di prevenzione, come del resto testimoniato da molte sentenze, nelle quali, prima dell'entrata in vigore dello Statuto di Roma, si è registrata l'emersione di ipotesi di responsabilità di posizione in capo ai comandanti ritenuti responsabili a titolo di concorso omissivo (al pari di quanto oggi accade per gli amministratori privi di deleghe) dei fatti illeciti commessi dai subordinati (per tutte, U.S., Military Commission, Manila, Trial of *General Yamashita*, 7 dicembre 1945), cfr. F. ARGIRÒ, *La compartecipazione criminosa*, in *La Corte penale internazionale*, AA.VV., Milano, 2006, p. 399 e ss.; A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007; S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, Torino, 2008.

dovrebbero subire l'intero ammontare del danno, quantificato nelle spese ed altro, qualora la domanda dovesse essere rigettata. Pertanto, non c'è da meravigliarsi se gli azionisti preferiscano vendere la propria quota piuttosto che avventurarsi in un processo. Tali problemi sono superati soltanto quando la società fallita è affidata al curatore, poiché soltanto a questi spetta decidere sulle azioni da intraprendere. Tale momento, tuttavia, coincide con il verificarsi del dissesto finanziario, nel quale i danni ai soci e ai creditori sono già stati inferti, e si tratta soltanto di arginare le perdite. Per scongiurare in futuro che i meccanismi di tutela vengano attivati in modo tardivo, si potrebbe quindi pensare di prevedere degli incentivi, ad esempio di natura economica, che spingano a denunciare ([28]), nonché introdurre riti processuali più celeri al fine di evitare che l'uso di queste azioni diventi uno strumento paralizzante per la vita della società ([29]).

Solo qualora ciò non sortisca effetto o non si ritenga l'armamentario civile adeguato, si potranno ipotizzare forme di responsabilità penale in capo agli amministratori deleganti ([30]).

([28]) Se l'onesta non paga, si deve aumentare il rendimento per legge. Ad esempio con una ricompensa per chiunque permetta di far emergere una frode finanziaria, con un compenso proporzionato alla sua entità: «*pensate forse che la truffa Parmalat sarebbe durata quindici anni se ci fosse stata una ricompensa, diciamo del 10% del suo valore, per chi avesse fornito informazioni utili alla sua identificazione? Sono pronto a scommettere di no*», cfr. L. ZINGALES, *Se l'onestà non paga*, tratto da *www.lavoce.info/index.php*. Si veda, altresì, A. DE NICOLA, *Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile*, Bologna, 2005, p. 214.

([29]) F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, cit., p. 1088 e ss.; dello steso avviso, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *C. Pedrazzi - F. Sgubbi*, *sub* artt. 216-227, Bologna, 1995, p. 283; G. FERRARINI - P. GIUDICI, *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata*, in F. GALGANO - G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 203.

([30]) Sulla condotta colposa eventualmente da introdurre, sono però indispensabili alcune precisazioni: 1) l'omissione colpevole coprirebbe anche quella «deliberata» (es. amministratore che volontariamente si è sottratto ai suoi obblighi, mancando pur sempre in tale ipotesi il dolo del crimine realizzato); 2) diverse sono le proposte sulla formulazione di un'ipotesi di responsabilità in tal senso. Tra queste ricordiamo la soluzione di chi suggerisce la previsione di un reato di pericolo (volto a sanzionare la violazione della regola di diligenza *tout court*), dove l'evento (ovvero il reato del terzo) è considerato una mera condizione di punibilità (art. 44 c.p.), cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 32 e ss.. Si potrebbe, pertanto, tentare di costruire in questo modo la condotta in oggetto: «*fuori dai casi di concorso, l'amministratore, che omette colposamente o dolosamente di esercitare il controllo sulla gestione delle attività sociali necessario ad impedire che vengano commessi i seguenti reati […], è punito se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale fattispecie, diminuita […]*».

Appendice

Cassazione Penale - Sez. V, Ud. 19 ottobre 2010 (dep. 22 novembre 2010), n. 41136 - Pres. Colonnese - Rel. Marasca

Fallimento (disposizioni penali) - Bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione, bancarotta per atti dolosi e per false comunicazioni sociali - Responsabilità penale degli amministratori senza delega a titolo di concorso omissivo.

(Artt. 40 cpv., 110 c.p., 216 e ss. l. fall.)

