

PhD THESIS DECLARATION

I, the undersigned

FAMILY NAME **Sassaroli**
NAME **Giulia**
Student ID no. **1204148**
Thesis title: **Amministratori di società e responsabilità penale per concorso mediante omissione: la trattazione del tema secondo un approccio empirico.**
PhD in **Diritto dell'impresa**
Cycle **28°**
Student's Tutor **Prof. Alberto Alessandri**
Year of thesis defence **2017**

DECLARE

under my responsibility:

- 1) that, according to Italian Republic Presidential Decree no. 445, 28th December 2000, mendacious declarations, falsifying records and the use of false records are punishable under the Italian penal code and related special laws. Should any of the above prove true, all benefits included in this declaration and those of the temporary “embargo” are automatically forfeited from the beginning;
- 2) that the University has the obligation, according to art. 6, par. 11, Ministerial Decree no. 224, 30th April 1999, to keep a copy of the thesis on deposit at the “Biblioteche Nazionali Centrali” (Italian National Libraries) in Rome and Florence, where consultation

will be permitted, unless there is a temporary “embargo” protecting the rights of external bodies and the industrial/commercial exploitation of the thesis;

3) that the Bocconi Library will file the thesis in its “Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto” (Institutional Registry) which permits online consultation of the complete text (except in cases of temporary “embargo”);

4) that, in order to file the thesis at the Bocconi Library, the University requires that the thesis be submitted online by the student in unalterable format to Società NORMADEC (acting on behalf of the University), and that NORMADEC will indicate in each footnote the following information:

- PhD tesi: Amministratori di società e responsabilità penale per concorso mediante omissione: la trattazione del tema secondo un approccio empirico;
- by Sassaroli Giulia;
- defended at Università Commerciale “Luigi Bocconi” – Milano in the year 2017;
- the thesis is protected by the regulations governing copyright (Italian law no. 633, 22nd April 1941 and subsequent modifications). The exception is the right of Università Commerciale “Luigi Bocconi” to reproduce the same, quoting the source, for research and teaching purposes;

5) that the copy of the thesis submitted online to Normadec is identical to the copies handed in/sent to the members of the Thesis Board and to any other paper or digital copy deposited at the University offices, and, as a consequence, the University is absolved from any responsibility regarding errors, inaccuracy or omissions in the contents of the thesis;

6) that the contents and organization of the thesis is an original work carried out by the undersigned and does not in any way compromise the rights of third parties (Italian law, no. 633, 22nd April 1941 and subsequent integrations and modifications), including those regarding security of personal details; therefore the University is in any case absolved from any responsibility whatsoever, civil, administrative or penal, and shall be exempt from any requests or claims from third parties;

7) that the thesis is not subject to “embargo”, i.e. that it is not the result of work included in the regulations governing industrial property; it was not written as part of a project financed by public or private bodies with restriction n the diffusion of the results; is not subject to patent or protection registrations.

January 31, 2017

ABSTRACT

In capo ai titolari di funzioni di gestione e di controllo in ambito societario sussistono obblighi di impedire reati altrui. In primo luogo, è ai cosiddetti amministratori non esecutivi che una responsabilità concorsuale omissiva in reati societari, fallimentari e tributari è possibile che sia imputata.

Il lavoro si propone di fornire una ricostruzione empirica dei presupposti della responsabilità omissiva degli amministratori di società. A tale fine, si è guardato oltre le massime giurisprudenziali, cercando di conoscere quali siano le condotte che sottostanno ai principi di diritto affermati dalla Suprema Corte.

Dopo una disamina generale del tema, la dissertazione si concentra sui singoli casi concreti che sono stati oggetto di accertamento nelle aule di giustizia. Specifici approfondimenti sono svolti su alcune vicende di preminente significato (come l'esame delle responsabilità penali conseguenti al fallimento del gruppo Parmalat).

Nella parte conclusiva della ricerca è illustrata la situazione normativa e giurisprudenziale inglese, la quale presenta peculiari previsioni sanzionatorie per il caso della commissione di reati in ambito societario, pur restando fermamente lontana dall'affermazione di una posizione di garanzia degli amministratori di società.

INDICE

<i>Premessa</i>	1
-----------------------	---

Capitolo 1

CENNI SUL CONCORSO NEL REATO MEDIANTE OMISSIONE

1. La responsabilità penale per condotte omissive	5
2. La posizione di garanzia: tipologie e fonti.....	8
3. La posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi	16
3.1. (segue): i confini	20
3.2. (segue): i doveri	21
3.3. (segue): i canali informativi.....	23
4. I poteri impeditivi degli amministratori di società	24
5. Il nesso di causalità.....	28
6. Il dolo	31
6.1. Il caso “ThyssenKupp”: le Sezioni Unite sul dolo eventuale.....	36

Capitolo 2

ESAME DELLA GIURISPRUDENZA

1. Casi di concorso omissivo dell'amministratore privo di deleghe.....	55
1.1. Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352 su "Parmalat"	55
1.2. Cass., Sez. V, 11 luglio 2012, n. 35244.....	57
1.3. Cass., Sez. V, 29 marzo 2012, n. 23091 su "Parmalat Viaggi"	58
1.4. Cass., Sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000 su "Finmatica"	59
1.5. Cass., Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136 su "ITF".	61
1.6. C Cass., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595 su "Centromilano Finanziaria"	61
1.7. Cass., Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 9736 su "Cormai".....	64
1.8. Cass., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513 su "Solaris"	65
1.9. Cass., Sez. V, dep. 4 gennaio 2008, n. 144	67
1.10. Cass., Sez. V, 8 novembre 2007, n. 8260 su "Temar"	70
1.11. Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838 su "Bipop Carire"	72
1.12. Cass., Sez. V, 13 febbraio 2006, n. 9807 su "Silea Siciliana Leasing"	75
1.13. Cass., Sez. V, 4 maggio 2005, n. 19509.....	76
1.14. Cass., Sez. V, 4 novembre 2004, n. 6462 su "Val D'Avio".....	77
2. Casi di concorso omissivo risolti nell'accertamento di condotta attiva.	78
2.1. Cass., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 7556 su "Trevitex"	78
2.2. Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519 su "Credito Commerciale Tirreno".	80
2.3. Cass., Sez. VI, 30 novembre 2011, n. 3708.....	82
3. Casi riguardanti la responsabilità dell'amministratore "testa di legno".	83

Capitolo 3
CASE STUDIES

1. Il caso “Parmalat”: Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352	99
2. Il caso “Finmatica”: Cass., Sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000	114
3. Il caso “Centromilano Finanziaria”: Cass., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595	117

Capitolo 4
IL REGNO UNITO

1. La responsabilità penale per omissione	125
2. La responsabilità degli amministratori non esecutivi per reati commessi nell’ambito della gestione sociale.....	129
2.1. Le “consent and connivance” provisions.....	130
2.1.1. La “corporate criminal liability”	137
2.2. Il reato di “fraud by abuse of position”	146
2.3. Il reato di “fraudulent trading”	148
2.4. Il reato di “reckless misconduct for bankers”	150
2.5. La “disqualification” di amministratori di società.	156
2.6. Il “duty to monitor” e il “failure to act”	161
3. La “recklessness” e la “wilful blindness”	168
 <i>Conclusioni</i>	 181
 BIBLIOGRAFIA	 185

Premessa

Il presente lavoro di ricerca è dedicato al tema della responsabilità penale dei consiglieri di amministrazione di società per concorso mediante omissione nel reato attivamente realizzato dagli esecutivi.

È forse di immediata percezione come l'argomento sia piuttosto complesso, e ciò per almeno un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, la configurabilità di una responsabilità omissiva degli amministratori non è prevista in modo espresso dalla legge, ma essa risulta dal combinato disposto fra l'art. 40 cpv. c.p. e alcune disposizioni civilistiche. In particolare, dalla combinazione della richiamata disposizione di parte generale con l'art. 2392, secondo comma, c.c., a propria volta da interpretare alla luce degli altri commi dello stesso articolo e delle altre disposizioni del codice civile in tema di amministrazione di società.

In secondo luogo, il tema oggetto di approfondimento appare complesso poiché esige l'esame di istituti che ancora oggi sfuggono ad un inquadramento giuridico stabile e chiaro. A tale riguardo, il riferimento è soprattutto ai temi delle posizioni di garanzia e del dolo eventuale.

Nella presente disamina, l'obiettivo di tracciare confini ragionevolmente certi alla fattispecie di responsabilità omissiva in questione è stato perseguito adottando un approccio "empirico" al tema.

In particolare, si è proceduto nel modo di seguito descritto.

Si sono prese le mosse dalle sentenze della Corte di Cassazione sul concorso omissivo nel reato realizzato dagli amministratori e ne è stata fatta una prima analisi qualitativa. Questo esame ha consentito di individuare almeno tre casi tipologici di responsabilità degli amministratori:

- i. casi di contestazione ed effettivo giudizio di responsabilità per concorso mediante omissione nel reato degli amministratori delegati;
- ii. casi di contestazione di responsabilità omissiva, poi risolti nell'accertamento della condotta attiva dell'amministratore privo di deleghe (principalmente ravvisata nella partecipazione alle delibere consiliari);
- iii. casi inerenti la responsabilità dell'amministratore di diritto per il reato commesso dall'amministratore di fatto.

In un secondo momento, si è passati a una più attenta analisi qualitativa delle decisioni. È stata predisposta una scheda riassuntiva per ogni pronuncia della Suprema Corte, arricchita con elementi di fatto ricavati dalle decisioni di primo e secondo grado (laddove è stato possibile reperirle). Inoltre, sono state scelte tre decisioni particolarmente significative in cui la Cassazione ha annullato con rinvio i provvedimenti impugnati, di queste sono state recuperate le sentenze emesse a seguito del rinvio e le altre sentenze di merito, quindi si è proceduto a un dettagliato esame delle rispettive vicende giudiziarie

Nel complesso il lavoro risulta suddiviso in quattro capitoli.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie: alla stregua dei contributi della dottrina italiana, è stato tracciato un quadro dei temi della posizione di garanzia, dei poteri impeditivi del reato, del nesso di causalità e del dolo. In questa parte è fornita una interpretazione quanto più possibile lineare di ciascun elemento, valorizzata dal contributo di recenti vicende giudiziarie, nonché di imprescindibili pronunce giurisprudenziali.

Nel secondo e nel terzo capitolo è contenuto l'esame della casistica giurisprudenziale di cui si è detto nei paragrafi che precedono. In particolare, nel secondo capitolo si trovano la rassegna di giurisprudenza e le schede di sintesi relative a ciascuna pronuncia. Nel terzo capitolo, l'esame delle tre vicende giudiziarie scelte come oggetto di specifico approfondimento.

Infine, nel quarto capitolo sono raccolti i frutti di un periodo di studi nel Regno Unito. Posato lo sguardo oltre la Manica, sono esposti alcuni spunti circa l'esperienza del diritto penale inglese con riguardo al tema della responsabilità degli amministratori per reati commessi nell'ambito della gestione sociale.

Capitolo 1

Cenni sul concorso nel reato mediante omissione

1. LA RESPONSABILITÀ PENALE PER CONDOTTE OMISSIVE. – Il diritto penale, nella sua originaria matrice liberale, si è sempre essenzialmente fondato su obblighi di astensione. In un secondo momento, con l'affermarsi a cavallo tra Ottocento e Novecento dei principi dello stato sociale di diritto, lo spazio della responsabilità penale per omissione è andato progressivamente ampliandosi.¹

Nel richiamato passaggio storico, l'assunzione di nuove finalità da parte dello Stato, unitamente alla graduale affermazione di principi solidaristici, hanno fondato l'idea che i cittadini contribuissero alla realizzazione degli scopi sociali.

In vista dell'assolvimento di compiti positivi di tutela, è, quindi, divenuta più frequente – soprattutto nella legislazione penale speciale – la configurazione di obblighi di attivarsi penalmente sanzionati, in capo a soggetti che ricoprono ruoli di preminenza in contesti sociali ed economici (si pensi alla categoria dei datori di lavoro).

Ne è, pertanto, derivata la crescente imposizione di obblighi di agire penalmente sanzionati, con connessa limitazione della sfera di libertà individuale.²

¹ Per una puntuale e snella ricostruzione storica dell'emergere della rilevanza dell'omissione nel nostro sistema penale: A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1956; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, 3.

² Per ricostruzioni storiche più ampie: G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 3 ss.; P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, III,

A tale riguardo, si osserva che l'omissione sostanzialmente consiste in un "non fare": questo non tanto sul piano naturalistico, bensì rapportando la condotta effettivamente posta in essere alla pretesa del comportamento che doveva essere tenuto, e non lo è stato. Neppure sembra errato affermare che l'omissione è un comportamento diverso da quello a cui il soggetto era tenuto, oppure che l'omissione consiste nella violazione di una norma.³

Per la dottrina moderna l'omissione è un giudizio normativo, la cui misura è data dalla divergenza tra ciò che il soggetto ha compiuto e ciò che avrebbe dovuto porre in essere. Dunque, l'omissione come elemento normativo di carattere giuridico, ove il parametro di rilevanza è segnato dalla norma che sancisce l'obbligo di attivarsi.⁴

Posto per pacifico che in alcuni casi un reato possa essere realizzato anche mediante condotta omissiva, quest'ultima assume rilevanza per il nostro sistema punitivo in due casi: quando il mancato compimento in sé di una determinata azione è espressamente sanzionato dalla legge penale, oppure quando si è verificato un evento penalmente rilevante che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di impedire e non ha impedito.

Nel primo caso si parla di reati omissivi propri; nel secondo, di reati omissivi impropri (o reati commissivi mediante omissione). I primi sono reati di mera condotta; i secondi, reati di evento realizzati attraverso una condotta omissiva.⁵

Per tracciare la linea di confine tra le due forme di illecito sono stati adottati diversi criteri. Quello più tradizionale fa leva sulla presenza o meno di un evento come requisito strutturale del fatto di reato. Adottando questo criterio, sono definiti "propri" i delitti omissivi che consistono nel mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare e, benché dall'omissione possano non conseguire eventi indesiderati, all'omittente si rimprovera di non avere realizzato l'azione doverosa in

433; G. GRASSO, *Il reato omissivo. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 2 ss. Più di recente: F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984.

³ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Vol. II – Il reato. Parte 1 – La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007, 76 ss.

⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012 (10^o ed.), 118.

⁵ La manualistica, ovviamente, sul punto è sterminata. Si veda per tutti: G. FIANDACA, *Diritto penale, parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, 616 ss.

quanto tale (e non il mancato impedimento del verificarsi di eventi dannosi correlati alla condotta omissiva).

Invece, sono definibili “impropri” i reati omissivi che consistono nella violazione dell’obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base, per cui, come si vedrà, l’omittente assume un ruolo di “garante” della salvaguardia del bene giuridico protetto.

Il reato omissivo improprio è una figura di illecito alquanto controversa. L’evento, del cui impedimento si è chiamati a rispondere, è quello tipico ai sensi di una fattispecie commissiva, cioè di una fattispecie sorta originariamente per incriminare un fatto incentrato su un comportamento positivo.

A tale proposito, è stato storicamente ritenuto che in alcuni casi (come quello dell’omicidio) il non impedire sostanzialmente equivalga, sul piano del disvalore, alla corrispondente ipotesi di commissione del fatto mediante azione positiva.

Ecco perché “reato omissivo improprio”: i casi di mancato impedimento di un evento tipico, pur non integrando un vero e proprio illecito di omissione, costituiscono una forma di manifestazione di reati commissivi espressamente tipizzati dal legislatore.⁶

Ciò premesso – salvo quanto si dirà in seguito a proposito di una tipizzazione legislativa della categoria dei reati omissivi impropri, quantomeno sotto il profilo di quelle che vengono definite “posizioni di garanzia” – è un dato che la maggior parte delle legislazioni sfuggono a una espressa disciplina della materia delle omissioni improprie nella parte speciale dei codici. Invero, appare dominare il convincimento che il legislatore non sia in grado di prevedere una volta per tutte i molteplici casi di equivalenza fra azione causale e omissione non impeditiva.⁷

Forse si comprende, allora, come mai il legislatore italiano si sia limitato a disciplinare l’illecito omissivo improprio nella sola parte generale mediante la previsione di una “clausola di equivalenza” contenuta nell’art. 40 cpv. c.p., a norma del quale “non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”.

⁶ Nella dottrina italiana, sul punto, cfr. O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 48 ss.; M. GALLO, *L’elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963, rist. 1984, 71.

⁷ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 624 ss.

Per effetto dell'innesto fra art. 40 c.p. e la fattispecie di parte speciale nasce una fattispecie autonoma – e non una semplice forma di manifestazione della fattispecie commissiva espressamente prevista – imperniata anch'essa su di una norma penale di comando.⁸

Al di là di tali annotazioni generali, nella presente trattazione non sono sviluppate considerazioni in merito alla sfera di operatività dell'art. 40 c.p. né alle tipologie delittuose suscettibili di conversione in altrettante fattispecie omissive. Una disamina di questo tipo porterebbe troppo lontano dell'oggetto del presente lavoro.

Il profilo dei reati omissivi impropri che si ritiene opportuno inquadrare, almeno nelle sue linee generali, è quello relativo alle cosiddette “posizioni di garanzia”. L'omissione, infatti, quando è causativa di un certo evento, è penalmente rilevante solo se l'agente aveva l'obbligo giuridico di impedire l'evento, cioè se rivestiva una particolare posizione, un particolare ruolo, che l'obbligava ad attivarsi affinché l'evento non si realizzasse.

2. LA POSIZIONE DI GARANZIA: TIPOLOGIE E FONTI. – È ovvio che nessun cittadino può essere chiamato a rispondere per il fatto che un suo ideale intervento soccorritore avrebbe potuto scongiurare la lesione di beni giuridici altrui.

La figura del garante nasce, invece, in ragione dell'incapacità di taluni titolari di interessi giuridici penalmente protetti di difendere adeguatamente tali beni.⁹

La posizione di garanzia rappresenta sostanzialmente un vincolo di tutela tra garante e bene giuridico, determinato dall'inidoneità, totale o parziale, del titolare del bene di proteggerlo autonomamente.¹⁰ Essa è appunto costituita allo scopo di riequilibrare la

⁸ Ancora, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 625, secondo cui «i divieti esigono l'omissione, mentre i comandi il compimento di un'azione. Orbene: se si ammette pacificamente che il mancato impedimento dell'evento integra una condotta di natura omissiva, è giocoforza anche riconoscere che la norma violata da una tale condotta non può essere un divieto, ma soltanto un comando di azione». Sul punto, cfr. anche G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 72 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 124 ss.

⁹ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo cit.*; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit. Per un recente contributo: A. GARGANI (a cura di), *Percorsi di giurisprudenza - Le posizioni di garanzia*, in *Giur. it.*, 2016, I, 214.

¹⁰ In tal senso G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, cit.,

situazione di “inferiorità” di determinati soggetti, attraverso l’instaurazione di un rapporto di dipendenza a scopo protettivo.¹¹

Si pensi alla situazione del bambino rispetto alla tutela della propria vita, integrità fisica e integrità sessuale; al paziente rispetto al bene vita e al bene salute, nel momento in cui è posto sotto la cura di un medico; similmente, si pensi ai soci di società commerciali in relazione all’integrità del patrimonio sociale.

La legge affida la protezione di questi beni a un garante, il quale è tale proprio in ragione dei suoi poteri, di fatto o giuridici, di evitare eventi pregiudizievoli al bene giuridico. Ad esempio, il genitore, l’insegnante e la babysitter nel caso del bambino. Il medico nel caso del paziente. Gli amministratori di società nel caso dei soci di società.

A proposito di posizione del garante, giova tenere a mente i seguenti aspetti:

- i. il soggetto garantito, cioè il titolare del bene penalmente protetto, versa in una situazione di incapacità, totale o parziale, di difendersi autonomamente dai pericoli che lo minacciano;
- ii. la salvaguardia del bene è affidata al soggetto garante anteriormente all’insorgere della situazione di pericolo;
- iii. il garante ha un potere di signoria su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell’evento lesivo in modo penalmente equivalente a quello di chi aggredisce positivamente il bene tutelato.

Tradizionalmente si distingue tra due tipi fondamentali di ruoli di garanzia: posizione di protezione e posizione di controllo¹².

¹¹ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 1979, 129 ss.

¹² Si tratta di una bipartizione ormai assolutamente dominante ed accettata. Fra i primi, nella dottrina italiana, v. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit.

In dottrina, G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 293 e L. BISORI, *L’omesso impedimento del reato nella dottrina e nella giurisprudenza*, invece propongono una tripartizione che tende ad attribuire autonomo rilievo alle posizioni di garanzia riguardanti l’impedimento del fatto di reato a terzi.

Per un tentativo di selezione degli obblighi di garanzia volti ad impedire il fatto illecito altrui rispetto ai meri obblighi di sorveglianza che si contraddistinguerebbero rispetto ai primi per l’assenza di concreti poteri impeditivi in capo al garante, v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Padova, 1999, 151 ss. (in giurisprudenza recepisce questa distinzione Cass. 19 febbraio 2008, dove si specifica che l’obbligo di garanzia, a differenza dell’obbligo di sorveglianza, è configurabile soltanto in presenza di poteri di intervento del garante direttamente incidenti sull’attività del terzo.

Nel primo caso, la posizione di garanzia impone di preservare uno specifico bene protetto da tutti i rischi che possano lederne l'integrità, quale che sia la fonte da cui essi provengano. Le posizioni di protezione attengono, per lo più, alla tutela di soggetti incapaci di provvedere a se stessi per età, infermità o per qualsiasi altra causa. Emblematici gli obblighi di protezione che gravano, ad esempio, sui genitori o sugli operatori sanitari.

Nel caso della posizione di controllo, in capo al garante è invece posto l'obbligo di neutralizzare determinate fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto. È questo il caso del casellante ferroviario che dispone delle sbarre del passaggio a livello; come altresì il caso del datore di lavoro rispetto ai pericoli che dall'attività aziendale possono derivare alla salute dei lavoratori o all'ambiente; o ancora la posizione dell'amministratore di società rispetto al patrimonio sociale e ai pericoli derivanti dalla gestione sociale.

Ebbene, è evidente come il dovere di impedire eventi lesivi a carico di terze persone non possa che rappresentare un'eccezione (singolarità che si ritiene ammissibile in presenza di un obbligo giuridico).

Il problema è, dunque, individuare quali siano gli obblighi giuridici penalmente rilevanti. Tale compito è stato affidato alla dottrina e soprattutto alla giurisprudenza, con la conseguenza che ciò ha comportato almeno un vantaggio e uno svantaggio. Da un lato, la mancanza di un numero chiuso di obblighi di impedire l'evento legislativamente prefissati consente alla giurisprudenza di far fronte alle nuove esigenze di tutela eventualmente emergenti dalla prassi. Dall'altro, tuttavia, dall'affidamento alla realtà giurisprudenziale consegue che il terreno dei reati omissivi impropri graviti inevitabilmente nel terreno dell'incertezza.

Sotto tale profilo, la nostra dottrina tradizionale non si è mai impegnata in approfondimenti particolari, ma si è principalmente limitata ad accettare la c.d. teoria formale dell'obbligo di impedire l'evento, dominante in Europa per tutto il '900.

Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 162, esempi paradigmatici di obblighi di sorveglianza, rispetto ai quali il titolare dispone non di meri poteri impeditivi ma di meri poteri di vigilanza e informazione, sono quelli dei sindaci (art. 2403 e 2407 c.c.) di vigilare e di informare gli organi societari dei reati commessi nell'ambito della società.

Secondo questa teoria, le situazioni tipiche di obbligo penalmente rilevanti, e cioè le posizioni di garanzia, sono individuate in base alla loro fonte formale di rilevanza giuridica.

In particolare, ci si è sempre limitati ad enumerare la c.d. “regola del trifoglio”, alla stregua della quale sussisterebbe una triplice fonte giuridica dell’obbligo di attivarsi: la legge (a sua volta distinguibile in penale ed extra-penale), il contratto e la precedente azione pericolosa (nel senso che chi compie un’azione pericolosa, poi assume, per ciò stesso, l’obbligo di impedire le possibili conseguenze dannose a carico di terzi).

Alcuni autori hanno, inoltre, esteso l’ambito delle possibili fonti, ricomprendendovi la *negotiorum gestio*¹³ e la consuetudine.¹⁴ Secondo la giurisprudenza, poi, anche le iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto, in assenza di uno specifico obbligo giuridico (il caso di chi si offra di accompagnare un gruppo di inesperti sciatori lungo un percorso insidioso per garantire la sicurezza).¹⁵

Fino agli anni ‘70 era richiesta la precisa individuazione della fonte normativa dell’obbligo giuridico di impedimento, con la conseguenza che in sede di cognizione occorreva individuare uno specifico obbligo giuridico di impedire statuito da una precisa norma di legge.

Oggi, il concetto di “obbligo di impedimento” può dirsi essere stato sostituito con la più ampia categoria della “posizione di garanzia”, categoria di per sé molto generica che non impone che venga individuato uno specifico obbligo giuridico di impedire previsto da una fonte giuridica.¹⁶

La teoria formale presenta l’indubbio aspetto positivo della piena aderenza al principio di legalità. Tuttavia, essa si espone anche a importanti rilievi critici.

In primo luogo, non ogni obbligo extra-penale di attivarsi è automaticamente suscettibile di convertirsi in obbligo di impedire l’evento, rilevante ai sensi di una fattispecie omissiva

¹³ I. CARACCIOLI, voce *Omissione (dir. pen.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 896 ss.

¹⁴ F. ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 311 ss.

¹⁵ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 2012, 119.

¹⁶ Sul punto, specificamente, cfr. F. SGUBBI, *Parere pro veritate* formulato il 22 settembre 2009, su richiesta del difensore della parte civile Associazione Vivi Down, Avv. Guido Camera, nel processo contro Google, circa la fondatezza delle imputazioni elevate agli imputati nell’ambito del proc. pen. n. 47061/2006 contro Drummond e altri, in *Dir. Inf.*, 2009, 745.

impropria: le esigenze di tutela del diritto penale sono, infatti, diverse da quelle di altri settori dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, una rigida adesione a criteri formalistici porterebbe a conseguenze inaccettabili quando un soggetto abbia assunto di fatto una posizione di garanzia, ma in forza di un contratto civilisticamente viziato.¹⁷

È stata, quindi, prospettata la teoria contenutistica-funzionale. Essa prende il nome dalla funzione che assume nel nostro ordinamento l'art. 40 cpv. c.p., e cioè assicurare a determinati beni (*in primis*, vita e incolumità personale) una tutela rafforzata a fronte dell'impossibilità, o incapacità, dei titolari di proteggere adeguatamente quei beni.

Ne consegue che ogni volta che un soggetto assume una posizione di garanzia nei confronti del bene ha l'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di eventi lesivi.

Quel che rileva non è il solo dato formale rappresentato dalla giuridicità della fonte, ma il contenuto sostanziale dell'obbligo. Pertanto, secondo questa impostazione, un obbligo di garanzia può derivare dalla legge, dal contratto, ma anche dall'assunzione volontaria della posizione di garante. Inoltre, è penalmente irrilevante la normativa civilistica sulla validità del contratto se, pur essendo il contratto nullo o annullabile, vi sia comunque stata una presa in carico del bene.

Infine, è invece assai discusso se l'obbligo giuridico possa derivare da una propria precedente attività pericolosa (ad esempio, chi scava una buca in un luogo di transito e non la segnala né protegge l'imboccatura).

Il nostro codice penale segue la teoria formale dell'obbligo di impedire, pertanto in linea di principio è da escludere che la propria precedente attività possa, di per sé, costituire la fonte del dovere di impedire, atteso che tale fonte non esiste nell'ordinamento.

In pratica, tuttavia, si osserva che le attività pericolose sono di regola presidiate da obblighi di cautela normativamente sanciti, nei quali non è difficile ravvisare una finalità impeditiva rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*

Così, ad esempio, l'art. 673 c.p. laddove impone di collocare i segnali o i ripari prescritti per impedire pericoli alla persone nei luoghi di pubblico transito. In altre ipotesi, l'attività

¹⁷ Si vedano, pur con accenti diversi, F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit. 118 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 21 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit. 192 ss.

pericolosa è soggetta al potere di disposizione o di organizzazione di chi l'ha determinata: l'imprenditore nel caso di pericoli connessi allo svolgimento dell'attività aziendale. In questa ipotesi, l'obbligo di impedire l'evento è desunto dalla particolare posizione funzionale del soggetto.¹⁸

Trattando l'aspetto delle posizioni di garanzia, non si può non ricordare che nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2001, una parte dell'articolato era dedicata alla responsabilità omissiva. Si tratta del Capo III "Responsabilità per omissione" del Titolo II "Il reato": articoli da 16 a 24.¹⁹

In particolare, all'art. 16, primo comma, si prevedeva che *«Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità penale per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa»*.

A seguire, erano tipizzate le posizioni di garanzia del genitore, del medico, del poliziotto, del direttore di giornale, della persona che ha assunto compiti di vigilanza e protezione, della persona che ha il controllo su fonti di pericolo e, articolo 23, le "Posizioni di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse".

Al secondo comma dell'art. 23 si stabiliva:

«Chi esercita funzioni di direzione di settori dell'organizzazione, è tenuto ad assicurare l'osservanza dei precetti legali pertinenti all'attività dell'organizzazione, nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze».

In tale formulazione è possibile intravedere come il criterio fondamentale per la determinazione delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse era quello della corrispondenza fra poteri e doveri: l'idea che la garanzia dei beni in gioco, là dove esiga la

¹⁸ In giurisprudenza, v. Cass. Sez. IV, 29 settembre 2006 (ud. 6 luglio 2006), n. 32298 – pres. Iacopino, rel. Colombo, imp. Abbiati (Rv. 235369), secondo la quale, la presenza di una posizione di garanzia da cui derivi un obbligo di attivazione in mancanza del quale ricorre la previsione del secondo comma dell'art. 40 c.p. deve derivare *«da un lato, da una fonte normativa di diritto privato o pubblico, anche non scritta, o da una situazione di fatto per precedente condotta illegittima, che costituisce il dovere di intervento, dall'altro lato, dall'esistenza di un potere giuridico, ma anche di fatto, attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento»*.

¹⁹ Articolato approvato dalla "Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale" nella seduta del 26 maggio 2001 (seconda versione del progetto).

previsione di doveri di attivarsi, non può che essere affidata a soggetti che abbiano il potere, giuridico e fattuale, di assicurare l'adempimento.

Da ciò discendono i seguenti corollari (ferma restando l'esigenza di una responsabilità penale ulteriormente delimitata in funzione della soggettiva colpevolezza):

- a) mantenimento del sistema che individua il garante primario nel soggetto al vertice dell'organizzazione, munito del potere (e del correlato dovere) di organizzare le strutture e l'attività in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi in gioco;
- b) determinazione del tipo di garanzia dovuta dal soggetto al vertice, mediante la selezione di un ristretto nucleo di adempimenti "non delegabili" propri del ruolo di direzione complessiva dell'organizzazione;²⁰
- c) identificazione dell'organizzazione cui riferire la posizione di garanzia, avendo riguardo non alla forma giuridica di per sé considerata (struttura societaria), ma alla effettiva articolazione organizzativa e di potere (rilevanza della "direzione unitaria" di gruppi di società, nell'ambito e nella misura in cui sia esercitata; rilevanza delle diverse articolazioni dotate di sufficiente autonomia finanziaria e tecnico-funzionale);
- d) correlazione fra poteri e responsabilità ai diversi livelli della struttura: ai compiti (decisionali, operativi, di consulenza) assegnati a ciascun livello, dal cui esercizio dipende la salvaguardia di beni penalmente protetti, deve corrispondere una specifica posizione di garanzia;
- e) ammissibilità della delega indipendentemente dalle dimensioni dell'organizzazione. Ciò che interessa, in vista della tutela dei beni giuridici, non è la "necessità" della delega, ma l'idoneità del sistema organizzativo adottato. In via di principio devono ritenersi ammissibili, in quanto possano essere ugualmente funzionali per la protezione degli interessi in gioco, modelli diversi di ripartizione di poteri: la scelta fra di essi compete a chi abbia la responsabilità complessiva dell'organizzazione. Ai diversi modelli organizzativi corrisponderà un diverso ambito e un diverso rapporto

²⁰ Sul tema della delega ai fini dell'individuazione del "garante" – e, per ovvia connessione tematica – sulle posizioni intrasferibili di garanzia, cfr. C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 125 (ora in *Diritto penale*, v. III, Milano, 2003, 219).

(che potrà essere di concorrenza o di reciproca esclusione) fra i doveri dei diversi soggetti del sistema.

Anche in precedenti progetti di riforma al codice penale si assumeva una ricostruzione di questo tipo.

Per esempio, nello schema della “Commissione per l’elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge di delega al Governo per l’emanazione di un nuovo codice penale” – c.d. “Commissione Pagliaro” – veniva proposta (art. 11) una distinzione fra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.

Per questi ultimi si prevedeva una rilevanza più limitata: la loro violazione non avrebbe fondato una responsabilità “per omesso impedimento”, ma sarebbe venuta in rilievo ove “espressamente prevista come reato” (omissivo proprio, sembra di capire).²¹

Tale distinzione, estranea al diritto vigente e vivente, avrebbe eliminato le attuali incertezze circa i contenuti dei doveri di vigilanza e i conseguenti rischi di dilatazione della responsabilità secondo una logica di “responsabilità di posizione”; per altro verso, avrebbe comportato delimitazioni della responsabilità penale non facilmente giustificabili, alla luce della garanzia affidata a ruoli il cui esercizio sia caratterizzato in modo pregnante anche da doveri di vigilanza.

Tuttavia, più razionale appare – secondo la Commissione Grosso – un sistema che continui a considerare il dovere di vigilanza, là dove previsto, come un aspetto essenziale della garanzia dovuta dai diversi ruoli, che assuma, però, contenuti ben delimitati in relazione ai compiti propri di ciascun garante. Per il soggetto al vertice, in particolare, il dovere di vigilanza dovrebbe rientrare nel nucleo indelegabile del dovere di buona organizzazione.²²

²¹ Commissione Pagliaro per l’elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale (8 febbraio 1988) – Art. 11 “Reati omissivi”: «1. Equiparare il non impedire l’evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo giuridico attuale di garanzia dello interesse tutelato dalla legge. Prevedere che la violazione degli obblighi giuridici di sorveglianza sia punibile solo in quanto espressamente prevista come reato. 2. Titolare dell’obbligo di garanzia è la persona che, munita dei relativi poteri, è giuridicamente tenuta ad impedire l’evento offensivo di interessi affidati alla sua tutela. 3. Titolare dell’obbligo di sorveglianza è la persona che, priva dei suddetti poteri impeditivi, è giuridicamente tenuta a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque ad informarne il titolare del bene o il garante».

²² Alcuni tra i problemi affrontati in sede di lavori della Commissione sono stati i seguenti:

3. LA POSIZIONE DI GARANZIA DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI. – A partire dai primi anni Ottanta, le inchieste sugli scandali finanziari hanno coinvolto in misura crescente, oltre ai presunti autori degli illeciti, anche i membri degli organi di controllo

-
- 1) se mantenere, modificare o abbandonare il sistema che individua come posizione di garanzia fondamentale quella di soggetti 'al vertice' dell'organizzazione;
 - 2) se e come costruire un sistema di posizioni di garanzia a più livelli;
 - 3) quali debbano essere l'ambito e le condizioni di rilevanza della delega di funzioni.
 - 4) mantenimento del sistema che individua il garante primario nel soggetto al vertice dell'organizzazione, munito del potere (e del correlativo dovere) di organizzare le strutture e l'attività in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi in gioco.
 - 5) determinazione del tipo di garanzia dovuta dal soggetto al vertice, mediante la selezione di un ristretto nucleo di adempimenti 'non delegabili' propri del ruolo di direzione complessiva dell'organizzazione. Il riferimento alla previa valutazione dei rischi ed alla programmazione generale della sicurezza, che sta alla base del sistema del d.lgs. 626/94, è un modello che può essere opportunamente generalizzato per qualsiasi rischio al quale interessi penalmente protetti siano esposti in relazione all'esistenza ed all'attività dell'organizzazione; la garanzia dovuta dal soggetto al vertice, rispetto agli interessi penalmente protetti, sta nella organizzazione generale della sicurezza sulla base di una adeguata informazione. Per quanto concerne gli aspetti tecnici delle valutazioni e delle misure da programmare, resta ferma la possibilità di avvalersi di soggetti tecnicamente qualificati (la cui cooperazione alla valutazione dei rischi, nel sistema del d.lgs. 626/94, è anzi obbligatoria). Il dovere 'non delegabile' del soggetto al vertice consiste nell'assicurare le condizioni di idoneo svolgimento del lavoro dei tecnici, nel verificarne l'effettuazione, e nell'adottare le misure organizzative conseguenti.
 - 6) identificazione dell'organizzazione cui riferire la posizione di garanzia, avendo riguardo non alla forma giuridica di per sé considerata (struttura societaria) ma alla effettiva articolazione organizzativa e di potere (rilevanza della 'direzione unitaria' di gruppi di società, nell'ambito e nella misura in cui sia esercitata; rilevanza delle diverse articolazioni dotate di sufficiente autonomia finanziaria e tecnico - funzionale, come già oggi nel sistema del d.lgs. 626/94).
 - 7) correlazione fra poteri e responsabilità ai diversi livelli della struttura: ai compiti (decisionali, operativi, di consulenza) assegnati a ciascun livello, dal cui esercizio dipende la salvaguardia di beni penalmente protetti, deve corrispondere una specifica posizione di garanzia, secondo il modello a più stadi oggi espressamente previsto in materia di sicurezza del lavoro.
 - 8) ammissibilità della delega indipendentemente dalle dimensioni dell'organizzazione. Ciò che interessa, in vista della tutela dei beni giuridici, non è la 'necessità' della delega, ma l'idoneità del sistema organizzativo adottato. In via di principio devono ritenersi ammissibili, in quanto possano essere ugualmente funzionali per la protezione degli interessi in gioco, modelli diversi di ripartizione di poteri: la scelta fra di essi compete a chi abbia la responsabilità complessiva dell'organizzazione. Ai diversi modelli organizzativi corrisponderà un diverso ambito e un diverso rapporto (che potrà essere di concorrenza o di reciproca esclusione) fra i doveri dei diversi soggetti del sistema. La questione interessa, in particolare, la ripartizione dei poteri di spesa: limitazioni di poteri di spesa non ostano alla valida attribuzione di altri poteri e dei correlativi doveri, e correlativamente ogni riserva di poteri di spesa definisce un ambito di residua (potenziale) responsabilità del delegante. L'esigenza che la delega sia espressa, affermata da una parte della giurisprudenza, appare superabile dove vi sia l'effettiva assunzione di dati compiti implicanti problemi di salvaguardia degli interessi penalmente protetti (*Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale". Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 591).

societari con l'accusa di non avere impedito, pur potendo, i reati realizzati dagli amministratori esecutivi o comunque dirigenti della società.

Lo schema giuridico dell'imputazione utilizzato prevede il ricorso agli artt. 40 e 110 c.p., in combinato con la norma incriminatrice che si assume violata.

Ciò premesso, nella prassi è molto frequente assistere all'inclusione di tutta la rete degli organi di controllo nell'elenco dei soggetti sottoposti, già nelle primissime fasi dell'inchiesta, al procedimento penale. È pertanto evidente come il problema centrale, in una prospettiva penalistica, sia quello della delimitazione dei confini della responsabilità penale dei "controllori".

Il tema, tra l'altro, nel tempo ha acquisito crescente importanza a seguito dei diversi scandali societari susseguitisi dai primi anni del nuovo secolo.²³ La risposta a questi è principalmente consistita nella moltiplicazione dei controlli, accompagnata da un progressivo processo di privatizzazione del controllo dell'illegalità negli affari.²⁴

Naturalmente, tale proliferarsi di "controlli" ha comportato una conseguente esplosione dei rischi di responsabilità penale per i "controllori".

Ma, prima di procedere innanzi, è opportuno ricordare quali siano gli organi di controllo – e in particolare gli amministratori non esecutivi – nell'esperienza giuridica italiana, virtualmente esposti al rischio di un coinvolgimento nelle maglie della giustizia penale.

L'esperienza italiana degli amministratori non esecutivi è multiforme e *in fieri*.

È multiforme perché nel nostro sistema sembra si possano annoverare almeno quattro tipologie di amministratori "non esecutivi":

²³ Si veda per una storia della crisi e degli scandali finanziari ed economici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 87 ss.

Per un quadro riepilogativo sul ruolo degli amministratori non esecutivi e sui loro obblighi di controllo e sulle connesse responsabilità penali su costoro, v. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 317 ss.

²⁴ In Italia si pensi ad es. alla disciplina del d.lgs. n. 231/01, che ha comportato una vera e propria delega al privato del controllo del rischio di reato; o ancora alla normativa antiriciclaggio (d.lgs. 231/07 e decreto correttivo del 2009), la quale ha ulteriormente gravato gli organi di controllo societari di nuovi adempimenti in chiave preventiva.

Sulle ragioni del fallimento dei controlli si rinvia a F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 64 ss.

- 1) Ci sono gli amministratori non esecutivi privi del requisito dell'indipendenza: tali amministratori si caratterizzano solo "in negativo" per il fatto di non essere dirigenti della società e di non ricevere deleghe gestionali da parte del consiglio ("outside directors"). Tali amministratori paiono potersi distinguere in due categorie: esponenti del socio o dei soci di controllo e soggetti, portatori di particolari professionalità, nominati per ottenere un contributo di maggiore ponderazione, attraverso le loro particolari competenze, alle decisioni del consiglio. Il limite tradizionalmente ricondotto a questo secondo tipo di amministratori è che divengano figure meramente "decorative".
- 2) Ci sono amministratori non esecutivi e indipendenti, a loro volta differenziabili a seconda del tipo di indipendenza in:
 - amministratori indipendenti alla stregua della definizione di indipendenza che fornisce il codice Preda;²⁵
 - amministratori indipendenti alla stregua del codice civile, perché dotati di requisiti di indipendenza dei sindaci (art. 2409-septiesdecies, cod. civ., comma 2, che rinvia all'art. 2399 cod. civ.) e imposti nella composizione del consiglio di amministrazione di tipo monistico;
 - amministratori indipendenti nominati da portatori degli strumenti finanziari di cui agli artt. 2346, comma 6 e 2349, comma 2, cod. civ.: in tal senso, il riferimento all'indipendenza sembra risolversi nella estraneità dell'amministratore ad attività gestori, quindi in sostanza a qualcosa di molto prossimo a un amministratore non esecutivo (non potrebbe in ogni caso far

²⁵ Il c.d. "Codice Preda" è il Codice di autodisciplina delle società quotate per ciò che attiene alla *corporate governance*. Il Codice di autodisciplina è stato rivisitato nel 2003 dal Comitato per la *corporate governance* delle società quotate.

Esso prevede che: «Un numero adeguato di amministratori non esecutivi sono indipendenti, nel senso che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio» (3. Amministratori Indipendenti – 3.P.1); «L'indipendenza degli amministratori è periodicamente valutata dal consiglio di amministrazione. L'esito delle valutazioni del consiglio è comunicato al mercato» (3.P.2).

L'indipendenza di giudizio è un atteggiamento richiesto a tutti gli amministratori, esecutivi e non esecutivi: l'amministratore consapevole dei doveri e dei diritti connessi alla propria carica opera sempre con indipendenza di giudizio. In particolare, gli amministratori non esecutivi, non essendo coinvolti in prima persona nella gestione operativa dell'emittente, possono fornire un giudizio autonomo e non condizionato sulle proposte di deliberazione.

parte del comitato esecutivo né ricevere deleghe individuali e tanto meno essere un dipendente della società).

- 3) Ci sono amministratori non esecutivi eletti dalla maggioranza e amministratori non esecutivi eletti da una minoranza qualificata (il che tipicamente avviene quando è previsto il ricorso al voto di lista).
- 4) Ci sono, poi, amministratori nominati in contesti extra-assembleari (art. 2383, comma 1, cod. civ.), i quali normalmente, o necessariamente, sono amministratori non esecutivi e spesso anche indipendenti, come gli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici in virtù di apposita previsione statutaria (art. 2449 e 2450 cod. civ.); come gli amministratori “senza diritto di voto” nominati dallo Stato con decreto o come gli amministratori che possono essere nominati dai portatori di strumenti finanziari partecipativi (sulla base dell’espressa previsione dell’art. 2351, comma 5, cod. civ.).²⁶

Tratteggiata la categoria degli amministratori non esecutivi, la prima questione è quella di individuare la fonte giuridica dell’obbligo di agire ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p.