Per la configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta in capo all'amministratore privo di deleghe, tenuto conto delle modifiche intervenute nel diritto societario, appare necessario che questi abbia avuto la percezione del compimento di attività illecite nell'amministrazione della società. É indispensabile, pertanto, che venga dimostrato che l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi dell'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire. Oltre a ciò è necessario che l'amministratore non operativo abbia avuto la concreta possibilità di intervenire per impedire l'evento dannoso. D'altra parte è noto che, se è vero che l'elemento psicologico per il delitto di bancarotta fraudolenta è il dolo generico, è pure vero che non si può prescindere dalla consapevolezza dell'imputato che si stanno compiendo sul patrimonio sociale attività idonee a cagionare danno ai creditori.

MOTIVI DELLA DECISIONE

All'esito di una complessa indagine, caratterizzata da investigazioni della Guardia di Finanza, da una consulenza del Pubblico Ministero e poi dalla relazione del curatore fallimentare, concernente reati fallimentari relativi al fallimento della [OMISSIS] spa, si procedeva per numerose ipotesi di reato - bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione, bancarotta per atti dolosi e per false comunicazioni sociali - contro diversi imputati, separatamente giudicati, e tra essi contro G.A., amministratore della [OMISSIS] spa.

Il Tribunale di Udine, all'esito del rito abbreviato, con sentenza emessa in data 28 maggio 2002, condannava il G.A. alle pene ritenute di giustizia per i reati fallimentari concernenti il fallimento della [OMISSIS] spa.

La Corte di Appello di Trieste, con sentenza del 29 aprile 2009, ridimensionava la vicenda assolvendo l'imputato dal reato di bancarotta per

operazioni dolose e riqualificando la bancarotta per false comunicazioni sociali nella contravvenzione di cui all'art. 2621 c.c., dichiarata estinta per prescrizione, mentre confermava l'affermazione di responsabilità per le ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione concernenti il fallimento della [OMISSIS] spa e di cui ai capi di imputazione i) ed l) della rubrica. Le pene inflitte in primo grado venivano congruamente ridotte, con i benefici di legge concessi.

Proponeva ricorso per cassazione il G.A. che deduceva la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b), in relazione all'art. 40 c.p., comma 2, artt. 43 e 110 c.p., art. 216 l. fall., e art. 2932 c.c., perché erroneamente era stata ritenuta la responsabilità del ricorrente che non era titolare di alcuna delega operativa e non aveva compiuto alcun atto gestorio della società. Mancava, secondo il G.A., sia la prova che egli avesse avuto la percezione del compimento di attività illecite, sia la prova della concreta possibilità di impedire l'operazione dolosa. A sostegno della sua tesi il ricorrente richiamava numerose pronunce di legittimità.

Sul punto, premesso che allo stato attuale i reati contestati al G.A. sono estinti per intervenuta prescrizione (dunque la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio), i motivi di ricorso debbono essere valutati ai sensi dell'art. 578 c.p.p., vale a dire per gli effetti civili.

Al riguardo vi è un vuoto motivazionale che deve essere colmato.

Sembra, infatti, che il G.A. non fosse destinatario di deleghe precise e che fosse, quindi, un amministratore privo di deleghe.

Ebbene in siffatta situazione, tenuto conto delle modifiche intervenute nel diritto societario, appare necessario che l'amministratore privo di deleghe abbia avuto la percezione del compimento di attività illecite nell'amministrazione della società. É necessario, pertanto, che venga dimostrato che questi abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire. Oltre a ciò è necessario che l'amministratore non operativo abbia avuto la concreta possibilità di intervenire per impedire l'evento dannoso (vedi, tra le altre, Cass., Sez. V[a], 5 novembre 2008, n. 45513). D'altra parte è noto che, se è vero che l'elemento psicologico per il delitto di bancarotta fraudolenta è il dolo generico, è pure vero che non si può prescindere dalla consapevolezza dell'imputato che si stanno compiendo sul patrimonio sociale attività idonee a cagionare danno ai creditori.

In merito la sentenza impugnata appare carente proprio sui punti segnalati, cosicché, ravvisandosi un vizio della motivazione, la decisione deve essere annullata agli effetti civili con rinvio per nuovo esame al giudice civile

competente per valore in grado di appello (per la correttezza della soluzione procedurale adottata vedi Cass., Sez. Vª, 6 marzo 2007, n. 9399).

In base alle considerazioni svolte la Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata per essere i reati di cui ai capi i) ed l) estinti per intervenuta prescrizione; annulla, inoltre, la stessa agli effetti civili con rinvio per nuovo esame al giudice civile competente per valore in grado di appello.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 19 ottobre 2010.