Punti fermi nella giurisprudenza e nella dottrina sono i fondamenti normativi delle posizioni di garanzia degli amministratori (artt. 2381 e 2392 c.c.),²⁷ anche quelli indipendenti,²⁸ e dei sindaci (artt. 2403 e 2407 c.c.).

La configurabilità di una responsabilità penale dei consiglieri privi di deleghe per concorso mediante omissione nel reato attivamente commesso dai delegati nasce dal combinato disposto fra l’art. 40 cpv. c.p. – per cui «*non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*» – e l’art. 2392, comma 2, c.c. – ai sensi del quale gli amministratori «*sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non*

²⁶ Accoglie tale suddivisione M. STELLA RICHTER, *Gli amministratori non esecutivi nell’esperienza italiana, in Banca Impresa Società*, 2005, 2, 163 ss.

²⁷ «L’amministratore di società, che, contravvenendo all’obbligo contenuto nell’art. 2392 c.c. di impedire non solo gli atti pregiudizievoli per la società, ma anche quelli pregiudizievoli per i soci, i creditori o i terzi, non adempie al suo obbligo di garanzia, concorre, ex art. 40 cpv., c.p., per omissione, consistita nella mancata vigilanza e nella mancata attivazione per impedire l’adozione di atti di gestione pregiudizievoli, nei delitti fallimentari commessi da altri amministratori» (così, Cass., sez. V, 24 settembre 2010, n. 42201); nello stesso senso v. anche Cass., sez. V, 20 novembre 2011, n. 3708.

²⁸ Come rilevato da Cass. sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, Tanzi, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1096, n. MUCCIARELLI e *Cass. pen.*, 2013, 4594.

hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

Già a una prima lettura di tali norme sorgono alcuni interrogativi.

In primo luogo, ci potrebbe domandare se i consiglieri d'amministrazione abbiano l'obbligo giuridico di fare quanto possono per impedire, in generale, il compimento di reati da parte degli amministratori delegati, oppure se essi abbiano l'obbligo giuridico di fare quanto possono per impedire i reati di cui, nel caso concreto, sono a conoscenza che stanno per essere commessi dai delegati.

Inoltre, che cosa significa l'espressione "non hanno fatto quanto potevano"? Che cosa gli amministratori potevano e che cosa dovevano?

E ancora, il termine "evento" di cui all'art. 40 cpv. c.p. è da intendere come evento naturalistico, con conseguente limitazione dell'ambito della responsabilità per concorso omissivo ai soli reati di evento a forma libera (es. omicidio, lesioni)? Oppure evento in senso giuridico, per cui "evento" è qualsiasi reato, dunque anche di mera condotta (es. manipolazione del mercato)?

Nel corso della presente trattazione si tenterà di dare una risposta a queste domande, tenendo come punti di riferimento gli artt. 40 c.p. e 2392 c.c.²⁹

3.1. (SEGUE): I CONFINI. – Dal secondo comma dell'art. 2392 c.c. è ricavata l'esistenza di una posizione di garanzia degli amministratori di società rilevante sul piano penale: è ricavato che gli amministratori hanno un dovere di protezione nei confronti del patrimonio sociale e che, se rimangono inerti di fronte alla commissione di un reato, ne rispondono per avervi concorso mediante omissione.

²⁹ L'art. 40 cpv. c.p., in tema di nesso di causalità tra condotta ed evento, equipara il mancato impedimento di un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire alla sua causazione.

L'art. 2392 c.c. disciplina la responsabilità civile degli amministratori di società e stabilisce, al primo comma, che gli amministratori sono responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, al secondo comma, che gli amministratori sono altresì responsabili dei fatti pregiudizievoli di cui erano a conoscenza e rispetto ai quali non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

In generale, sul tema in questione, cfr. C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?* in AA. VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole*, Milano, 2002, II, 1367 ss.

Ad avviso di chi scrive, la commissione di reati è sempre un fatto pregiudizievole per il patrimonio sociale, quindi rientrante nella posizione di garanzia degli amministratori, anche quando il reato è commesso nell'interesse della società o comunque risulta a vantaggio della società.

L'interesse della società non può essere realizzato in violazione della legge penale: un interesse privato alla massimizzazione del profitto non può essere perseguito a scapito di interessi pubblici.

Questa affermazione sembra trovare conferma nell'art. 41 della Costituzione, laddove al secondo comma è sancito che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».³⁰

Come anche l'esistenza di una responsabilità da reato delle persone giuridiche può essere letta quale una conferma di questa posizione.

Infatti, in forza del decreto legislativo n. 231 del 2001, la commissione di reati all'interno di una società può comportare la responsabilità della persona giuridica, alla quale potrebbe essere applicata sanzione pecuniaria, sanzione interdittiva, sanzione della confisca o sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna.

Tutte misure che, più o meno direttamente, colpiscono il patrimonio della società, dunque fatti pregiudizievoli per il patrimonio sociale.

3.2. (SEGUE): I DOVERI. – A seguito della riforma del diritto societario del 2003 (d.lgs. n. 6/2003), la legge impone ai consiglieri d'amministrazione il dovere di agire informati. In particolare, ai sensi dell'art. 2381, terzo comma, c.c., il consiglio d'amministrazione ha il dovere di:

- i. valutare, sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società;
- ii. esaminare, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari della società;
- iii. valutare, sulla base della relazione dei delegati, il generale andamento della gestione. A tale fine, da una parte, è posto il dovere degli organi delegati di riferire

³⁰ In questo senso, per tutti v. C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 219 ss.

al consiglio sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione e sulle operazioni di maggior rilievo (art. 2381, comma 5, c.c.), dall'altra, è stabilito il potere degli amministratori di chiedere ai delegati di fornire in consiglio informazioni sulla gestione della società (art. 2381, comma 6, c.c.).

Gli amministratori sono responsabili verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392, comma 1, c.c.).

Gli amministratori sono inoltre responsabili se, essendo venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, comma 2, c.c.).

La responsabilità civile dell'amministratore – dunque, a maggior ragione quella penale – è esclusa se il consigliere ha fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, e se il consigliere ne ha dato immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392, comma 3, c.c.).

In definitiva, sul piano del diritto civile, gli amministratori hanno il dovere giuridico di valutare ed esaminare di cui all'art. 2381, comma 3, c.c., e, più in generale, il dovere di agire informati (art. 2381, comma 6, c.c.). Gli amministratori sono responsabili dei danni causati alla società se non hanno adempiuto a tali doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Gli amministratori sono altresì responsabili dei fatti pregiudizievoli di cui sono venuti a conoscenza e rispetto ai quali non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Sul piano del diritto penale, l'inadempimento in sé del dovere di valutare, esaminare e, in generale, di agire informati non è reato.

Invece, l'amministratore che, venuto a conoscenza di irregolarità nella gestione che potrebbero integrare gli estremi di un reato, non fa quanto in suo potere per impedire il compimento del fatto pregiudizievole o per eliminarne o attenuarne le conseguenze negative, può essere chiamato a rispondere della realizzazione del reato per avervi concorso attraverso la sua inerzia.

La riforma del diritto societario del 2003 (d.lgs. n. 6/2003) ha toccato anche le disposizioni civilistiche che definiscono la posizione di garanzia degli amministratori di società.

I doveri di cui all'art. 2381, comma 3, c.c. sostituiscono l'assai più ampio (pressoché indeterminato) dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, di cui alla precedente formulazione dell'art. 2392, comma 2, c.c.³¹

3.3. (SEGUE): I CANALI INFORMATIVI. – Un problema che l'attuale normativa pone in tema di posizione di garanzia è se l'unico canale conoscitivo rilevante ai fini dell'art. 40 cpv. c.p. sia l'informazione resa in consiglio oppure se l'effettiva conoscenza del fatto di reato sia il solo elemento che rileva e il canale attraverso cui tale conoscenza è appresa sia indifferente.

Preme sin da subito evidenziare che la giurisprudenza sembra orientata nel senso dell'indifferenza del mezzo informativo mediante il quale il consigliere ha appreso la notizia. Così, ad esempio, si è espressa la Cassazione nella sentenza n. 23838/2007, est. Sandrelli:

«La penale responsabilità, invero, prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettiva ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento: non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante ex art. 40 cpv. c.p., si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministratore o al solo ambito societario».

Ad avviso di chi scrive, questa interpretazione appare corretta.

Fermo restando l'art. 2381 c.c., che tipizza l'agire informato dell'amministratore prescrivendo che questo assuma iniziative sulla base delle informazioni ricevute dal presidente del consiglio di amministrazione e dagli organi delegati, sul versante penale sembra condivisibile ritenere che assuma rilevanza la condotta del consigliere che sia

³¹ Sul punto, cfr. F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Rivista delle società*, 2007, 4, 722 ss., spec. 745.

In termini assai critici sul presunti ridimensionamento delle responsabilità degli amministratori non esecutivi per effetto del d.lgs. n. 6/2003, cfr. A. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. società*, 2009, 1419 ss.

rimasto inerte di fronte alla rappresentazione di un fatto di reato, qualsiasi sia il modo in cui egli sia pervenuto alla percezione di tali circostanze.

Ovviamente con ciò non si intende porre in capo all'amministratore l'onere di verificare l'indeterminato numero di fonti di informazioni esterne al contesto societario. Soltanto non appare in contrasto con i principi del diritto penale il fatto di ritenere che l'inerzia dell'amministratore possa avere rilevanza penale anche quando vi è la prova che questi abbia appreso il fatto di reato al di fuori delle comunicazioni societarie.

Fermo altresì restando che la conoscenza (rappresentazione e volizione) deve appunto essere dimostrata, non potendo di certo essere presunta.

“Era su tutti i giornali! Non poteva non sapere.” è una chiara forma di presunzione del dolo.

“Era su tutti i giornali! Avrebbe dovuto sapere.” è colpa.

“Era su tutti i giornali! Ha saputo.” rappresentano la premessa e la conclusione del ragionamento a cui il giudice dovrebbe attenersi.

Altro interessante caso è quello dell'amministratore che deliberatamente non si informa, l'amministratore che non vuole sapere, e su questo sono sviluppare alcune considerazioni nelle pagine che seguono.

4. I POTERI IMPEDITIVI DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ. – L'esistenza di poteri impeditivi in capo agli amministratori è questione cruciale, eppure ancora non affatto chiara e definita.³²

Il nostro legislatore ricorre alla clausola *ex art. 40 cpv. c.p.* con ciò implicando un rinvio in bianco alla disciplina civilistica che delinea (o meglio, dovrebbe delineare), l'ambito dei poteri-doveri degli amministratori non esecutivi.³³

³² In generale, sul punto, cfr. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*; ID., in A.M. STILE (a cura di), *Le "posizioni di garanzia" nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, 183.

V. inoltre, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2015.

³³ Sotto tale profilo v. F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, cit. 736.

L'indagine sui poteri assume rilievo decisivo per determinare se l'inerzia del delegante sia stata condizione necessaria del reato posto in essere dal delegato: il singolo amministratore delegante potrà dirsi concorrente nel reato commesso dall'esecutivo solo se la Pubblica Accusa sia in grado di fornire la prova che il comportamento doveroso, omesso, avrebbe impedito la realizzazione dell'illecito penale da parte dell'esecutivo.

Dunque, un giudizio controfattuale compiuto immaginando che sia stata posta in essere l'azione doverosa, ovvero l'esercizio da parte del consigliere dei poteri impeditivi a lui attribuiti dalla legge e realmente esercitabili nella vicenda concreta. A tale ultimo riguardo, è stato osservato che se i poteri impeditivi in concreto si dimostrassero assai limitati non potrebbe che concludersi per una rilevanza assai marginale di tale forma di responsabilità, la cui prova, nella stragrande maggioranza dei casi si dimostrerebbe impossibile proprio sul terreno del nesso causale.³⁴

Come è stato efficacemente sostenuto, dei poteri impeditivi è possibile fornire due versioni radicalmente differenti.³⁵

In primo luogo, si può considerare una versione "restrittiva" dei poteri impeditivi: proprio con riferimento ai controlli societari e alle posizioni di garanzia volte all'impedimento degli illeciti di terzi, il garante interviene a tutela dell'integrità del bene *«attraverso un'azione di contrasto che esprime la signoria del garante sull'attività aggressiva, se non addirittura sul suo autore»*. Impeditivi sarebbero solo quei poteri *«cui corrispondono doveri di conformazione, in quanto il loro esercizio produce effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato, e più in generale, i poteri di blocco dell'attività del controllato, come la revoca di quest'ultimo»*.³⁶

Il garante rivestirebbe *«un ruolo di tutela indispensabile ed esclusivo nei confronti del bene protetto, al punto che la salvezza del bene protetto dipenda da un intervento risolutivo del garante»*.³⁷

Secondo una diversa impostazione, nell'ambito dei controlli societari, potere impeditivo – ai fini dell'individuazione della posizione di garanzia volta all'impedimento di un illecito di terzi – è quel potere giuridico che, agendo su una fase dell'esecuzione del reato, può

³⁴ F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, cit., 738 ss.

³⁵ ID., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 333 ss.

³⁶ Così, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 608, richiamato da F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit., 333.

³⁷ Così, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, Milano, 2003, 277.

astrattamente impedire (secondo un modello di causalità generale) il verificarsi dell'illecito da parte del soggetto sottoposto al controllo.

Tale potere fonda e delimita – secondo gli autori che sostengono questa tesi – la posizione di garanzia, ma il suo possibile effetto impeditivo non dice ancora nulla sul concreto impedimento dell'evento che sarebbe derivato dall'esercizio di quel potere nel caso di specie.

Il pregio di tale impostazione sarebbe quello di «[...] tenere separato il momento della individuazione dei soggetti ai quali l'ordinamento richiede di attivarsi a tutela degli interessi protetti (pur senza la "garanzia" della necessaria efficacia del rimedio impeditivo), dalla quaestio facti della prova della responsabilità di tali soggetti nel processo: nella individuazione dei destinatari del precetto il legislatore, per assicurare la massima efficacia dell'attività preventiva, seleziona i soggetti in grado di attivare, in astratto, rimedi giuridici potenzialmente impeditivi; ma la responsabilità penale per omesso impedimento del reato è subordinata alla prova che, nel caso concreto, l'esercizio dei poteri impeditivi a disposizione dell'imputato avrebbe, otre ogni ragionevole dubbio, bloccato il processo di realizzazione dell'operazione criminosa».³⁸

Ad ogni modo, senza precisi ed efficaci poteri impeditivi non dovrebbe esserci posizione di garanzia e responsabilità penale per concorso mediante omissione nel reato. Al più, posizione di controllo e responsabilità penale soltanto in presenza di un'espressa fattispecie di omessa vigilanza.

L'art. 40 cpv. c.p. menziona l'obbligo giuridico di impedire un evento, mentre l'art. 2392, secondo comma, c.c. non impone agli amministratori di impedire fatti pregiudizievoli per la società, ma di "fare quanto possono".

Dunque la legge non richiede agli amministratori di impedire la commissione del reato di cui vengono a conoscenza, ma di "fare quanto potevano" per impedirlo.

Così si legge anche nella sentenza della Cassazione sul processo ad amministratori e sindaci per la bancarotta del gruppo Parmalat (Cass. n. 32352 del 7 marzo 2014):

«[...] ciò che la legge richiede all'amministratore non esecutivo non è il necessario raggiungimento dell'esito impeditivo della consumazione dell'illecito, ma l'espletamento di quanto in suo potere nel

³⁸ Ancora, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit., 334.

perseguire tale finalità: in mancanza di che la consapevole inerzia si traduce in un contributo alla commissione del reato».

Se l'ordinamento non richiede agli amministratori di impedire la commissione del reato, allora che cosa richiede loro? In che cosa consiste l'obbligo degli amministratori non esecutivi di fare quanto possono per impedire la commissione del reato di cui vengono a conoscenza?

La legge non lo esplicita, ma ciò che è possibile ricostruire dalle disposizioni civilistiche che definiscono il ruolo dell'amministratore privo di deleghe all'interno dell'organizzazione societaria è senz'altro un dovere di non rimanere inerte: un dovere di allerta, di richiesta formale di chiarimenti.

Ciò che l'ordinamento sembra richiedere agli amministratori è di non ignorare i segnali della possibile commissione di reati nella gestione della società di cui vengono a conoscenza primariamente nell'esercizio della loro dovere di agire informati: di non chiudere gli occhi, di non abbassare lo sguardo, ma di parlare, scrivere, portare la questione all'attenzione del consiglio.

Nella sentenza di appello nel processo per bancarotta del gruppo Parmalat (App. Bologna, 23 aprile 2012) la Corte d'Appello indica che l'azione di contrasto, non necessariamente idonea a impedire il default nella sua interezza, si sarebbe potuta realizzare attraverso:

- i. un'espressione pubblica di dissenso, da intendersi come espressione non in via riservata, ma aperta e inequivocabile;
- ii. una pubblica richiesta di maggiori chiarimenti in ordine alle anomalie della gestione e di talune decisioni di finanza strutturata, ovvero in ordine alla allocazione della liquidità o alla effettiva quantificazione e composizione del debito;
- iii. una denuncia all'autorità preposta di tali anomalie³⁹.

La decisione dei giudici di secondo grado è stata pienamente confermata dalla Cassazione nella sentenza 7 marzo 2014:

³⁹ Sul punto, v. in particolare, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss.

«[...] con motivazione priva di elementi di manifesta illogicità, la Corte territoriale ha sottolineato che una qualsiasi azione di pubblico dissenso in ordine all'ennesima emissione di bond o alla loro appostazione in bilancio, o una richiesta di maggiori chiarimenti pubblicamente formulata – se non addirittura una denuncia alle preposte Autorità - circa le anomalie della gestione e di talune decisioni di finanza struttura e di investimento quanto meno azzardato o ancora circa la allocazione della liquidità o in ordine alla effettiva quantificazione e composizione del debito, avrebbero costituito un intervento proficuo che, pure se non idoneo a preservare la conservazione dell'integrità totale del patrimonio sociale, avrebbe comunque espresso, tramite una funzione di allarme e manifesto controllo, quella tutela della società (con i suoi soci e dipendenti) e dei diritti dei suoi creditori che costituisce un dovere precipuo di tutti gli amministratori e dei sindaci, evitando l'aggravamento del dissesto ovvero dei danni cagionati dallo stesso».

5. IL NESSO DI CAUSALITÀ. – Provata l'esistenza della posizione di garanzia e dei presupposti del dovere di attivarsi, il concorso mediante omissione esige la verifica che l'omissione sia stata condizione necessaria per la commissione del reato da parte del suo autore. Dunque, l'accertamento che l'azione doverosa omessa avrebbe impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore.⁴⁰

Tanto nel caso dell'agire quanto in quello dell'omettere, il fondamento dell'imputazione dell'evento consiste nella signoria del soggetto su alcune posizioni che concorrono alla produzione del risultato.

Ciò che nei due casi muta non è la signoria dell'uomo sul decorso causale. Divergono soltanto le tecniche attraverso le quali l'agente e l'omittente (garante) realizzano il dominio sull'accadere: il primo padroneggia la catena causale che si sprigiona dal movimento del proprio corpo; il secondo influenza processi causali che traggono origine da forze esterne, naturali o facenti capo a un diverso soggetto.

Ma si badi: quando si afferma che il garante è in grado di governare certi fattori produttivi dell'evento, si allude a un potere di signoria che va al di là della mera possibilità di

⁴⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006, 368.

impedire il verificarsi dell'evento (di tale potere dispone anche il soggetto che sia titolare di un semplice obbligo di attivarsi).

L'accertamento della causalità nei reati omissivi è un giudizio molto complesso, dovendo ragionare in termini ipotetici, e all'esito a tali valutazioni ritenere provato qualcosa che nella realtà non è accaduto.⁴¹

Nella fattispecie in esame, essendo richiesto agli amministratori di fare "quanto in loro potere" per impedire i fatti di reato di cui vengono a conoscenza, non occorrerà accertare che l'attivazione dell'amministratore avrebbe impedito il reato, ma qualcos'altro. Qualcos'altro che la legge non definisce, per cui nella pratica l'accertamento del nesso causale è un giudizio spesso omesso dalla giurisprudenza.

La tipicità della condotta omissiva dell'amministratore dovrebbe essere affermata laddove si provi che, se l'amministratore non fosse rimasto inerte e avesse stimolato l'intervento del consiglio in relazione ai segnali di possibili fatti di reato di cui è venuto a conoscenza, un qualche effetto si sarebbe prodotto.

Non un preciso effetto: la legge non indica l'evento da impedire.

E non indicando la legge alcuno specifico evento da scongiurare, il nesso causale risulta, erroneamente, spesso provato in *re ipsa*: nella condotta stessa di mancata attivazione da cui sarebbe scaturito un qualche effetto.

Nella sentenza della Cassazione sul caso Parmalat (Cass. n. 32352 del 7 marzo 2014) si rinviene il seguente principio in tema di nesso di causalità:

«[...] l'idoneità dell'opposizione del singolo a impedire l'evento – o quanto meno a limitarne le conseguenze – non va riguardata isolatamente, come destinata a soccombere inevitabilmente di fronte al contrario atteggiamento altrui, ma nella sua attitudine a rompere un silenzio omertoso e a sollecitare, col richiamo agli obblighi imposti dalla legge e dai principi della corretta amministrazione, un analogo atteggiamento degli altri amministratori».

Tale affermazione, peraltro, trova terreno fertile proprio nella sentenza di primo grado relativa al caso Parmalat, in cui si chiarisce che l'esistenza di un obbligo giuridico di impedimento e dei relativi poteri impeditivi è un presupposto indispensabile, ma non

⁴¹ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 167.

sufficiente per la definitiva affermazione della responsabilità del garante: nel processo rimane da affrontare il problema della prova e quindi della verifica *ex post* che l'esercizio di quel potere astrattamente impeditivo avrebbe effettivamente neutralizzato, in quel particolare caso, il programma criminoso.

In assenza di tale passaggio è chiaro che si configurerebbe un addebito di responsabilità penale per fatto altrui.

Dunque, uno dei presupposti essenziali della responsabilità penale per omesso impedimento è l'accertamento di un nesso di causalità tra la condotta doverosa omessa e il fatto di reato.⁴²

D'altra parte, sempre la Suprema Corte ha affermato, sia pur con riferimento ai criteri di imputazione della responsabilità al concorrente atipico (con particolar riferimento alla configurabilità del concorso esterno nei reati associativi), come non sia affatto sufficiente «[...] che il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità ex ante – venga considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi esso, con giudizio ex

⁴² «Non ultima [...] è infine la verifica del decorso causale...tra la condotta imputata – nella specie omesso controllo per l'inerzia nell'informarsi e attivarsi nell'evitare l'evento – e l'evento illecito stesso – diffusione di informazioni false al mercato -; verifica da attuarsi a termini del c.d. giudizio controfattuale»: così, Trib. Milano, 18 dicembre 2009, Trib. Milano, 18 dicembre 2008, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Società*, n. 922. Il giudice milanese, peraltro, richiama le notissime Cass. SS. UU., 10 luglio 2002, Franzese, *Foro it.*, 2002, II, 601, n. DI GIOVINE. Si v. ancora, In giurisprudenza, segue la stessa scia, T. L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi, in *Arch. pen.*, 2013, 1085, con osservazioni di A. MANNA, secondo cui «Rispondono dei reati di omicidio colposo e di lesioni colpose plurimi i componenti della commissione grandi rischi istituita presso la protezione civile, i quali nel corso di una riunione operativa, effettuando una valutazione approssimativa, generica ed inefficace in violazione di doveri di previsione e prevenzione e fornendo informazioni incomplete, imprecise e contraddittorie sulla natura, sulle cause, sulla pericolosità e sui futuri sviluppi di attività sismica, abbiano indotto parte della popolazione civile a dismettere le cautele fino a quel momento adottate e capaci di sottrarre le vittime agli effetti distruttivi di una scossa di terremoto successivamente intervenuta; la vulnerabilità degli edifici crollati e l'intensità della scossa verificatasi non escludono il nesso di causalità fra le condotte degli imputati e la morte o le lesioni delle vittime, se l'una e l'altra non costituiscono fattori eccezionali o atipici né imprevedibili; la condotta degli imputati si espone a un rimprovero colposo, poiché il corretto adempimento dei compiti loro assegnati avrebbe ridotto il rischio delle vittime di subire gli effetti distruttivi del terremoto e perché, quali autorevoli scienziati nel campo delle dinamiche sismiche, gli stessi avrebbero potuto fornire informazioni atte ad orientare diversamente la popolazione sul rischio incombente».

Sul tema delle conseguenze applicative dei principi della sentenza Franzese, e, più in generale, sul tema della causalità omissiva, in dottrina, cfr. F. MUCCIARELLI, *La Corte di Cassazione e la causalità omissiva: il termine d'una contrastata vicenda*, in *Foro Ambrosiano*, 2003, 303 ss.; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione della prova indiziaria*, in *Cass. pen.*, 2005, 764 ss.; ID., *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4812; ID., *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.

post, *si riveli per contro ininfluyente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo*».⁴³

Come è stato osservato: «*Si pensi proprio ad un caso quale quello [...] dell'amministratore indipendente di Parmalat. Credo sia possibile affermare e motivare, oltre ogni ragionevole dubbio, che se costui, appena appresa da Tanzi la notizia della reale situazione sociale, avesse provveduto a informare immediatamente la Consob, i componenti del consiglio di amministrazione e il collegio sindacale, i successivi comunicati stampa mendaci non sarebbero stati (hic et nunc) deliberati e diffusi per l'intervento, a quel punto improcrastinabile, anche dei "controllori" più miopi*».⁴⁴

6. IL DOLO. – Ferme restando le considerazioni che precedono in ordine alla funzione di garanzia del patrimonio sociale e al dovere di attivarsi in presenza di possibili fatti di reato, la rilevanza penale o meno della condotta omissiva dell'amministratore finisce per lo più col dipendere dalla verifica dell'elemento soggettivo.

Posto l'accertamento della condotta omissiva a fronte dell'opposto dovere di attivazione, occorre interrogarsi circa lo stato psicologico che ha retto la mancanza: l'*animus* dietro l'omissione, che potrebbe, invero, essere mossa da dolo o da colpa, come anche potrebbe essere incolpevole (il caso, quest'ultimo, dell'amministratore ingannato o artatamente indotto in errore).

Per l'affermazione di una responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo, rileva solo l'omissione dolosa: soltanto l'omissione retta dalla rappresentazione e volontà di contribuire al fatto di reato.

Da un lato, infatti, la maggior parte dei reati commessi nell'ambito della gestione d'impresa sono delitti puniti unicamente a titolo di dolo. Dall'altro, l'agevolazione colposa del reato (doloso) non è penalmente sanzionata nel nostro ordinamento.

Fra i reati d'impresa puniti solo se commessi con dolo vi sono:

⁴³ Così, Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, *Foro it.*, 2006, II, 80.

⁴⁴ Così F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit. 340.

- i reati societari di cui all'art. 2621 e ss. cod. civ. (ad esempio, false comunicazioni sociali, infedeltà patrimoniale, corruzione tra privati, aggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza);
- i reati finanziari di cui agli artt. 184 e 185 T.U.F. (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato);
- i fatti di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 223 L.F., alcuni fatti di bancarotta semplice di cui all'art. 224 n. 1) L.F., il reato di ricorso abusivo al credito di cui all'art. 225 L.F.;
- i delitti contro la Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 322 e 322-bis cod. pen.;
- i delitti contro il patrimonio di cui agli artt. 640 (Truffa), 641 (Insolvenza fraudolenta), 644 (Usura), 646 (Appropriazione indebita), 648 (Ricettazione), 648-bis (Riciclaggio), 648-ter (Impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita), 648-ter.1 (Autoriciclaggio) cod. pen.

Per contro, reati che possono essere realizzati nell'ambito della gestione sociale e che sono puniti anche a titolo colpa, in relazione ai quali è, dunque, configurabile il concorso colposo della condotta omissiva dell'amministratore non esecutivo, sono:

- omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni personali colpose (art. 590 c.p.), evidentemente con riguardo a malattie e infortuni sul lavoro;
- delitti contro l'incolumità pubblica, quali incendio colposo, inondazione, frana o valanga colposi, naufragio, sommersione o disastro aereo colposi, disastro ferroviario colposo, controllo di costruzioni o disastro innominato colposi (art. 449 c.p.), pericolo colposo di disastro ferroviario, o di inondazione, o di naufragio, o di sommersione di nave o altro edificio natante (art. 450 c.p.), omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro (art. 451 c.p.), epidemia e avvelenamento colposi (art. 452, comma 1, c.p.), adulterazione o contraffazione colpose di sostanze alimentari, adulterazione o contraffazione colpose di altre cose in danno della pubblica salute, commercio colposo di sostanze alimentari contraffatte o adulterate, commercio o somministrazione colposi di medicinali

- guasti, commercio colposo di sostanze alimentari nocive, somministrazione colposa di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica (art. 452, comma 2, c.p.);
- i fatti di bancarotta semplice di cui all'art. 224 n. 2 L.F. (l'aver concorso a cagionare o aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge);
 - sanzioni penali previste nel codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), in particolare la contravvenzione *ex art.* 137 (scarico di acque reflue industriali senza autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata), contravvenzione *ex art.* 256 (attività di gestione di rifiuti non autorizzata), contravvenzione *ex art.* 257 (inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee), contravvenzione *ex art.* 259 (traffico illecito di rifiuti);
 - contravvenzioni in materia edilizia previste dall'art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Sul tema della prova del dolo nei reati in questione, la giurisprudenza di legittimità ha percorso canali argomentativi opposti.

Il primo filone interpretativo si identifica nell'orientamento secondo cui, in luogo dell'effettiva rappresentazione e accettazione dell'evento delittuoso, ci si accontenta della volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata *tout court* quale "accettazione del rischio" di qualsivoglia sviluppo negativo, o del mancato attivarsi di fronte a riconoscibili segnali d'allarme, indipendentemente dal fatto che detti segnali siano stati effettivamente percepiti e correttamente valutati come segnali del possibile accadimento di un determinato reato.

In sostanza, dalla sussistenza di meri segnali d'allarme di possibili fatti pregiudizievoli *in itinere* viene presunta la rappresentazione dell'evento, e quindi l'accettazione del rischio del verificarsi dello stesso.

Sulla base di tale orientamento, ad esempio, la prova del dolo degli imputati è stata ricavata dalla "risonanza pubblica della vicenda": dal fatto che le difficoltà del gruppo

erano «di dominio pubblico e il loro inequivoco significato non poteva certo sfuggire soprattutto agli addetti della finanza, quali erano all'epoca dei fatti gli imputati».⁴⁵

Dunque, hanno sostenuto i giudici di primo grado, «si deve fondatamente ritenere che [...] tutti non potessero che essere consapevoli che la crisi era ormai irreversibile».⁴⁶

Di fronte all'impossibilità di provare il dolo, si presume indiscriminatamente in capo a tutti i componenti all'organo collegiale la conoscenza di segnali d'allarme di possibili fatti criminosi, quindi il dolo eventuale dei singoli amministratori.

La seconda impostazione, invece, di stampo marcatamente dottrinale, sottolinea come non sia ammissibile imputare a titolo di dolo eventuale un semplice difetto di conoscenza e di informazione o l'inosservanza dei doveri di controllo: in questo modo – si evidenzia – si legittimerebbero argomentazioni presuntive da tempo ripudiate;⁴⁷ si utilizzerebbero «mere presunzioni di consapevolezza di mala gestio dell'amministratore delegato»⁴⁸, si contrabbandano con l'etichetta del dolo condotte che eventualmente potrebbero assumere solo i connotati della colpa; si confonde, quindi, la conoscenza con la conoscibilità.⁴⁹

Orbene, proprio in tale ultimo filone si innesta una delle più note pronunce della giurisprudenza di legittimità sul tema, e cioè la sentenza con cui la Suprema Corte ha chiuso il procedimento penale instaurato a seguito della relazione ispettiva della Banca di Italia sul gruppo bancario “Bipop Carire” che segnalava, tra l'altro, l'omessa contabilizzazione nelle comunicazioni sociali di attività di gestione di patrimoni, assistite da garanzie anomale, molto rischiose per l'azienda di credito.⁵⁰

⁴⁵ Così, ad esempio, Trib. Milano, sez. II, 19 dicembre 2006, Soc. Itasette c. Gianzini, in *Società*, 2008, 333, con nota di SPORTA CAPUTI.

⁴⁶ Trib. Milano, sez. II, 19 dicembre 2006, cit.

⁴⁷ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, 3 ss.

⁴⁸ Così A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti di membri degli organi collegiali*, in *Studi di diritto penale societario*, 2010, 1157 ss. Sul punto v., in particolare, L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987; 1064; A. ALESSANDRI, *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, pp. 193-217.

⁴⁹ Oltre agli autori già richiamati, cfr. sul punto, F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, I, 109.

⁵⁰ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838. Oltre che con la nota di F. CENTONZE, *La Suprema Corte*, cit., 109 ss., la pronuncia è pubblicata in *Guida al dir.*, 2007, 71, con nota di R. BRICHETTI, *Un obbligo di garanzia “leggero” che pone numerosi interrogativi*, in *Dir. e prat. soc.* 2008, 60, con nota di L.D. CERQUA, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*.

La pronuncia richiamata, a prescindere dalle specifiche imputazioni addebitate, merita di essere posta in rilievo poiché con essa al Cassazione si è soffermata sulla responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione non delegati, facendo per la prima volta applicazione delle disposizioni del codice civile riformate nel 2003.

Secondo la Corte, oggetto del ricorso non erano le singole posizioni di ciascun membro, bensì il profilo astratto di interpretazione della norma giuridica, al fine di ricostruire la qualifica soggettiva dell'organo gestorio e i doveri su di esso incombenti.

Questa pronuncia è importante soprattutto per la chiarezza nell'analisi delle disposizioni concernenti la responsabilità civile dei membri dell'organo gestorio.

Se l'art. 40 cpv., c.p. consente di ritenere equivalenti l'omettere e il cagionare a condizione che esista un obbligo giuridico in tal senso, una sola è la disposizione su cui tale obbligo trova fondamento.

Si tratta della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2392 c.c., nella parte in cui prevede che *«in ogni caso gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»*.

La Corte ha chiarito che l'insorgere dell'obbligo è subordinato a una sola condizione: la conoscenza di fatti pregiudizievoli, con la precisazione che, trattandosi di concorso in delitti di natura dolosa, ciò che rileva è esclusivamente la conoscenza effettiva.

Il giudice di legittimità ha indugiato su questo punto, nella fondata preoccupazione di evitare indebite trasformazioni delle imputazioni dolose in altrettante – non previste – forme di responsabilità per colpa.

È chiarito che quanto si può o si deve conoscere ancora nulla dice di quanto effettivamente si conosce, ed è solo quest'ultimo profilo che consente di muovere un rimprovero penalmente rilevante nel caso, qui in esame, di fattispecie dolose.

Su un piano ancora differente la Suprema Corte ha collocato le disposizioni che individuano le azioni astrattamente esperibili dai soggetti deleganti al fine di impedire il compimento degli illeciti degli esecutivi.

È evidenziato che, affinché possa essere affermata la penale responsabilità di un soggetto per aver omesso un comportamento doveroso, è necessario dimostrare, oltre ogni

ragionevole dubbio, che l'azione omessa, alla luce di un giudizio controfattuale condotto *ex post*, avrebbe impedito l'evento di reato.

La Cassazione non si è soffermata su questo profilo, arrestando la propria analisi alla ritenuta insussistenza del dolo.

Al riguardo la Corte ha ritenuto non sufficiente la prospettazione accusatoria relativa all'astratta esistenza di segnali di pericolo o sintomi di patologia.

È stata, infatti, giudicata mancante la necessaria dimostrazione dell'effettiva conoscenza delle condotte illecite dei deleganti, nonché dell'esistenza di perspicui e peculiari segnali in relazione all'evento illecito.

La Suprema Corte ha vincolato il giudice a seguire tre passaggi:

- 1) la prova della presenza di specifici e chiari segnali d'allarme;
- 2) la dimostrazione che quei segnali d'allarme indicavano in modo inequivocabile che lo specifico evento criminoso, poi verificatosi, era in corso di realizzazione;
- 3) la verifica che il soggetto avesse effettivamente percepito e valutato tali segnali come rappresentativi degli illeciti *in itinere*.

È stato osservato da attenta dottrina come tali conclusioni si rivelino di grande importanza nei casi in cui la giurisprudenza pretenda di considerare indiziante, rispetto alla sussistenza del dolo, l'acritico affidamento degli organi di controllo all'attività dei gestori: la distrazione, la noncuranza o il mero disinteresse verso le vicende sociali, come anche la passiva adesione alle informazioni trasmesse dal vertice, rappresentano certamente condotte censurabili e rilevanti in sede civile, ma non assumono alcun rilievo penale finché il pubblico ministero non abbia adeguatamente provato la rappresentazione e la volontà dell'evento in tali termini.⁵¹

6.1. IL CASO "THYSSENKUPP": LE SEZIONI UNITE SUL DOLO EVENTUALE. – Il 15 aprile 2011 la Corte d'Assise di Torino riconosceva le responsabilità penali e civili della multinazionale tedesca ThyssenKrupp in relazione alla morte di sette operai, rimasti

⁵¹ Così F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, cit., 342.

coinvolti nell'incendio sviluppatosi il 7 dicembre 2007 all'interno degli stabilimenti torinesi.

I giudici di primo grado, in particolare, dichiaravano l'amministratore delegato dell'azienda – il tedesco Herald Espenhahn – colpevole di omicidio volontario, commesso con dolo eventuale, condannandolo alla pena di sedici anni e sei mesi di reclusione, mentre giudicavano altri cinque manager responsabili a titolo di omicidio colposo, infliggendo a quattro di loro la pena di tredici anni e sei mesi di reclusione, al quinto la pena di dieci anni e dieci mesi di reclusione.

La sentenza di primo grado esamina dettagliatamente l'incidente mortale verificatosi alla Thyssen, nonché le scelte aziendali, scaturite dalla gestione degli imputati, che avevano condotto alla sua verifica.

In particolare, la pronuncia mette in evidenza come, almeno a partire dalla metà del 2006, nelle acciaierie Thyssen di Torino le condizioni della sicurezza sul lavoro in generale, e della sicurezza antincendio in particolare, fossero affette da gravissime carenze strutturali e organizzative, come la mancanza del certificato di prevenzione incendi; la riduzione degli interventi di manutenzione e di pulizia sulle linee (con conseguenti perdite di olio dai tubi che cagionavano frequenti incendi di varie proporzioni); il mero affidamento alla “mano dell'uomo” delle operazioni di rilevazione e spegnimento incendi, senza, peraltro, dotare i lavoratori di indumenti ignifughi e di adeguata formazione, e al contempo riducendo progressivamente il numero dei dipendenti con le professionalità più qualificate.

Nel corso del giudizio di primo grado era emerso come tale situazione fosse il risultato di due precise scelte aziendali, portate avanti contemporaneamente dalla Thyssen: da un lato, la decisione di trasferire gli impianti torinesi presso il polo produttivo di Terni – e dunque di dedicare alla nuova sede tutti gli interventi di “fire prevention”, evitando così “inutili investimenti”; dall'altro lato, la scelta, improntata a logiche di profitto, di continuare il più a lungo possibile la produzione torinese, fino, cioè, alla definitiva chiusura dello stabilimento.

La sentenza illustra dettagliatamente in che modo “la decisione di non fare nulla” per la sicurezza dei lavoratori fosse stata la causa dell’incidente letale, concretizzatosi in un “flash fire”, ossia una nube incandescente provocata da un getto di liquido infiammato.

Il profilo di maggior interesse della sentenza di primo concerne, tuttavia, l’accertamento del dolo eventuale di incendio e omicidio in capo all’amministratore delegato di ThyssenKrupp Terni, con conseguente sua condanna ai sensi degli artt. 423 e 575 c.p.

I medesimi eventi lesivi – l’incendio e le morti che ne erano derivate – venivano rimproverati agli imputati sulla base di diversi coefficienti psicologici: colpa cosciente, per cinque di loro; dolo eventuale, per l’amministratore delegato Espenhahn.

Tale esito decisionale si fondava su una precisa ricostruzione teorica dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente, alla luce della quale la Corte d’Assise individuava gli elementi di fatto che consentivano di risalire all’atteggiamento psicologico degli imputati.

In punto di diritto, la “traccia” seguita dai giudici torinesi era costituita dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 10411/2011⁵², relativa a un caso di fuga spericolata sfociata in un incidente mortale. Di questa pronuncia la motivazione riporta un ampio stralcio.

Uno dei passaggi fondamentali che viene citato è proprio quello in cui la Cassazione individuava la differenza tra i due coefficienti psicologici in parola:

«[...] poiché la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, il criterio distintivo deve essere cercato sul piano della volizione. Mentre, infatti, nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata “accettata” psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente».

Tale distinzione – tracciata sulla falsariga della notissima “formula di Frank” – veniva ulteriormente precisata dalla Cassazione attraverso una puntuale descrizione dei contenuti psicologici che contrassegnano i due diversi elementi soggettivi: versa in colpa cosciente, secondo i giudici di legittimità, colui che, *«nel porre in essere la condotta nonostante la*

⁵² Cass. sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, Ignatiuc, in *Foro it.*, 2011, II, 533, con nota di F.P. Di FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione «rispolvera» la prima formula di Frank.*

rappresentazione dell'evento, ne abbia escluso la possibilità di realizzazione, non volendo né accettando il rischio che quel risultato si verifichi, nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori»⁵³.

I giudici torinesi, adottando una simile nozione di colpa cosciente, ritenevano che ben si attagliasse all'atteggiamento psicologico dei cinque imputati amministratori e dirigenti di ThyssenKrupp. Essi, infatti, avevano «*conoscenza piena e diretta della situazione di insicurezza, di abbandono e quindi di continuo rischio dello e nello stabilimento*», e la Corte sottolineava come senz'altro si trattasse di «*un quadro di conoscenza tale da prefigurare, da rappresentarsi, la concreta possibilità del verificarsi di un incendio e di un infortunio anche mortale [...] analogo a quello verificatosi*». Tuttavia – evidenziavano i giudici – è indubbio che «*gli imputati sperassero [...] che non capitasse nulla*», una speranza resa ragionevole – e come tale escludente il dolo eventuale – dalla loro «*posizione aziendale, completamente dipendente da Terni [...] sotto il profilo gerarchico così come sotto il profilo tecnico*». La sentenza di primo grado, in altre parole, riteneva che gli imputati confidassero nell'intervento di fattori esterni schermanti il rischio, nella specie, «*che le scelte e le decisioni dei dirigenti tecnici di Terni [...] in qualche modo evitassero il verificarsi dell'evento previsto*».

Di tutt'altro genere erano le considerazioni svolte dalla Corte d'Assise con riferimento al coefficiente psicologico dell'amministratore delegato.

Anche qui la motivazione prende le mosse dal ricordato arresto della Cassazione, laddove si afferma che «*nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro*».

Secondo i Giudici Supremi, l'iter psicologico che conduce all'accettazione del rischio si articola nei seguenti passaggi:

- l'autore del reato, anzitutto, «*si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso*»;

⁵³ *Ibid.* Per un recente contributo: F. PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. pen.*, 2016, IV, 1785.

- in secondo luogo, Espenhahn «*effettua in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quello altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi*»; il risultato è che «*l’obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente attrae l’evento collaterale, che viene dall’agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito*».

Sulla base di questo schema, la Corte d’Assise giungeva ad affermare la sussistenza del dolo eventuale in capo all’amministratore delegato.

Infatti – si legge nella motivazione – la «*scelta sciagurata di condurre una chiusura a scalare, continuando la produzione e contemporaneamente trasferendo via via gli impianti, fu compiuta in prima persona proprio da Espenhahn*». Fu lui a decidere, in altri termini, «*non solo il completo azzeramento degli investimenti previsti, degli interventi necessari [...]; ma l’altrettanto completo azzeramento delle condizioni minime di sicurezza indispensabili per lavorare su impianti come quelli dello stabilimento di Torino*».

Allo stesso tempo, la Corte d’Assise non dubitava che egli «*certamente [...] si fosse rappresentato la concreta possibilità, la probabilità del verificarsi di un incendio, di un infortunio anche mortale*», così cogliendo la correlazione tra le proprie scelte aziendali e il pericolo di eventi collaterali, lesivi della vita e dell’incolumità dei dipendenti.

Sulla scorta di tali premesse, i giudici concludevano che l’amministratore delegato avesse consapevolmente subordinato il bene della incolumità dei lavoratori a quello degli obiettivi economici aziendali, accettando così il rischio che il primo venisse irrimediabilmente sacrificato.⁵⁴

Il 28 febbraio 2013 si concludeva il processo di secondo grado a carico dei sei manager delle acciaierie ThyssenKrupp.

⁵⁴ Per una rappresentazione ed un commento più approfonditi della sentenza di primo grado sul c.d. caso “ThyssenKrupp” si rinvia alle considerazioni di M. MINNELLA, *D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp. Sulla responsabilità dell’ente per gli omicidi colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 dicembre 2011; P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 1, 142 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, *ibid.*, 152; D. PIVA, “*Tesi*” e “*antitesi*” sul dolo eventuale nel caso *ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. contemp.*, 1 maggio 2013.

La Corte d'Assise d'Appello nel complesso confermava l'impianto della pronuncia di primo grado, ma rovesciava la decisione dei giudici di prime cure circa la sussistenza del dolo eventuale in capo all'amministratore delegato Espenhahn.

La questione dell'elemento soggettivo dell'amministratore delegato ha rappresentato senz'altro uno degli aspetti più controversi dell'intera vicenda.

La tesi del dolo eventuale non ha retto al vaglio della Corte d'Appello, la quale, infatti, ha derubricato le imputazioni a carico dell'amministratore delegato nelle corrispondenti fattispecie colpose contro la persona e contro l'incolumità pubblica, applicando al contempo l'aggravante della previsione dell'evento *ex art. 61 n. 3 c.p.*

In questo modo la posizione di Espenhahn era completamente allineata a quella degli altri cinque imputati, accusati sin dal principio di omicidio colposo plurimo (art. 589 c.p.), incendio colposo (art. 449 c.p., in relazione all'art. 423 c.p.), entrambi commessi con colpa cosciente; nonché di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, aggravata dalla verifica di entrambi gli eventi di disastro e infortunio (art. 437 commi 1 e 2 c.p.).

A tutti gli imputati era, dunque, riconosciuto l'elemento soggettivo della colpa cosciente: ciò in quanto alla sistematica e strutturale violazione delle norme cautelari si accompagnava l'effettiva previsione della possibilità che all'interno degli stabilimenti torinesi si verificassero eventi del tipo di quello poi in concreto verificatosi.

A sostegno di tale conclusione, la motivazione della sentenza offre un articolato elenco di specifiche notizie che, avendo raggiunto i singoli imputati in precise e singolarmente individuate occasioni, contribuirono a costituire in capo a ciascuno di essi un effettivo patrimonio conoscitivo comprensivo di tutti i fattori che concretamente determinarono la verifica dell'incendio mortale.

Queste notizie, infatti, non solo descrivevano nel dettaglio il rischio incendi correlato al ciclo produttivo dell'acciaio e il rischio di "flash fire", ossia di fenomeni aventi le stesse identiche caratteristiche di quello verificatosi negli stabilimenti torinesi, ma esse si accompagnavano, durante il periodo di gestione degli imputati, alle notizie dei frequentissimi piccoli incendi nello stabilimento torinese, fino a quel momento domati dall'intervento degli operai muniti di estintori.

Pur possedendo tali informazioni, gli imputati non si preoccuparono di dotare gli impianti di sistemi di spegnimento automatico degli incendi, e al contempo diedero espressamente istruzione agli operai affinché fossero loro stessi ad intervenire con gli estintori manuali. Questi dati consentivano di affermare che la concatenazione di eventi concretamente verificatisi – fiamme, “flash fire”, morte degli operai – risultasse pacificamente ricompresa nel patrimonio di informazioni che gli imputati effettivamente possedevano.

La previsione degli eventi, tuttavia, secondo i giudici di appello, si accompagnava alla ragionevole convinzione che alla fine nulla sarebbe accaduto; convinzione il cui accertamento in capo a tutti gli imputati consentiva ai giudici di escludere la sussistenza del dolo eventuale.

Quest’ultimo – osservava, infatti, la Corte – si caratterizzerebbe per la necessaria compresenza di entrambi gli elementi costitutivi del dolo *ex* art. 43 c.p., cioè la rappresentazione e la volizione del fatto tipico: il primo si riscontra negli stessi termini anche in capo a chi agisce con colpa aggravata dalla previsione dell’evento; mentre il secondo, costituendo un requisito del dolo ed al contempo un elemento negativo della colpa, segna necessariamente lo spartiacque tra i due istituti.

I giudici di primo grado, pur accomunando la posizione di tutti gli imputati sotto il profilo della previsione degli eventi assistita dalla speranza che non si verificassero, avevano differenziato la posizione dei dirigenti da quella dell’amministratore delegato Espenhahn, facendo leva sulla tipologia di speranza nutrita (“ragionevole” – per i dirigenti – perché fondata sulla convinzione che l’intervento dei superiori gerarchici avrebbe in qualche modo scongiurato i rischi; “irragionevole” per Espenhahn, essendo egli il più alto soggetto in carica responsabile di quella linea di produzione), ritenendo dimostrata l’accettazione del rischio soltanto in capo al soggetto apicale.

Diametralmente opposta è la posizione adottata dai giudici d’appello. Anzitutto perché, nella motivazione della sentenza, la ragionevolezza della speranza nutrita dall’agente entra in gioco – non già come *il* criterio, ma – come *uno* dei criteri utili a dirimere i confini tra dolo eventuale e colpa cosciente.

In secondo luogo, perché la Corte di Appello riteneva ragionevole la convinzione di tutti gli imputati, compreso l’amministratore delegato, in ordine al fatto che gli eventi non si

sarebbero verificati: ciò in quanto la realtà quotidiana dello stabilimento torinese era costellata di piccoli incendi che i lavoratori riuscivano sistematicamente a domare attraverso gli estintori a loro disposizione: *«Ovviamente, questo confidare era intriso di enorme imprudenza [...]. Ma, appunto, gli imputati tutti agirono con imprudenza che è una forma di colpa»*.

Con particolare con riferimento alla posizione dell'amministrazione delegato, la Corte giungeva a definirne l'elemento soggettivo, valorizzando una serie di risultanze di fatto emerse dall'istruttoria in chiave di esclusione di quella componente volitiva che marca il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Così si esprimevano i giudici di appello: *«La nozione di dolo eventuale, inesistente nel nostro codice, è frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale e dottrinarica che ha interpretato estensivamente l'art. 43 c.p.»*, ritenendo responsabile del delitto doloso *«non solo chi dirige intenzionalmente la propria condotta alla produzione dell'evento ma anche chi accetta consapevolmente il rischio che esso si verifichi come conseguenza del proprio comportamento, e ciò persino se tale evento non sia da lui desiderato o risulti indifferente rispetto ai suoi interessi»*. In quanto forma di manifestazione del dolo, anche quello meramente eventuale deve necessariamente comporsi di entrambi i requisiti essenziali indicati dall'art. 43 c.p., ossia la previsione dell'evento e la sua volizione.

Sul piano della previsione, sussiste il dolo eventuale allorché l'agente *«si rappresenta l'evento [...] come non certo ma possibile, con gradi progressivi di possibilità da quella minima a quella significativamente concreta e probabile (ma mai certa)»*.

La volizione, consisterebbe, invece, secondo l'Assise d'Appello, in *«una deliberazione con la quale l'agente, consapevolmente sceglie fra agire, accettando l'eventualità di commettere l'azione vietata, e il non agire»*.

Per verificare se effettivamente l'agente avesse compiuto tale scelta, si riteneva necessario procedere secondo le indicazioni rinvenibili in alcune recenti sentenze di legittimità, ovvero *«tener conto di tutti gli elementi specifici e di contesto della particolare vicenda sottoposta a giudizio per ricostruire ciò che avrebbe deciso l'agente ove – diversamente dal reale – si fosse prefigurata come certa la verifica dell'evento»*. Soltanto questa verifica ipotetica avrebbe permesso *«di dimostrare un'aliquota volitiva effettiva in capo all'agente: in effetti, potrà dirsi che egli abbia compiutamente accettato la verifica dell'evento soltanto nella misura in cui la sua rappresentazione come certo non lo avrebbe trattenuto dall'agire. Di qui l'utilizzo,*

appropriato, di formule descrittive del dolo eventuale come dell'elemento psicologico di chi agisce anche a costo di determinare l'evento.

La sentenza di appello si soffermava, quindi, sugli "indici rivelatori" del dolo eventuale; gli indici, cioè, che consentono di effettuare la descritta verifica ipotetica, attingendo alla casistica relativa ai reati contro l'incolumità fisica e quella riguardante la circolazione stradale. Ebbene, mentre nella prima classe di reati la *voluntas* dell'agente emerge il più delle volte dalle sue stesse condotte, nel caso dei reati alla circolazione stradale accade di frequente che possa essere valorizzato l'obiettivo perseguito dall'agente (ad esempio, sfuggire a un inseguimento da parte delle forze dell'ordine).

A quest'ultimo proposito, la sentenza evidenziava come l'accettazione dell'evento che contraddistingue il dolo eventuale potesse sostanziarsi nella *«deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro»*. Ciò accade, in particolare, *«quando l'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quelli altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi. L'obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente attrae l'evento collaterale, che viene dall'agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito»*.

Proprio la corretta valorizzazione degli obiettivi perseguiti dall'amministratore delegato della Thyssen, in correlazione con i danni che si sarebbero potuti prevedibilmente verificare in caso di incendio, consentiva ai giudici d'appello di escludere che egli potesse aver agito sotto la spinta del dolo eventuale. Gli obiettivi perseguiti da Espenhahn avevano contenuto economico e si concretizzavano precipuamente nel risparmio dei costi sulla sicurezza e nell'intento di continuare ad utilizzare gli impianti torinesi una volta trasferiti a Terni.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici di appello concludevano nel senso che, *«accettando il verificarsi degli eventi, Espenhahn non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente. Qui non si tratta dunque di un caso in cui l'evento previsto è raffigurato come un prezzo da pagare per il raggiungimento*

dell'obiettivo, bensì di una vicenda in cui la verifica dell'evento diventa la negazione dell'obiettivo perseguito».

In sostanza, se l'amministratore delegato si fosse rappresentato l'evento con certezza, ciò l'avrebbe trattenuto – ad avviso dei giudici d'appello – dal portare avanti le proprie scellerate politiche aziendali.

La verifica ipotetica consentiva di escludere la sussistenza dell'elemento volitivo del dolo eventuale, senza però che ciò scalfisse in alcun modo la convinzione dei giudici che Espenhahn si fosse effettivamente rappresentato la possibile verifica dell'evento, confidando nel fatto che esso non si sarebbe verificato. Un confidare certamente imprudente, tuttavia reso ragionevole dall'osservazione della realtà quotidiana dello stabilimento, all'interno del quale i lavoratori riuscivano sempre a controllare i focolai che molto spesso si formavano.⁵⁵

Successivamente la Corte di Cassazione assegnava alle Sezioni Unite penali i ricorsi presentati avverso la sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Torino.

Alle Sezioni Unite veniva chiesto di individuare l'esatta linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, in merito alla quale, in passato, la Cassazione si era espressa con pronunce che si muovevano su opzioni interpretative se non divergenti quanto meno sensibilmente differenti.

La trattazione dei ricorsi veniva fissata per l'udienza del 24 aprile 2014, all'esito della quale le Sezioni Unite pronunciavano sentenza di annullamento parziale della pronuncia impugnata, disponendo la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte d'Assise d'Appello di Torino per la rideterminazione delle pene inflitte, confermando nel resto la sentenza d'appello.⁵⁶

⁵⁵ Per un commento esaustivo sui passaggi fondamentali in cui si articola la sentenza d'appello si rinvia a R. BARTOLI, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp. Osservazioni su C. Ass. App. di Torino, 28 febbraio 2013 (dep. 23 maggio 2013), Espenhahn e altri*, in *Dir. pen. contemp.*; nonché al contributo di G. DI BIASE, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni di dolo eventuale?*, in *Dir. pen. contemp.*; F. D'ALESSANDRO, *Le problematiche frontiere del dolo eventuale: spunti di riflessione alla luce del caso Thyssen*, in *Questione giustizia*, 2013, n. 4, 91 ss.

⁵⁶ In tale frangente v. A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 aprile 2014.

Mossi dall'esplicito intento di «*rivisitare funditus il tema del confine tra dolo e colpa*», i giudici di legittimità innanzitutto si sono impegnati in una approfondita disamina attorno alla definizione legislativa del dolo, alle questioni generali, alla sua struttura, alle teorie della rappresentazione e della volizione nonché, infine, alle categorie del dolo intenzionale e del dolo diretto.

Da ciò i giudici hanno tratto la prima precisazione secondo cui «*il dolo implica atteggiamenti interni, processi psicologici che, tuttavia, non possono essere meramente potenziali, ma devono effettivamente svolgersi nella psiche del soggetto, devono cioè essere reali*». E ancora più significativamente, hanno precisato che «*se un individuo è convinto, anche nel modo più alogico e colpevole, magari per superstizione, di non cagionare l'evento [...], manca in realtà l'elemento rappresentativo e il dolo dev'essere escluso*», anche quando questo evento appaia «*certamente legato alla sua condotta*».

Fatte queste premesse, i giudici hanno passato in rassegna le principali tesi emerse nell'elaborazione teorica e nella prassi in relazione al delicato problema della definizione del dolo eventuale, e della sua distinzione dalla figura della colpa cosciente o con previsione, raggruppando le varie tesi dottrinali e giurisprudenziali attorno a due poli contrapposti: un primo filone, in cui nella definizione del dolo eventuale è attribuito maggior peso al momento della rappresentazione; e un diverso orientamento, che assegna maggiore spazio alla concreta indagine sull'atteggiamento psichico dell'agente, sulla componente volitiva.⁵⁷

⁵⁷ In termini estremamente succinti, possiamo distinguere due filoni teorici fondamentali riguardo l'individuazione del confine inferiore del dolo eventuale.

Al primo, sottolineante il ruolo del momento intellettuale, possiamo ricondurre, nella sola dottrina italiana, fra le altre, la teoria della previsione negativa dell'evento (M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, 212-222; ID., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 790 ss.; ulteriori e più recenti contributi dello stesso, del medesimo segno: ID., *Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*, 2, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 116 ss.; ID., *Ratio e struttura nel dolo eventuale*, in *Crit. dir.*, 1999, 4, 411 ss.; ID., *Accettazione del rischio: tra perché e come*, in *Crit. Dir.*, 2007, 3/4, 250-253); la teoria della colpa cosciente come errore sul nesso causale (G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1, 113 ss.; più recentemente ID., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1317 ss.; ID., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e «colpa grave» alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 5013 ss.; ID., *Diritto penale. I fondamenti*, 2ª ed., Torino, 2011, 402-405; ID., *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 5, 1974 ss.; in tali ultimi scritti è costante il riferimento all'autorevole posizione di C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 4, 1265 ss.); la teoria della previsione in concreto o in astratto dell'evento (sulla quale si è assestato un filone giurisprudenziale minoritario ed in parte convergente con quello, maggioritario, facente

Secondo la Suprema Corte, tuttavia, proprio l'approccio volontaristico è quello prediletto dalla giurisprudenza, la quale «ben oltre qualsiasi disquisizione teoretica [...] si dedica con grande attenzione alla lettura dei dettagli fattuali che possono orientare alla lettura del moto interiore che sorregge la condotta».

Così emerge il dato «sicuramente decisivo per discernere tra dolo e colpa: l'essere o non essere della volontà», la quale, pur se «non sappiamo esattamente cosa sia», è indicata dalla comune esperienza come «pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione».

Tale processo, che si conclama nel dolo intenzionale e nel dolo diretto, è, invece, difficilmente ricostruibile nel dolo eventuale. Tuttavia, anche in relazione al dolo eventuale, si «richiede di definire l'atteggiamento psichico [...] che possa essere considerato equivalente della volontà [...] entro un unitario nucleo di senso capace di conservare a ciascuna delle configurazioni del dolo un analogo concetto di volontà».

Nella ricerca della componente volitiva del dolo eventuale assume rilievo centrale la presa di coscienza della radicale diversità tra le forme di colpevolezza dolosa e colposa: «le due

capo all'accettazione del rischio, vedasi comunque infra il prosieguo del testo; in dottrina, cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 8° ed., Milano, 2006, 200-201).

Il secondo gruppo di posizioni dottrinali fa invece leva sul concetto di volontà, chiedendo un *quid pluris* – appunto – volontaristico, rispetto al mero profilo intellettuale. Nella sola dottrina italiana, possiamo richiamare la prima formula di Frank (sostenuta da: L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, già Brescia, 1993; ID., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1089 ss.; ID., La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II, 980 ss.; ID., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 118 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7a ed., Milano, 2000, 279 ss.; ID., *Il reato*, IN C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di Diritto Penale*, II, Milano, 2007, 97 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4a ed., Torino, 2011, 317-319; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4° ed., Torino, 2011, 318; non del tutto adesivo G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, II, nuova edizione a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari, 2004, 123-124; recentemente anche F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in *Il Libro dell'anno del Diritto Treccani 2013*, Roma, 2013, 123-125; v. più approfonditamente infra); il criterio dell'accettazione del rischio (seguito dalla giurisprudenza fino ad oggi dominante, più in dettaglio v. infra; in dottrina, pur con varianti risolventesi nei più nell'utilizzo della formula psicologicamente più pregnante dell'accettazione dell'evento, aderiscono: C.F. GROSSO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 8; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8a ed., Padova, 2013, 315; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed. agg., Bologna, 2008, 363-365; G. FIANDACA, voce *Dolo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2040-2041; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4a ed., Milano, 2012, 299-300; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16a ed. (a cura di L. CONTI), Milano, 2003, 353-354; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Milano, 2004, 443, il quale assomma i due criteri dell'accettazione del rischio e della rappresentazione in concreto); la teoria del bilanciamento (S. PROSDOMICI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 24-42; ID., voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 235 ss.).

figure, il dolo eventuale e la colpa cosciente, appartengono a due distinti universi» e dalla loro radicale diversità possono essere tratti «gli elementi che le caratterizzano e le distinguono [...]: la struttura della previsione [...]; [...] l'evento; [...] lo scenario dell'agire umano; [...] l'animus».

Mentre la previsione che caratterizza il dolo eventuale richiede «che l'evento oggetto della rappresentazione appartenga al mondo del reale», che «costituisca una prospettiva sufficientemente concreta», come pure che «sia caratterizzato da un apprezzabile livello di probabilità», la situazione di concreta previsione dell'esito antiguridico che caratterizza la colpa cosciente è molto diversa, consistendo nel fatto che «la verifica dell'illecito da prospettiva teorica diviene evenienza concretamente presente nella mente dell'agente», pur senza confondersi con la mera prevedibilità dell'evento.

Nella colpa cosciente, in definitiva, la previsione assume forma «vaga ed alquanto sfumata», essendo sufficiente che l'evento rappresentato «esprima la concretizzazione del rischio cautelato dalla norma prevenzionistica»; nel dolo eventuale, invece, l'evento «deve essere oggetto, di chiara, lucida, rappresentazione».

Proprio la comprensione della differenza sussistente, anche a livello rappresentativo, tra dolo eventuale e colpa cosciente aiuta, secondo la Suprema Corte, a spiegare le molteplici ragioni critiche che impongono di rigettare la teoria «che individua nella colpa cosciente una previsione seguita da una controprevisione, cioè da una previsione negativa circa la verifica dell'evento» e il dolo eventuale, per conseguenza, «un dubbio irrisolto».

La tesi secondo cui la mera decisione di agire in presenza di un dubbio circa la verifica dell'evento è sufficiente per la configurazione del dolo eventuale, finirebbe per svuotare tale imputazione di ogni reale contenuto volitivo, allontanandola in modo inaccettabile dalla categoria di dolo come atto di volontà.

Per la condanna a titolo di dolo eventuale, oltre alla previsione dell'evento nei termini più sopra descritti, s'impone l'accertamento di «una presa di posizione volontaristica», di un «atteggiamento psichico che indichi una qualche adesione all'evento per il caso che esso si verifichi quale conseguenza non voluta della propria condotta». Occorrerà, insomma, «comprendere se l'agente [...], dopo avere tutto soppesato, dopo avere considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia

*consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa», esprimendo così «una scelta razionale», il più possibile «assimilabile alla volontà».*⁵⁸

I giudici di legittimità hanno affermato che la sentenza d'appello tratteggiava in modo del tutto corretto gli elementi caratterizzanti il dolo eventuale e hanno condiviso la negazione

⁵⁸ I giudici affrontano anche il tema della prova del dolo eventuale, elencando alcuni indizi o indicatori – parte di un “catalogo aperto” – che dovrebbero guidare l'organo giudicante nell'accertamento della figura di colpevolezza in esame.

- Un primo indicatore è costituito *«dalla condotta che caratterizza l'illecito»*, che possiede *«determinante rilievo negli illeciti di sangue»*. In particolare, si tratta delle *«caratteristiche dell'arma»*, della *«ripetizione dei colpi»*, delle *«parti prese di mira e di quelle colpite»*.

- Un secondo indicatore è *«la lontananza della condotta standard»*, che rileva *«negli ambiti governati da discipline cautelari»*, come, ad esempio, *«il contesto della circolazione stradale»*. In questi ambiti, secondo la Corte di Cassazione, *«quanto più grave ed estrema è la colpa tanto più si apre la strada ad una cauta considerazione della prospettiva dolosa»*.

- Assumono importanza, poi, *«la storia e le precedenti esperienze»* dell'agente, le quali *«indiziano la [...] consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivare dalla condotta; e la conseguente accettazione dell'evento»* sempreché tuttavia – prosegue la Corte – le precedenti esperienze non abbiano indotto l'agente a confidare nel fatto che *«l'abilità acquisita lo aiuterà in eventuali contingenze critiche»*, dovendo in questo caso propendersi per la sussistenza della colpa (cosciente).

- Quarto indicatore della sussistenza del dolo eventuale: la *«personalità»* dell'agente, *«la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto in cui sono maturati i fatti»*, che hanno *«un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo»*.

- Quinto indicatore è *«la durata e la ripetizione della condotta»*, nel senso che *«una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata»* apre la strada ad un'imputazione a titolo di dolo eventuale, mentre invece *«un comportamento repentino, impulsivo»* accredita l'ipotesi della colpa cosciente.

Non minore rilevanza viene assegnata, poi, alla *«condotta successiva al fatto»*.

- Altro indicatore è costituito dalla *«probabilità di verifica dell'evento»*: tanto più alta la percezione dell'agente della probabilità di verifica dell'evento, quanto più il giudice può scorgere *«i segni di un atteggiamento riconducibile alla sfera del volere»*.

- L'ottavo indicatore si rivela poi nel *«contesto lecito o illecito»* in cui si è svolto il fatto, nel senso che, ad opinione dei giudici di legittimità, *«una situazione illecita di base indizia più gravemente il dolo»*, perché mostra come l'agente si sia collocato *«in uno stato di radicale antagonismo rispetto all'imperativo della legge»*.

- Nono indicatore: *«il fine della condotta, la sua motivazione di fondo»*; la valutazione relativa alla *«congruenza del prezzo connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»*.

- Altro indicatore poi è individuato nelle *«conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento»*. La probabilità della loro verifica, infatti, spinge per la configurazione della sola colpa, in particolare nell'ambito della *«infortunistica stradale»*.

- Sempre nel medesimo solco, sembra poi collocarsi l'undicesimo indicatore, che si identifica nei *«tratti di scelta razionale che sottendono la condotta»*.

- Infine, l'indicatore più importante: la prima formula di Frank. Tale formula dovrà essere utilizzata ogniqualvolta il giudice sia in possesso di informazioni che *«consentano di esperire il controfattuale e di rispondere con sicurezza alla domanda su ciò che l'agente avrebbe fatto se avesse conseguito la previsione della sicura verifica dell'evento collaterale»*, e non potrà che condurre inevitabilmente alla negazione della sussistenza del dolo eventuale in tutti i casi in cui la risposta dovesse essere nel senso che l'agente, se avesse conseguito tale previsione, non avrebbe agito. Ma tale accertamento avrà carattere sostanzialmente risolutivo soltanto nei casi in cui la verifica imposta dalla formula di Frank possa esperirsi in maniera affidabile e concludente: in generale, infatti – ammonisce la Suprema Corte – l'accertamento del dolo eventuale deve avvalersi di tutti gli indicatori alternativi poc'anzi menzionati.

del dolo nella vicenda in esame, individuando due ulteriori «*errori logici*» in cui sarebbe incorsa la sentenza di primo grado.

In primo luogo, la Suprema Corte ha rilevato la contraddittorietà tra la descrizione della figura di un professionista – l'amministratore delegato imputato – dotato di elevate qualità professionali e il bieco calcolo di risparmio di risorse che il medesimo, nella lettura dei giudici di prime cure, avrebbe compiuto.

Proprio la considerazione della personalità dell'imputato, infatti, in un contesto in cui la "casa madre" aveva avviato una decisa campagna di lotta senza quartiere al fuoco, indurrebbe a ritenere che lo stesso non avesse scientemente disatteso tale forte indicazione di politica aziendale accedendo alla prospettiva di generare incendi del tipo di quello verificatosi a Torino.

In secondo luogo, la sentenza di primo grado avrebbe svalutato la circostanza che lo stabilimento di Torino «*veniva tirato a lucido ad iniziativa del direttore*», e che tale accorgimento avesse indotto «*l'amministratore ad una percezione inesatta della reale situazione*»; in altri termini, l'imputato avrebbe basato le proprie scelte sul «*gravemente erroneo [...] convincimento che le condizioni dell'impianto fossero tali che i piccoli ricorrenti focolai potessero essere governati, come al solito, dall'intervento degli operatori*».

Dall'insieme di queste considerazioni, le Sezioni Unite hanno concluso nel senso di «*collocare la vicenda nella sua sede naturale: quella della colpa cosciente*».

Nulla da aggiungere, poi, in relazione alla posizione degli altri imputati, ai quali pure «*erano ben noti i numerosi indizi che rendevano altamente prevedibile lo specifico rischio di flash fire*»; astratta prevedibilità a cui «*si accompagnava la concreta previsione dell'evento*», giustificando l'applicazione, anche nei loro confronti, dell'aggravante della colpa cosciente.⁵⁹

In riferimento a tale pronuncia, è stato sostenuto come nell'articolata trattazione emerga con chiarezza una lettura del dolo eventuale marcatamente volontaristica.⁶⁰

⁵⁹ Sul punto, ancora, A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 novembre 2014.

⁶⁰ Così, A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2015, nonché R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 11, 2566 ss., spec. 2572.

In sostanza, secondo le Sezioni Unite, il dolo è volontà, sebbene sia un dato di fatto che *«noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà»*.

Di fronte a tale difficoltà conoscitiva, tuttavia, un giudice non può replicare con un *non liquet*, e sarà dunque costretto a fare ricorso alla *«comune esperienza interiore»*, che *«ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà»*.

Se nel dolo intenzionale l'evento di reato è lo scopo stesso dell'azione, e nel dolo diretto esso si pone come collaterale certo del fine perseguito – pur non direttamente voluto, ma come tale senza dubbio accettato – nel dolo eventuale esso costituisce conseguenza accessoria eventuale ed incerta, ma indubbiamente ancora inseribile nel fuoco dell'intenzionalità primaria dell'agente.

Non si potrebbe dunque propriamente parlare, rispetto a tale evento collaterale, di volontà, giacché esso non è direttamente voluto; tuttavia si potrebbe affermare che esso sia sorretto da un qualcosa *«considerato equivalente della volontà, ad essa assimilabile»*: un dolo eventuale letto, dunque, secondo *«un analogo concetto di volontà»*.

Questo *quid pluris* simile alla volontà, capace di distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente, dovrà soddisfare due opposti requisiti: da un lato, le esigenze di garanzia, per cui esso deve avere un contenuto quanto più possibile chiaro e tangibile, per non risolversi in un mero esercizio speculativo privo di efficacia precettiva, non limitando così adeguatamente l'area della punibilità dolosa; dall'altro, le esigenze repressive di determinati comportamenti, cioè adesivi alla prospettiva di una possibile lesione di un bene giuridico, con costanza storica ritenuti peculiarmente riprovevoli e meritevoli di adeguata sanzione.

In conclusione, per le Sezioni Unite ciò che conta è che *«nella scelta di azione sia ravvisabile una consapevole presa di posizione di adesione all'evento, che consenta di scorgervi un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà»*.

È stato anche osservato come la novità di maggior rilievo della sentenza Thyssen sia la presa di coscienza del difetto che ha afflitto il dibattito sul tema: l'eccessivo astrattismo

per il quale ci si illudeva che fosse possibile trovare uno strumento meramente concettuale capace di partire il dolo eventuale dalla colpa cosciente.⁶¹

Più specificamente, tale errore metodologico sarebbe consistito nello scindere il momento teorico da quello applicativo-probatorio, concentrandosi solo sul primo e tralasciando il secondo, non ravvisando, così, che in tema di elemento psicologico tali due momenti risultano indissolubilmente compenetrati l'uno all'altro.⁶²

Al di là delle questioni stampo teorico-dogmatico, ciò che impressiona è che la questione concreta relativa alla riconducibilità della condotta dell'amministratore delegato della Thyssen sotto l'egida del dolo o della colpa sia "liquidata" in due sole pagine.

La Cassazione non ha attribuito tanto al giudice di primo grado l'aver errato formula definitoria utilizzata, ma fa presenti alcuni errori nella valutazione del quadro indiziario, derivati dall'interpretazione errata che la Corte di Assise torinese avrebbe dato di alcuni indicatori.

La prima critica avanzata è riferita al fatto che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente distinto le posizioni di Espenhahn e degli altri imputati. Essi, infatti, «erano i protagonisti attivi del medesimo processo decisionale e vi contribuirono, ciascuno secondo il proprio ruolo e le proprie prerogative», e quindi sarebbe «artificiosa [...] la distinzione tra speranza ragionevole ed irragionevole».

Più specificamente, la Cassazione ha ritenuto sussistente, in capo a tutti, un profilo di speranza favorevole, indicatore atto a suggerire un elemento psicologico colposo. Tale profilo sarebbe, peraltro, corroborato da un fattore ulteriore, valorizzato per la prima

⁶¹ Così A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., 19.

⁶² In tal senso R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, cit., 2572-2573. Invero, molti Autori già sostengono che le difficoltà applicative del dolo – ed in particolare di quello eventuale – siano intimamente legate alla questione dell'accertamento. In tal senso, per tutti, cfr. F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 463 ss.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di prova del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale, 29 ss.; G. RUGGIERO, *Sull'accertamento del dolo. Note e spunti di diritto comparato*, in S. VINCIGUERRA – F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 876-877; E. MAZZANTINI, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 10, 1143 ss.; G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1/2, 377, secondo cui «i problemi probatori decidono della stessa sopravvivenza del dolo, come forma di colpevolezza distinta dalla colpa»; G. DE FRANCESCO, *Una categoria di frontiera*, cit., 1319, per cui «il problema del dolo eventuale non può essere risolto [...] limitandosi ad operazioni concepite esclusivamente "a tavolino"». Di «intreccio che avviluppa struttura e oggetto (piano sostanziale) con l'accertamento (piano processuale)» parla G.P. DEMURO, *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, cit., 1460; similmente, ID., *Il dolo*, II, cit., 1-2; G. FIANDACA, voce *Dolo*, cit., 2034.

volta proprio in sede di legittimità: il fatto che, prima di ogni visita di Espenhahn allo stabilimento di Torino, lo stesso venisse “tirato a lucido” ad iniziativa del direttore Salerno, falsando così la percezione dello stato concreto delle cose in capo all’amministratore delegato, che certamente aveva ulteriori fonti di conoscenza indiretta, ma che non dovesse sottovalutarsi l’apprezzamento derivante dalla diretta osservazione dei luoghi.

In tutta coerenza con l’impostazione generale che la Cassazione ha accolto, non si è mancato di ribadire come *«il giudizio sul dolo eventuale non può basarsi su un isolato indicatore (la speranza, ragionevole o irragionevole che sia), ma deve tentare la coerente lettura di tutte le acquisizioni pertinenti»*.

È proprio l’aver basato la distinzione delle posizioni degli imputati sul solo profilo della speranza ad aver indotto la Suprema Corte ad affermare che la sentenza di primo grado avesse accolto il criterio dell’accettazione del rischio, giacché il secondo termine dell’endiadi che contraddistingue quest’ultimo fonda la colpa cosciente proprio sulla sussistenza di una ragionevole speranza, contrapposta all’accettazione del rischio stessa.

Un secondo profilo sul quale la Corte di legittimità si è concentrata è quello relativo alla valutazione combinata dei due indicatori dei motivi a delinquere e della personalità dell’amministratore delegato. Il movente era individuato dal giudice di primo grado nel bieco calcolo di risparmio di risorse.

La Cassazione ha ribaltato *in toto* tale ragionamento, statuendo che non vi erano elementi probatori concreti per sostenere un movente di profitto aziendale, anzi la *holding* aveva avviato una *«decisa campagna di lotta senza quartiere al fuoco»*: Espenhahn, viste anche le sue competenze personali, non avrebbe avuto motivo di disattendere scientemente gli indirizzi dettati dalla proprietà centrale in Germania.

Capitolo 2

Esame della giurisprudenza

1. CASI DI CONCORSO OMISSIVO DELL'AMMINISTRATORE PRIVO DI DELEGHE.

1.1. CASS., SEZ. V, 22 LUGLIO 2014 (UD. 7 MARZO 2014), N. 32352 – IMP. TANZI, PRES. FERRUA, REL. OLDI E DE MARZO (FALLIMENTO “PARMALAT”). – Con questa sentenza la Cassazione ha confermato le condanne pronunciate in primo e secondo grado nei confronti degli amministratori non esecutivi di Parmalat Finanziaria S.p.A. e Parmalat S.p.A. per i molteplici reati di bancarotta connessi al fallimento del colosso industriale Parmalat, della sua capogruppo finanziaria e di numerose società del gruppo.

Il Tribunale di Parma aveva condannato i cinque amministratori non esecutivi di Parmalat Finanziaria S.p.A. con pene da un anno e sei mesi a sei anni di reclusione, nonché un amministratore non esecutivo di Parmalat S.p.A. alla pena di quattro anni di reclusione.

La Corte di Appello di Bologna aveva in larghissima parte confermato le responsabilità e i relativi trattamenti sanzionatori, riducendo lievemente la pena per tre di essi e dichiarando prescritti i reati contestati al consigliere non esecutivo di Parmalat S.p.A.

La Suprema Corte ha rigettato i ricorsi presentati da tutti gli amministratori non operativi, limitandosi a dichiarare estinto per prescrizione il reato associativo, e di conseguenza

riducendo a cinque anni e sei mesi la condanna nei confronti di un consigliere di Parmalat Finanziaria S.p.A.

Nell'ambito della vicenda in esame, le osservazioni più interessanti in tema di responsabilità per concorso omissivo sono contenute nelle sentenze di merito, ove, tra l'altro, sono dettagliatamente ricostruiti i segnali perspicui e peculiari di operazioni anomale che gli amministratori avevano percepito. Il "caso Parmalat" è oggetto di specifico approfondimento nel capitolo successivo, al quale si rinvia per i contenuti delle sentenze di merito.

È inoltre interessante evidenziare che per due consiglieri non esecutivi la Cassazione ha confermato una loro responsabilità concorsuale colposa nel delitto doloso. Anche per questo particolare profilo, si rimanda alla lettura del capitolo terzo.

La Suprema Corte, invece, in punto di responsabilità omissiva dei consiglieri privi di delega, ha innanzitutto richiamato i principi affermati nella sentenza "Amato" del 2007 (caso "Bipop Carire", Cass. n. 23838/2007), ritenendo di poterla condensare nei seguenti termini: *«In definitiva, volendo sintetizzare il senso complessivo della motivazione, i **segnali perspicui e peculiari di operazioni anomale** devono tradursi in **indizi gravi, precisi e concordanti della conoscenza da parte dell'amministratore non esecutivo della probabile realizzazione di eventi pregiudizievoli** e impongono sia l'attivazione delle necessarie e **non predeterminate fonti conoscitive** richieste dall'ordinamento – e, infatti, la cit. sentenza n. 23838 del 2007 aggiunge significativamente che esse non possono ragionevolmente ridursi all'informazione resa in seno al consiglio di amministratore o al solo ambito societario **non potendo l'affidamento spingersi, come s'è detto, sino alla cieca rinuncia delle personali facoltà critiche o del corredo di competenze professionali**, sia l'adozione di tutte le iniziative, rientranti nelle attribuzioni degli stessi, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati».*

Dopo avere ripercorso i contributi interpretativi forniti anche dalle successive pronunce "Mazzotta" (Cass. n. 43101/2007), "Ballatori" (Cass. n. 3708/2012), "Bossio" (Cass. n. 36595/2009), "Berlucchi" (Cass. n. 2300/2013), la Cassazione ha ribadito i seguenti principi:

- Non è sufficiente la rappresentazione della mera possibilità dell'evento (risultando questa sempre configurabile nella prospettazione delle cose future); occorre, invece, una qualche misura di probabilità dell'evenienza e che questa venga rappresentata dall'autore dell'omissione.
- Non essendo possibile entrare "nella testa" degli amministratori, è dalla conoscenza di "segnali di allarme" – intesi come momenti rilevatori, con qualche grado di congruenza, secondo massime di esperienza o criteri di valutazione professionale, del pericolo dell'evento – che può essere ricavato il dolo.
- Questa dimostrazione deve inquadrarsi nel bagaglio di esperienza e cognizione professionale propri del preposto alla posizione di garanzia.
- Gli "indici di allarme" rappresentano i sintomi eloquenti del fatto *in itinere*; la dimostrata percezione di questi sintomi di pericolo costituisce un adeguato riscontro alla responsabilità penale, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione circa le ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia.
- Ai fini dell'affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega è necessaria la prova che essi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi.
- Occorre differenziare tra l'amministratore privo di delega che rimanga indifferente dinanzi ad un "segnale di allarme" percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società, e l'amministratore che continui a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri.

1.2. CASS., SEZ. V, 13 SETTEMBRE 2012 (UD. 11 LUGLIO 2012), N. 35244 – PRES. ZECCA, REL. VESSICHELLI. – Con la presente sentenza la Cassazione ha confermato la condanna, pronunciata in primo e secondo grado, nei confronti di un consigliere d'amministrazione, mentre ha annullato con rinvio la condanna dell'altro amministratore imputato.

Il processo aveva ad oggetto la contestazione di concorso mediante omissione nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale materialmente posti in essere da altri

due consiglieri. In particolare, al centro della vicenda vi era un'operazione di aumento fittizio di capitale sociale, attesa l'indicazione in contabilità di un conferimento di obbligazioni emesse da una società americana, in realtà risultate essere inesistenti.

La Suprema Corte ha confermato la condanna nei confronti del primo imputato, rigettando la tesi della difesa circa l'assenza di consapevolezza del carattere fittizio dell'aumento di capitale e della natura parimenti fittizia del conseguente finanziamento soci.

La Cassazione ha valutato priva di censure la motivazione in ordine alla sussistenza del dolo del consigliere, ritenendo che i giudici del merito avessero correttamente indicato elementi fattuali capaci di dimostrare che *«il ricorrente aveva accettato di prestare la sua collaborazione [...], assicurando la sua benevola acquiescenza»*.

Preme mettere in evidenza che tra questi elementi di fatto, considerati dimostrativi del dolo dell'amministratore, siano stati ricompresi, innanzitutto, i compensi – indicati essere *«corrispondenti al livello manageriale effettivo»* – e una nota integrativa allegata al bilancio nella quale i sindaci chiedevano approfondimenti sulla composizione del capitale sociale.

La Suprema Corte, inoltre, ha richiamato il principio – elaborato dalla giurisprudenza in tema di bancarotta fraudolenta – secondo cui *«per integrare il dolo dell'amministratore di diritto, è sufficiente la generica consapevolezza che l'amministratore di fatto ponga in essere condotte integranti il reato di bancarotta»*, non essendo necessaria la consapevolezza di ogni singola condotta potenzialmente rilevante nell'ottica della bancarotta.

Con riferimento, invece, alla posizione del secondo imputato, questa è stata giudicata differente, atteso che al momento dell'operazione di aumento fittizio del capitale la persona non ricopriva la carica di amministratore. Per tale ragione, la Suprema Corte ha deciso di annullare la condanna, tuttavia con rinvio al giudice di merito, al fine di accertare la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta c.d. "da reato societario" in relazione al delitto di false comunicazioni sociali.

1.3. CASS., SEZ. V, 12 GIUGNO 2012 (UD. 29 MARZO 2012), N. 23091 – IMP. BARALDI, PRES. FERRUA, REL. SANDRELLI ("PARMALAT VIAGGI"). – Con questa pronuncia, la Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza con cui la Corte di Appello di Bologna

aveva assolto, escludendo il dolo, due amministratori di società del settore viaggi e turismo del gruppo Parmalat.

La Suprema Corte ha preso le mosse da alcune salienti premesse in fatto accolte dai giudici di merito, in particolare circa la consapevolezza dell'infedeltà informativa e dell'apparenza di alcune operazioni funzionali al risanamento finanziario del gruppo, nonché circa la preparazione professionale degli imputati.

Il Giudice di legittimità ha precisato che, in tema di responsabilità ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., l'inerzia del soggetto agente assume rilievo penale anche in caso di mancata acquisizione di informazioni necessarie a configurare con esattezza l'evento dannoso per la società: *«se la norma consente di escludere la responsabilità dell'amministratore che incolpevolmente (per ragioni di legittimo affidamento) si sia avvalso della notizia pervenutagli, **non può ritenersi esente l'amministratore che abbia accolto il deficit informativo passivamente**».*

In particolare, nell'accogliere il ricorso del Procuratore Generale, la Suprema Corte ha osservato che, poiché le operazioni societarie a cui partecipò uno degli imputati furono rese possibili da condotte pacificamente fraudolente, era illogico supporre previsioni fauste, specie in persona dotata di esperienza professionale e tecnica.

Con riferimento all'altro imputato, la Corte ha rilevato che, per andare esenti da responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.*, occorre dimostrare un'azione dotata di efficacia ostativa e impeditiva: il mero comportamento antipatico nei confronti degli altri amministratori sicuramente è espressione di una inferiore consonanza con i concorrenti nel reato, ma non costituisce *«un atteggiamento effettivamente e potenzialmente idoneo ad ostacolare i piani di costoro, proprio nella misura in cui esso non si è esteso – per quanto risulta agli atti e secondo quanto esprime la motivazione delle decisioni – oltre il perimetro societario o del gruppo a cui esso apparteneva».*

1.4. CASS., SEZ. V, 28 MAGGIO 2013 (UD. 5 OTTOBRE 2012), N. 23000 – IMP. BERLUCCHI, PRES. ZECCA, REL. MICHELI (FALLIMENTO “FINMATICA”). – Dopo un'attenta disamina della più significativa giurisprudenza di legittimità in tema di concorso omissivo dell'amministratore privo di deleghe, la Cassazione ha annullato la condanna pronunciata in primo e secondo grado nei confronti di tre amministratori non esecutivi della Finmatica S.p.A., rinviando alla corte di merito per un nuovo esame.

L'accertamento penale era scaturito dal fallimento di alcune società e della stessa capogruppo (quotata in borsa) del Gruppo Finmatica, una realtà di spicco nella produzione di software informatici per il settore bancario e assicurativo.

Ad amministratori e sindaci delle società coinvolte erano contestati plurimi fatti di bancarotta fraudolenta derivante da false comunicazioni sociali, delitti di ostacolo alla funzione di vigilanza e di aggio.

La Suprema Corte ha ritenuto che i “segnali di allarme” evidenziati dai giudici di merito non avessero necessariamente determinato in capo agli amministratori privi di delega una condizione di sicura conoscenza delle finalità distrattive delle operazioni.

In particolare, la Cassazione ha osservato che una situazione di conflitto di interessi di un amministratore non può comportare *ipso facto* il divieto di dare corso ad operazioni. Come neppure possono essere decisive l'omessa considerazione di perdite già maturate e le carenze informative sui criteri di determinazione dei prezzi, *«atteso che la scelta degli amministratori non operativi di astenersi dal richiedere dati ulteriori dimostra che essi non seppero svolgere adeguatamente il loro compito, ma non ancora che l'omissione rivela una loro partecipazione dolosa al programma di “drenaggio di risorse” che altri avevano ordito»*.

A giudizio del Giudice di legittimità, dai “segnali di allarme” individuati nei gradi di merito poteva senz'altro evincersi che i tre imputati versassero in colpa, ma era necessaria una rivalutazione delle loro posizioni per verificare se le acquisizioni istruttorie – diverse ed ulteriori rispetto a quelle già evidenziate nelle sentenze di merito – consentissero un addebito di responsabilità a titolo di dolo.

Da ultimo, la Corte ha ribadito che lo standard di diligenza degli amministratori non operativi va parametrato sulle loro specifiche competenze, essendo necessario che questa verifica si svolga anche alla luce delle allegazioni in fatto sviluppate dai difensori circa le rispettive esperienze nell'incarico e professionali in genere.

In seguito, la Corte di Appello di Brescia, investita del relativo giudizio di merito, ha assolto i tre imputati “perché il fatto non costituisce reato”. Di questo momento processuale, unitamente al contenuto degli altri giudizi di merito, è dato maggiore conto nel capitolo che segue, in cui il caso è oggetto di specifico approfondimento.

1.5. CASS., SEZ. V, 22 NOVEMBRE 2010 (UD. 19 OTTOBRE 2010), N. 41136 – PRES. COLONNESE, REL. MARASCA (FALLIMENTO “TTF”). – Con questa pronuncia la Cassazione ha annullato per intervenuta prescrizione la condanna per bancarotta emessa, sia in primo che in secondo grado, nei confronti dell’amministratore di una società per azioni.

Il ricorrente non era titolare di delega operativa e non aveva compiuto atti di gestione della società. La difesa lamentava che la responsabilità dell’amministratore fosse stata affermata in assenza di prova della percezione del compimento di attività illecite, come anche in assenza di dimostrazione della concreta possibilità di impedire il reato.

La Suprema Corte ha annullato la condanna di appello per intervenuta prescrizione, non ravvisando i presupposti per un proscioglimento nel merito. Inoltre, dal momento che erano state pronunciate statuizioni in favore della parte civile, la Corte ha esaminato i motivi del ricorso, concludendo per l’annullamento con rinvio al giudice civile.

Nello specifico, la Cassazione ha riconosciuto un vuoto motivazionale rispetto a entrambi i profili evidenziati dalla difesa, ovvero gli aspetti del dolo e dei poteri impeditivi.

Nell’accogliere il ricorso, i giudici della Suprema Corte hanno affermato la necessità di una puntuale motivazione in ordine al fatto che *«l’amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire»* e che *«l’amministratore non operativo abbia avuto la concreta possibilità di intervenire per impedire l’evento dannoso»*. In particolare, in sentenza è evidenziato che *«non si può prescindere dalla consapevolezza dell’imputato che si stanno compiendo sul patrimonio sociale [...] talune attività [...] idonee a cagionare danno ai creditori»*.

1.6. CASS., SEZ. V, 22 SETTEMBRE 2009 (UD. 16 APRILE 2009), N. 36595 – IMP. BOSSIO, PRES. CALABRESE, REL. MARASCA (FALLIMENTO “CENTROMILANO FINANZIARIA”).⁶³ – Con questa sentenza la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna per reati fallimentari pronunciata nei confronti di amministratori e sindaci di due società per azioni, di cui l’una controllante dell’altra.

⁶³ Nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell’amministratore delegante fra “agire informato” e poteri di impedimento*, in *Soc.*, 2010, VII, 886.

Un imputato era componente del consiglio d'amministrazione della società controllata e di quella controllante. Un altro imputato era componente del C.d.A. della controllata e socio della controllante. Al centro della vicenda vi erano le contestazioni di dolose condotte omissive degli imputati in relazione all'operato del presidente del C.d.A. e amministratore delegato di entrambe le società.

La Cassazione ha annullato la condanna per vizio di motivazione in ordine all'elemento psicologico del reato.

La lettura delle motivazioni è interessante per l'attenzione posta nella ricostruzione teorica del tema e per il rigore con cui i principi di diritto sono stati applicati al caso concreto.

Innanzitutto, la Corte ha richiamato la sentenza "guida" pronunciata sul caso Bipop-Carire (Cass., Sez. V, sent. n. 23838/2007), laddove, infatti, ha ribadito che *«per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia la **prova che gli stessi siano stati debitamente informati** oppure che vi sia stata la **presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi**»*. In linea di principio – si legge in sentenza – *«Soltanto in presenza della **prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili** è possibile intravedere l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito»*.

L'applicazione di questi presupposti teorici al caso concreto ha lasciato i giudici della Suprema Corte testualmente "perplexi".

A giudizio del Collegio, dalle sentenze di merito emergeva un'immagine del presidente e amministratore delegato delle due società incompatibile con lo stato di effettiva conoscenza degli illeciti da parte dei consiglieri d'amministrazione.

In particolare, affiorava la figura di un amministratore che era il gestore di fatto di entrambe le società e che nascondeva agli altri consiglieri il contenuto e le reali finalità delle operazioni che progettava e realizzava. Come, ad esempio, dimostrava il fatto della gestione occulta di numerosi clienti, ai quali era inviata documentazione contraffatta per non fare emergere quanto stava accadendo. Dunque, una gestione occulta e occultata: operazioni nascoste che erano sfuggite al controllo anche della società di revisione.

I giudici della Suprema Corte hanno censurato la ricostruzione del dolo in capo agli amministratori in ragione di un loro presunto elevato grado di preparazione tecnica e, dunque, dell'assunto del "non potevano non sapere".

Nello specifico, un amministratore, poiché si occupava dell'ufficio studi della società e, avendo svolto ruoli analoghi anche in altre società partecipate, avrebbe potuto conoscere, anche dall'interno, le anomalie. L'altro amministratore, in ragione della professione di avvocato che svolgeva e di voci che lo definivano quale "addetto ad interloquire".

La Corte ha osservato che i rilievi che precedono sono «**considerazioni connotate da incertezza – poteva conoscere, mancata conoscenza improbabile – che non provano la effettiva conoscenza [...] del possibile compimento, o meglio della progettazione di fatti illeciti [...] o la esistenza di chiari indizi rilevatori del possibile compimento di illeciti, che avrebbero dovuto imporre [...] di intervenire**».

In aggiunta, un altro interessante passaggio della motivazione riguarda l'interpretazione fornita dalla Corte a proposito del criterio dell'agire informato, e nello specifico con riferimento ai canali informativi che possono attivare la posizione di garanzia degli amministratori.

Nella sentenza è evidenziato che i consiglieri non operativi sono titolari di un potere di richiedere informazioni che debbono utilmente esercitare. In particolare, le comunicazioni provenienti dal presidente del consiglio di amministrazione – ai sensi dell'art. 2381, comma 1, c.c. – e dall'amministratore delegato – ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c. – sarebbero soltanto una delle modalità conoscitive di situazioni di difficoltà che richiedono adeguato intervento.

Nelle parole della Corte: «**anche quando la conoscenza del problema avvenga attraverso altri sistemi informativi gli amministratori non operativi ed i sindaci hanno l'obbligo di impedire il verificarsi del fatto pregiudizievole**».

Ma vi è di più, atteso che i Giudici sembrano andare oltre tale considerazione, laddove affermano che «**Inoltre tali soggetti debbono certamente attivare il loro potere informativo per attingere notizie utili all'esercizio del loro mandato**».

Al riguardo si osserva che quest'ultimo passaggio sarebbe ampiamente criticabile, laddove inteso nel senso di una incontrollata estensione del dovere di agire informato dell'amministratore anche a fonti informative esterne all'ambito consiliare.

1.7. CASS., SEZ. V, 3 MARZO 2009 (UD. 10 FEBBRAIO 2009), N. 9736 – IMP. CACIOPPO, PRES. PIZZUTI, REL. FERRUA (FALLIMENTO “CORMAI”).⁶⁴ – Con questa sentenza la Cassazione ha confermato la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale pronunciata in primo e secondo grado nei confronti di due consiglieri d'amministrazione.

Le difese di entrambi gli imputati avevano eccepito l'assenza di prova del dolo degli amministratori, in particolare del momento rappresentativo.

La Suprema Corte ha ribadito che, ai fini dell'affermazione di responsabilità a norma del combinato disposto degli artt. 40 c.p. e 2392 c.c., occorre la prova della rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita (quantomeno sotto il profilo eventuale) e la volontaria omissione nell'impedirlo. In particolare – si legge in sentenza – *«la rappresentazione eventuale dell'evento e “accettazione del rischio” deve risultare, al di là ed anche in contrasto con le informazioni date dall'amministratore e/o dagli amministratori operanti, da segnali **perspicui, peculiari nonché anomali**»*.

Nel caso oggetto del ricorso, la presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito è stata individuata nelle seguenti circostanze:

- tenuta delle scritture contabili, a partire da un determinato momento, senza avvalersi di un consulente esterno;
- mancato rinnovo del collegio sindacale, dopo le dimissioni dei suoi componenti;
- omessa approvazione dei bilanci per diverse annualità;
- partecipazione degli imputati ai consigli di amministrazione e loro interesse alla riscossione dei crediti;
- entità delle somme sottratte;
- carattere reiterato e prolungato delle condotte illecite.

⁶⁴ I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, III, 1182.

Da tali elementi la Corte ha giudicato “del tutto consequenziale” dedurre la sussistenza in capo agli amministratori del dato soggettivo richiesto, ovvero quantomeno del dolo eventuale.

1.8. CASS., SEZ. V, 9 DICEMBRE 2008 (UD. 5 NOVEMBRE 2008), N. 45513 – IMP. FERLATTI, PRES. CALABRESE, REL. SANDRELLI (FALLIMENTO “SOLARIS”).⁶⁵ – Con la presente pronuncia la Cassazione ha annullato, ai soli effetti civili, l’assoluzione per reati di false comunicazioni sociali e truffa aggravata emessa nei confronti di due consiglieri d’amministrazione.

I giudici di appello avevano assolto gli imputati – che, peraltro, avevano rinunciato alla prescrizione da tempo maturata – escludendo in capo a essi la consapevolezza degli illeciti posti in essere dagli altri componenti dell’organo di gestione. Diversamente, i giudici di primo grado avevano condannato i due imputati.

Decidendo sul ricorso proposto dalle sole parti civili, la Suprema Corte ha annullato la sentenza di assoluzione con rinvio al giudice civile per un nuovo esame.

La pronuncia è interessante per gli attenti passaggi logici con cui sono ricostruiti i temi della posizione di garanzia, del dolo e dei poteri impeditivi.

Innanzitutto, la Corte ha evidenziato che, anche dopo la riforma del diritto societario, la posizione di garanzia è rimasta scolpita dall’art. 2392, comma 2, cod. civ: *«norma rimasta sostanzialmente inalterata per la definizione del dovere di tutela del patrimonio societario all’atto della conoscenza di fatti per essa pregiudizievole»*.

Tra gli eventi dannosi per la società che l’art. 2392, comma 2, c.c. impone agli amministratori di impedire è, infatti, certamente ricompresa (cfr. art. 2394 c.c.) la conservazione dell’integrità del patrimonio sociale a tutela della delle pretese creditorie.⁶⁶

Per questa ragione – prosegue la Cassazione – *«è configurabile in capo all’amministratore della società una posizione di garanzia, che lo obbliga ad un comportamento che tuteli gli interessi*

⁶⁵ F. CERQUA, *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Soc.*, 2009, X, 1305.

⁶⁶ Art. 2394 (Responsabilità verso i creditori sociali), comma 1: “Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale”.

indicati dal codice (e da eventuali leggi speciali), in assenza del quale sorge la responsabilità penale [...] per il tramite del nesso causale, descritto dall'art. 40 co. 2 cod. pen.».

In particolare, tra gli interessi che rientrano nel raggio della posizione di garanzia degli amministratori, la Corte ha sottolineato esservi la «trasparenza verso i terzi dei fatti di gestione» e la «conservazione del patrimonio per il raggiungimento dell'oggetto sociale».

A proposito di elemento soggettivo, posto che l'affermazione della responsabilità del garante deve fondarsi sulla prova della conoscenza del reato *in itinere*, la Suprema Corte ha osservato che «la prova della rappresentazione dell'evento non suppone una completa conoscenza dello stesso, né è richiesto che pervenga al soggetto per tramiti formali o pre-determinati».

La dimostrazione del dolo del fatto pregiudizievole, in particolare del suo momento rappresentativo, discende dalla «positiva verifica della rappresentazione di una ragionevole probabilità del suo avveramento».

Non essendo necessaria la prova della consapevolezza dell'accadimento nella sua compiuta fisionomia, la dimostrazione della percezione di “indici di allarme” rappresenta un adeguato riscontro della responsabilità penale: «salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia». Al riguardo, nella sentenza gli indici di allarme sono appunto definiti «**sintomi di pericolo**», «**sintomi eloquenti del fatto in itinere**».

Nella decisione posta al vaglio della Suprema Corte era stato individuato un segnale di allarme in particolare: un formale richiamo del collegio sindacale agli amministratori sulla carenza di capitale della società, nonostante il suo asserito versamento nelle casse sociali. Sintomo – giudicato dalla Cassazione – «**espressa dichiarazione premonitrice**», «**inquietante allerta rimasta inascoltata e non seguita da nessun doveroso intervento accertativo e impeditivo**», «**notizia, di provenienza cd. “istituzionale”, contrassegnata dai crismi di serietà e attendibilità**».

Merita, inoltre, evidenza la considerazione della Corte circa il fatto che la società era a ristrettissima base sociale, con pochi amministratori, nonché unicamente impegnata nell'edificazione e commercializzazione di un edificio. Un quadro che – è stato osservato in sentenza – «secondo logica e plausibile argomentazione, **esclude una oggettiva impossibilità**

(ma anche solo difficoltà) a conoscere gli interna corporis dell'organismo amministrato».

Da ultimo, la Suprema Corte ha affermato che gli imputati *«disponevano in concreto di adeguato potere impeditivo dell'evento, proprio in forza della carica gestoria di uguale dignità rispetto ai concorrenti nel reato».*

In particolare, la Corte ha indicato che essi avrebbero potuto opporsi con il proprio voto all'approvazione del bilancio. In aggiunta, avrebbero potuto escludere la loro personale responsabilità di amministratori mediante l'annotazione del dissenso – iniziativa descritta come *«gesto di indubbio peso probatorio anche per il versante penale poiché avrebbe attestato l'interruzione del legale concorsuale con gli altri autori del reato».* Come pure, infine, rivolgersi alla locale Procura della Repubblica.

Al riguardo, è gioco facile osservare che le iniziative indicate dalla Suprema Corte, in realtà, non integrano poteri impeditivi dell'evento pregiudizievole.

Ed infatti, non solo le azioni esperibili presso la locale Procura della Repubblica presuppongono la commissione, quantomeno nella forma tentata, di un reato e la piena consapevolezza di ciò (pena il rischio di incorrere nel reato di calunnia).

Ma anche gli altri rimedi – come rilevato dalla Corte stessa – sono più idonei a escludere una propria responsabilità personale, civile e penale, che a impedire concretamente la realizzazione del reato.

1.9. CASS., SEZ. V, DEP. 4 GENNAIO 2008, N. 144 – PRES. NARDI, REL. FUMO. – Con questa sentenza la Corte di Cassazione ha confermato la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale pronunciata dalla Corte di Appello di Torino nei confronti di due amministratori di una società per azioni.

Gli imputati non ponevano in dubbio la fondatezza oggettiva delle contestazioni (ad esempio, i fatti di bancarotta realizzati, tra l'altro, mediante distrazione dell'uso esclusivo di marchi e omesso recupero di crediti), ma lamentavano la loro estraneità soggettiva ai fatti, sostenendo che essi avevano ricoperto la carica di amministratori solo formali della società e che gli illeciti erano stati commessi esclusivamente dal *dominus* e amministratore di fatto.

Appunto con riferimento all'elemento psicologico del reato, in sentenza si legge che è approdo interpretativo ormai consolidato che la rappresentazione di un possibile evento illecito non deve rivestire i singoli episodi nei quali l'azione illecita si è estrinsecata e, al contempo, che essa può essere desunta dal semplice fatto che il soggetto abbia accettato la carica di amministratore.

Questi indirizzi interpretativi, tuttavia, non sono evidentemente riferibili *«né ai casi in cui si rintracci un **originario accordo di interposizione** nella gestione dell'organismo assunto sulla base di ipotizzabili interessi illeciti, ma neanche quando le condotte di bancarotta – costitutive dell'evento pregiudizievole – assumono i connotati di **decisioni essenziali per l'equilibrio economico societario** e non si relegano ad episodici e marginali fatti amministrativi. In sostanza quando esse costituiscono **atti di fondamentale rilevanza per entità, strategia, prevedibili conseguenze**. Per essi, infatti, non risulta **né logico né plausibile** (salvo una soddisfacente e completa prova contraria) dubitare che la relativa percezione rappresentativa sia sfuggita al formale amministratore»*.

Tanto premesso, la Suprema Corte ha ritenuto che i giudici di appello avessero ravvisato la consapevolezza della commissione di illeciti in capo agli imputati con rigore logico scevro da censure, e non invece attribuendo loro una responsabilità oggettiva – come sostenuto dalla difesa di uno degli amministratori.

Al riguardo, la Cassazione ha ritenuto sufficiente richiamare i seguenti elementi di fatto, indicati dalla Corte d'Appello a supporto della propria conclusione.

Con riferimento al primo imputato, la circostanza che:

- sottoscrisse personalmente il contratto di cessione di beni della società fallita ad altra società, costituita *ad hoc* e direttamente riferibile allo stesso imputato;
- ricoprì la carica di amministratore delegato, e in seguito di amministratore unico, per lungo periodo;
- non solo non era sprovveduto né ignorante, ma era già consulente del *dominus* e amministratore di fatto nell'ambito di un altro contesto societario;
- la colpevole inerzia di entrambi gli imputati nella prosecuzione di un rapporto commerciale, senza cautele volte alla effettiva prestazione, che portò a un credito divenuto integralmente irrecuperabile per elevatissimo importo.

In merito all'altro imputato, il fatto che:

- era consigliere d'amministrazione quando al c.d. *dominus* e amministratore di fatto fu ceduto l'uso esclusivo del patrimonio di marchi e licenze a prezzo vile, negozio che – ha osservato la Cassazione – nel caso di specie «*rileva in due direzioni: l'importanza del bene ceduto nell'economia della società ("il valore dei marchi rappresentava una delle poche attività appetibili") e la assoluta modestia del prezzo di cessione, come dimostra il divario con quanto, di poi, realizzato dal curatore in seno alla gestione concorsuale*»; anzi, risulta che l'imputato avrebbe caldeggiato personalmente la convenzione;
- fu consigliere di amministrazione durante il periodo di maggiore debolezza finanziaria, e quindi di più evidente tensione;
- era stato nominato consigliere proprio in quanto emissario di un'altra realtà societaria riferibile al *dominus* e amministratore di fatto, essendo stato reputato necessario che il consiglio di amministrazione fosse composto da persone che non intralciassero i progetti gestionali di quest'ultimo.

Per quanto riguarda l'imputazione di bancarotta documentale, la Cassazione ha osservato che, oltre al grave quadro di lacunosità e disordine, la Corte d'Appello aveva sottolineato che questi difetti risultavano accentuati in coincidenza con gli atti dispositivi posti in essere dagli amministratori (per esempio, il fatto della cessione dell'uso dei marchi). Tanto che, ad una certa data, ben tre mila e trecento scritture, relative alle operazioni di chiusura, non erano state riportate sul libro giornale. Come anche la circostanza dell'ulteriore quadro di allarmante inquinamento nelle annotazioni.

Né – ha ripreso la Suprema Corte, confermando le argomentazioni dei giudici di appello – le difese degli imputati, a fronte del dovere formale e della gravità della devianza e fraudolenza nella conduzione dell'amministratore di fatto, avevano opposto **alcuna azione di inganno o di positivo occultamento** che avrebbe potuto indurre gli amministratori di diritto a così manifesta violazione degli obblighi di tutela delle ragioni societarie.

1.10. CASS., SEZ. V, 22 FEBBRAIO 2008 (UD. 8 NOVEMBRE 2007), N. 8260 – IMP. PIRRO, PRES. FAZZIOLI, REL. MARASCA (FALLIMENTO “TEMAR”). – Con la presente pronuncia la Cassazione ha confermato la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale nei confronti del liquidatore di una società dichiarata fallita, di cui in precedenza egli era stato anche commercialista e componente del collegio sindacale.

La sentenza è interessante per la peculiare ricostruzione della riconducibilità sotto il profilo soggettivo dell'evento pregiudizievole al titolare della posizione di garanzia.

Innanzitutto, la Cassazione ha ricordato che la norma dell'art. 40 cpv. c.p. trova la sua fonte costituzionale nell'art. 2 Cost., laddove è richiesto l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In particolare, con riguardo alla questione trattata viene in rilievo l'art. 41 della Costituzione, nella parte in cui, al secondo comma, prescrive che l'iniziativa economica non si svolge in contrasto con l'utilità sociale. La Suprema Corte ha affermato che, sul piano oggettivo, gli obblighi imposti ai titolari di posizione di garanzia consistono nel dovere di vigilanza e nel dovere di attivarsi per impedire che si verificano fatti pregiudizievoli.

In particolare, a proposito dell'estensione dell'area del dovere di impedimento, in questa sentenza si legge che la posizione di garanzia di cui sono titolari gli amministratori di società, i sindaci e i liquidatori consiste nell'obbligo di impedire *«l'evento di danno cagionato da una condotta costituente reato posta in essere da altri»*. Come anche si afferma che l'obbligo di impedimento riguarda atti pregiudizievoli *«sia per la società, sia per i soci, i creditori ed i terzi»* – essendo l'amministratore tenuto al rispetto dell'art. 2740 c.c. secondo cui il patrimonio sociale costituisce una garanzia per i creditori.

Ciò posto, la Corte ha ricostruito l'imputabilità soggettiva del reato che il garante avrebbe dovuto impedire secondo un ragionamento del tutto analogo alla ricostruzione dell'elemento soggettivo in capo all'ente nell'ambito della responsabilità da reato della persona giuridica: come noto, tuttavia, quest'ultima responsabilità è pacificamente per colpa.

A tal riguardo, la Cassazione ha espresso che più che fare riferimento *«a concetti un poco evanescenti e non facilmente verificabili quali quello della conoscibilità o della generica consapevolezza delle attività distrattive poste in essere dall'amministratore di fatto [...] è necessario fare riferimento per la*

imputabilità soggettiva alla violazione di un preciso dovere che è quello di darsi una organizzazione idonea a prevenire il compimento di atti pregiudizievoli, proprio perché senza una organizzazione idonea non si rispettano i doveri di vigilanza e controllo». In altre parole il Giudice di legittimità ha evidenziato che *«gli amministratori debbono dimostrare di avere fatto tutto ciò che era nelle loro possibilità per attuare una efficace vigilanza ed un rigoroso controllo».* Una responsabilità declinata in tali termini, tuttavia, è chiaramente colposa: si sta descrivendo la violazione di un dovere.

L'errore è parimenti evidente nei passaggi in cui la Corte ha affermato che il dolo è ravvisabile, sia quando si abbia diretta conoscenza del fatto di reato, sia quando *«consapevolmente si ometta di dare attuazione nel senso dinanzi delineato agli obblighi di vigilanza e controllo».* Per integrare il dolo, infatti, non è sufficiente che l'omissione sia genericamente consapevole, ma occorre che questa sia scientemente rivolta a commettere (mediante il suo mancato impedimento) il reato di cui si è avuta rappresentazione.

In definitiva, la Cassazione è giunta a confermare la responsabilità penale dell'imputato sulla base delle circostanze che l'imputato:

- i. come liquidatore aveva accesso a tutte la documentazione contabile ed era il titolare degli atti di disposizione (incluso il trasferimento delle merce ad altre aziende);
- ii. collaborava da molto tempo con un amministratore della società fallita, prima come sindaco, poi come consulente, infine come liquidatore;
- iii. aveva elaborato il bilancio della società immediatamente prima della messa in liquidazione della stessa;
- iv. due missive indirizzate al ricorrente, di cui una proveniente dal menzionato amministratore, riferivano di attività svolte a danno della società;
- v. testimoni avevano chiarito che il ricorrente si recava ogni giorno in azienda, cosa che – ha osservato la Corte, sconfinando nuovamente nel terreno della colpa – *«davvero rende incomprensibile che da persona esperta quale era non si fosse reso conto di quanto stava succedendo nella società da lui stesso amministrata».*

1.11. CASS., SEZ. V, 19 GIUGNO 2007 (UD. 4 MAGGIO 2007), N. 23838 – IMP. AMATO, PRES. COLONNESE, REL. SANDRELLI (“BIPOP CARIRE”).⁶⁷ – Con questa fondamentale sentenza la Cassazione ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero avverso la sentenza di non luogo a procedere, emessa dal Giudice dell’Udienza Preliminare presso il Tribunale di Brescia, nei confronti di amministratori e dirigenti della Bipop Carire S.p.A.

In particolare, delle quarantadue persone nei cui confronti il Pubblico Ministero aveva formulato richiesta di rinvio a giudizio, il Giudice dell’udienza preliminare aveva pronunciato sentenza di non luogo a procedere per diciotto di essi.

Questa decisione era tuttavia fondata su una lettura erronea delle disposizioni in tema di posizione di garanzia del consigliere d’amministrazione e di concorso omissivo nel reato del delegato.

Dalla sentenza di non luogo a procedere emergono, infatti, alcuni evidenti errori di diritto. Innanzitutto, il Giudice aveva contrapposto il previgente obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione al dovere – introdotto con la riforma del 2003 – di valutare, sulla base della relazione degli organi delegati e delle informazioni ricevute, l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e i piani strategici, industriali e finanziari, quando elaborati.

In secondo luogo, nella sentenza era espressamente affermato – senza ulteriori precisazioni – che *«ricevute tali informazioni gli amministratori non operativi possono fare legittimamente affidamento sul loro contenuto, e non hanno il dovere di assumere iniziative individuali nei confronti dei delegati»*.

In definitiva, il Gup presso il Tribunale di Brescia aveva concluso che *«si deve quindi escludere che le norme del codice civile compongano in generale una posizione di garanzia degli amministratori privi di deleghe per i delitti dolosi degli organi delegati»*. Ma vi è ancora di più: *«in presenza di delega, i consiglieri non sono gravati da un dovere di vigilanza, ma sono responsabili dell’adeguatezza dell’assetto, nei limiti delle informazioni ricevute dagli organi delegati poiché il consigliere*

⁶⁷ Note di F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, I, 109; D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Soc.*, 2008, VII, 902; R. SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Soc.*, 2008, II, 377.

non può che agire sulla base delle informazioni che riceve da chi effettivamente e in modo continuativo si dedica alla gestione dell'impresa».

Peraltro, a questi macroscopici errori se ne aggiunge anche un ulteriore, laddove il Giudice aveva, invece, ravvisato la posizione di garanzia in capo ad altri consiglieri d'amministrazione di Bipop Carire esclusivamente in ragione del fatto che essi erano diretti o indiretti beneficiari delle gravissime irregolarità nella gestione dell'amministratore delegato: «[...] essi traevano personale profitto, a volte anche ingentissimo; non vi è quindi da stupirsi se nulla abbiano fatto per contrastare l'azione di [...] accettando il rischio di ogni ulteriore illecito da lui eventualmente commesso».

Nel ricorso avverso la sentenza di non luogo a procedere, il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Brescia aveva eccepito *«l'erroneo convincimento di assenza di responsabilità per gli amministratori senza delega e per i sindaci per reati societari, in base all'assenza di sicura prova della conoscenza dei fatti pregiudizievole scaturiti dalla loro condotta omissiva, trascurando la censurabile omessa loro iniziativa che ha consentito di portare a compimento i fatti illeciti».*

La Cassazione, pur giudicando il motivo di ricorso infondato, ha osservato come *«in parte anche l'argomentazione della decisione risulta sfocata».*

Questa pronuncia è importante non solo poiché ha fatto per la prima volta applicazione delle disposizioni del codice civile riformate nel 2003, ma soprattutto per come, con analisi lucida e puntuale, in essa è ricostruito il momento rappresentativo (anche eventuale) del dolo – tra l'altro, coniando l'espressione “segnali perspicui e peculiari”, in seguito ampiamente ripresa dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Innanzitutto, la Corte ha chiarito che la riforma del 2003 ha indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe: è stato rimosso l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituendolo con l'onere di agire informato. Il correlativo potere di richiedere informazioni – si legge in sentenza – si qualifica, in realtà, come doveroso nell'ottica dell'indicazione normativa sulla modalità di gestione informata, senza che ciò configuri un'autonoma potestà di indagine.

Ma soprattutto, come anticipato, la pronuncia è incentrata sulla individuazione dei limiti operativi dell'art. 40 cpv. c.p. quando esso sia correlato a incriminazioni connotate da

volontarietà, e ciò all'espresso scopo di evitare sovrapposizioni o, peggio, sostituzioni con responsabilità di natura colposa.

La Corte idealmente ha distinto i due momenti – entrambi essenziali nel meccanismo del nesso di causalità giuridica – della rappresentazione dell'evento e dell'omissione consapevole nell'impedirlo.

In particolare, con riferimento al momento rappresentativo, i giudici della Cassazione innanzitutto hanno espresso che la responsabilità penale *«prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento»*, sicché *«non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante ex art. 40 cpv. c.p., si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministrazione o al solo ambito societario»*.

Ma soprattutto la Corte ha stabilito che, ai fini della prova della conoscenza effettiva del fatto pregiudizievole, occorre che l'accusa dimostri la *«presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo»*. Dunque, è indicata la necessità della prova di elementi specifici che consentano di intravedere almeno i sintomi dell'evento ("perspicuo" dal latino *perspicere*: guardare attraverso) e percepiti come anormali.

Affermato questo lucido principio di diritto, la Suprema Corte è passata all'esame degli elementi presentati in concreto dalla Pubblica Accusa, osservando puntualmente quanto segue:

- l'addurre la consapevole approvazione di ogni iniziativa della dirigenza è di per se stesso *«del tutto logicamente inconcludente»*, dal momento che *«se consapevole fu il voto favorevole, tanto non dimostra che esso fu correttamente ed esaurientemente "informato" sulla effettiva sostanza della decisione, sì che discenda seria attestazione di una adesione volontaria all'opzione illecita o dannosa per la società»*;
- il fatto che, poco tempo dopo l'approvazione dei bilanci incriminati, fossero stata apportate sostanziose rettifiche non illumina sul reale stato conoscitivo degli imputati al momento della lettura delle relazioni a loro rimesse;

- la riduzione del consiglio di amministrazione a “ratificatore” di decisioni altrove prese non soddisfa l’esigenza di puntualità dimostrativa in ordine alla conoscenza dell’evento pregiudizievole;
- le affermazioni circa alcune pratiche di finanziamento o la patologia connessa al riconoscimento di *stock options* (peraltro, osservano i giudici, pratica «*assai diffusa e non ritenuta necessariamente delittuosa*») sono «*meramente assertive*»;
- la reciproca stretta relazione di amicizia tra alcuni protagonisti è «*ben poco congruente*»: essa è «*indice assai generico di sospetto e “muto” di fronte alla effettiva informazione da parte dell’amico informato verso il collega non operativo*»;
- parimenti «*non sono passaggi idonei ad approdare a qualche congruente giustificazione argomentata*» la considerazione che alcuni aspetti illeciti fossero «*palesamente rilevabili*» o il rilievo che la situazione era “ben conosciuta o conoscibile” o l’allusione alla «*eclatante vicenda relativa al palazzo di Via Durante*».

1.12. CASS., SEZ. V, 22 MARZO 2006 (UD. 13 FEBBRAIO 2006), N. 9807 – IMP. CAIMMI, PRES. LATTANZI, REL. DI TOMASSI (FALLIMENTO “SILEA SICILIANA LEASING”). – Con la presente pronuncia la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna per bancarotta fraudolenta pronunciata, sia in primo che in secondo grado, nei confronti di due amministratori di una società per azioni.

In particolare, la Corte ha accolto la doglianza relativa all’affermazione solo in via presuntiva dell’elemento soggettivo del reato a carico dei ricorrenti.

Ferma restando la configurabilità di un concorso omissivo nel reato anche da parte del mero prestanome, i Supremi Giudici hanno affermato che «*siffatto orientamento non può tuttavia essere sospinto oltre i limiti assegnati dai principi di colpevolezza e personalità che governano la responsabilità penale e per i quali non può affermarsi la responsabilità di alcuno, neppure del prestanome, se il fatto non risulti, in concreto, realmente a lui rimproverabile, e cioè prevedibile e prevenibile*».

A maggior ragione – pare di leggere – in caso di bancarotta fraudolenta per distrazione, dal momento che la “fraudolenza” implica che «*la condotta di tutti coloro che si predica concorrono nella attività distrattiva risulti perlomeno assistita dalla consapevolezza che si stanno*

compiendo operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori».

Per contro, la sentenza impugnata non si era soffermata a verificare se le attività contestate risultassero in qualche modo effettivamente e materialmente riferibili ai “prestanome” oppure meno, e per tale ragione la Suprema Corte ne ha disposto l’annullamento con rinvio ad altra sezione della Corte d’Appello di Palermo.

1.13. CASS., SEZ. V, 24 MAGGIO 2005 (UD. 4 MAGGIO 2005), N. 19509 – PRES. FOSCARINI, REL. ROTELLA. – Con questa sentenza la Suprema Corte ha confermato la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale a carico del presidente del consiglio di amministrazione di una società in liquidazione coatta amministrativa, in concorso con un altro membro del consiglio e con i componenti del collegio sindacale.

In particolare, il Giudice di legittimità ha rigettato i motivi di ricorso relativi alla omessa motivazione in punto di effettiva conoscenza e di poteri di impeditivi, tuttavia con argomenti che – senza farne segreto – hanno delineato una responsabilità oggettiva ed hanno introdotto chiare presunzioni.

Ed invero, in punto di poteri impeditivi del reato, la Corte ha osservato che *«ferma la regola di equivalenza causale, la distinzione ai sensi dell’art. 2392 c.c., tra omessa vigilanza (che il ricorso qualifica omissione propria) e omesso impedimento dell’evento (che qualifica impropria) risulta puramente accademica. Sul piano del diritto positivo, se l’evento è in nesso con la condotta dell’autore materiale del fatto, che l’amministratore avrebbe dovuto impedire, poiché la vigilanza gli avrebbe consentito di avvertirne il pericolo, l’argomento che non ha tenuto un comportamento specifico impeditivo, per definizione non serve ad escludere la sua responsabilità obiettiva (rapporto causale)».*

Ma vi è di più.

Così liquidata la questione sul piano oggettivo del nesso causale, la Corte ha affermato che, conseguentemente, il tema della prova liberatoria si sposta sul piano dell’elemento psicologico e tale proposito ha introdotto una manifesta presunzione di responsabilità.

Infatti si legge: *«a fronte dei fatti di mala gestione di soggetto sottoposto a controllo, secondo giurisprudenza univoca consolidata, è l'imputato controllore [...] a dover fornire elementi atti a superare la presunzione di responsabilità a suo carico».*

E ancora: *«si parte dal principio che non poteva non sapere, per la semplice ragione che il rappresentante dell'impresa deve informarsi di quanto potrebbe essere chiamato, in ragione del mandato affidatogli, a fornir risposta. Tale presunzione, in presenza di precisi obblighi di legge extrapenale, non contrasta minimamente il principio di responsabilità personale e dell'onere di prova, dall'epoca dell'antico diritto romani, che agli onori in questo come altre materie, ha sempre connesso oneri».*

1.14. CASS., SEZ. V, 22 FEBBRAIO 2005 (UD. 4 NOVEMBRE 2004), N. 6462 – IMP. GARATTONI, PRES. MARRONE, REL. PROVIDENTI (FALLIMENTO “VAL D’AVIO”). – Con questa sentenza la Suprema Corte ha confermato la condanna per bancarotta fraudolenta nei confronti del presidente del consiglio d’amministrazione di una società dichiarata fallita, nonché nei riguardi di un amministratore delegato della medesima per omesso impedimento della distrazione commessa dal primo.

Nello specifico, la Corte ha rigettato i motivi di ricorso inerenti la mancata prova del dolo in capo all’amministratore delegato, argomentando che l’imputato *«nell'accettare le varie responsabilità nell'ambito della società (amministratore delegato e portatore del pacchetto azionario di maggioranza) ha assunto l'impegno ad esercitare professionalmente l'attività di impresa, rispettando le norme vigenti ed applicando pienamente la sua abilità e la conoscenza delle regole più comuni per la conduzione economica di una società».*

Sicché alla Corte è sembrato consequenziale concludere che non possa assumere alcuna rilevanza al fine di escludere il dolo *«l'inerzia nel controllo dell'attività del Presidente del Consiglio di amministrazione o nel rilevare la grave violazione da questi commessa».*

Il tutto senza che ciò – ad avviso dei Supremi Giudici – comporti la trasformazione di un reato dolo in colposo: *«dato che l'evento dannoso costituito dalla sottoscrizione delle fidejussioni è stato il risultato sia dell'azione [...] sia dell'omissione».*

La motivazione conclude, infine, con una serie di altre apodittiche affermazioni, quali: *«il nesso casuale tra l'azione [...] e l'evento è di tutta evidenza, dato che quest'ultimo non soltanto aveva il*

dovere di verificare i comportamenti degli altri amministratori, ma in concreto aveva piena conoscenza immediata [...] essendo il portatore del pacchetto azionario di maggioranza [...]».

2. CASI DI CONCORSO OMISSIVO RISOLTI NELL'ACCERTAMENTO DI CONDOTTA ATTIVA.

2.1. CASS., SEZ. V, 15 FEBBRAIO 2013 (UD. 28 NOVEMBRE 2012), N. 7556 – PRES. ZECCA, EST. DEMARCHI ALBENGO (FALLIMENTO “TREVITEX”). – Con questa sentenza la Cassazione ha assolto per non avere commesso il fatto i quattordici ricorrenti: tutte persone con funzioni di amministrazione, direzione e rappresentanza all'interno di tre istituti di credito (Banca di Roma, Cassa di Risparmio di Venezia, Banco di Napoli), imputate di concorso omissivo in bancarotta fraudolenta in relazione al fallimento del gruppo tessile Trevitex S.p.A.

Il Tribunale e la Corte di Appello di Milano avevano pronunciato sentenze di condanna, facendo derivare la responsabilità dei vertici delle banche dalla circostanza che questi fossero tutti ampiamente consapevoli del dissesto del gruppo industriale. A quest'ultimo riguardo, nella sentenza del giudice di prime cure si legge che tali difficoltà erano di dominio pubblico ed il loro inequivoco significato non poteva di certo sfuggire agli addetti alla finanza.

In modo analogo, secondo i giudici di secondo grado, *«vi erano indici sicuri di dissesto, vi era la consapevolezza precisa di compiere operazioni non del tutto in linea con una tranquilla operatività, vi era la consapevolezza che l'operatività della banca di cui si era consiglieri si muovesse di pari passo e con le iniziative assunte anche da altre banche»*. Di qui la conclusione che *«se non vi fossero state così passive e costanti “prese d'atto” e “approvazioni” di decisioni loro proposte, senza svolgere alcuna funzione critica o propositiva, e se quelle numerose dimissioni che si sono fatte via via più fitte verso l'estate-autunno del 1993 fossero state più tempestive e massicce, anche le decisioni in ordine all'operatività degli istituti avrebbero potuto essere diverse»*.

Diversamente, la Cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, ristabilendo che *«la responsabilità omissiva di cui all'articolo 40, co. 2, cod. pen., integrata dalla posizione di*

garanzia assunta ex articolo 2392 cod. civ., è invocabile solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata e non può invece estendersi ad atti compiuti da amministratori di società terze (come potrebbe l'amministratore impedire il compimento di un atto da parte di una diversa società?), né può riguardare atti od iniziative che non siano pregiudizievoli per i soci o i creditori della società amministrata».

La Suprema Corte ha concluso che gli imputati non avevano commesso il fatto addebitato *«per impossibilità giuridica di configurare un concorso omissivo dell'amministratore in relazione ad operazioni deliberate da società terze».*

Diversamente opinando – e cioè, se si considerasse la mera presa d'atto (consenso di fatto, acquiescenza o inerzia, che dir si voglia) rilevante sotto il profilo del concorso esterno nel reato proprio – si giungerebbe ad affermare *«la responsabilità penale di ogni soggetto che, attivandosi presso gli amministratori della società poi fallita, avrebbe potuto ipoteticamente convincerli a non realizzare quell'operazione».*

Dopo avere escluso che la posizione di garanzia dell'amministratore della società creditrice si estenda alla corretta amministrazione e conservazione del patrimonio della società debitrice fallita, il Giudice di legittimità ha ribadito che, in materia di bancarotta per distrazione, l'amministratore di una società diversa da quella fallita può concorrere quale *extraneus* nel reato solo mediante partecipazione attiva.

Conseguentemente, i giudici della Cassazione hanno preso in esame l'ipotesi di un concorso attivo degli amministratori della società terza nel reato di bancarotta della società debitrice.

Ed infatti, si sarebbe potuto sostenere che i soggetti di vertice degli istituti di credito avessero influenzato e orientato le scelte degli amministratori della Trevitex.

In altre parole, vi sarebbe potuta essere la possibilità di contestare una condotta istigatrice o agevolatrice, *«il cui movente»* – si legge in motivazione – *«poteva individuarsi in un disegno criminoso complessivo che contemplava il successivo trasferimento di debiti ben selezionati, per consentire anche alle banche di rientrare in modo preferenziale dei propri crediti».*

In definitiva, la Cassazione ha espresso che, in ragione del supporto morale o dell'ausilio tecnico (o di altra natura) fornito alla riuscita dell'operazione, l'imputazione avrebbe potuto essere costruita in termini di concorso attivo.

2.2. CASS., SEZ. V, 12 NOVEMBRE 2012 (UD. 8 GIUGNO 2012), N. 42519 – IMP. BONVINO, PRES. OLDI, REL. MICHELI (FALLIMENTO “CREDITO COMMERCIALE TIRRENO”).⁶⁸ – Con la presente decisione la Suprema Corte ha confermato l’assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello di Salerno nei confronti dei componenti del consiglio d’amministrazione della banca Credito Commerciale Tirreno S.p.A. Nello specifico, agli imputati era contestato il concorso attivo in fatti di bancarotta distrattiva realizzato mediante la loro partecipazione, con espressione di voto favorevole, alle delibere consiliari di operazioni distrattive.

La Corte di Appello, al contrario del Tribunale, ne aveva escluso la responsabilità, giudicando i consiglieri meri “figuranti” ingannati dall’amministratore esecutivo.

Secondo i ricorsi del Procuratore Generale e della parte civile, invece, i componenti del consiglio d’amministrazione erano venuti meno al dovere di informarsi, nonostante evidenti “segnali d’allarme” relativi a ciascuna singola decisione adottata. Ed in particolare, la reiterata inosservanza dei precetti civilistici denotava la coscienza e la volontà della omissione, nonché la rappresentazione, come evento prevedibile, della causazione del dissesto.

La Suprema Corte, all’esito della disamina delle principali pronunce di legittimità (successive alla riforma del 2003) in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, ha ribadito i seguenti principi:

- A seguito della riforma del 2003, all’amministratore non operativo è richiesto di valutare l’andamento della gestione in base alle informazioni ricevute (non più, dunque, di vigilare); al riguardo è altresì espresso che ciascun amministratore, oltre a poter chiedere ai delegati di fornire informazioni in consiglio, deve «*attivarsi per ottenerle, qualora ricorrano dati sintomatici di potenziali fatti pregiudizievoli per la società*»;
- L’obbligo giuridico rilevante in punto di nesso di causalità è previsto dall’art. 2392 c.c., tuttavia il dovere dei titolari della posizione di garanzia di attivarsi è descritto

⁶⁸ Note di F.M. FRASCETTI, *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di “vecchi” principi?*, in *Cass. pen.*, 2014, III, 1034; G. MINICUCCI, *Limiti della posizione di garanzia e del dolo degli amministratori “non operativi”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, IV, 951.

in termini assolutamente generici: *«se sono da intendere solidamente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che “non hanno fatto quanto potevano” per impedirlo, occorre che quei poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente»;*

- In ogni caso, il problema è ultroneo rispetto alla vicenda processuale in esame, atteso che agli amministratori è contestato il concorso attivo realizzato attraverso il voto favorevole alle delibere, non omissioni per avere assistito inerti a condotte materialmente ascrivibili a terzi;
- Assume, invece, rilievo centrale la previsione secondo cui, ai sensi dell'art. 2381 c.c., gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciò posto, si può discutere di dolo dell'amministratore privo di delega soltanto se egli sia venuto a conoscenza di dati da cui abbia sia derivata la rappresentazione di fatti potenzialmente dannosi per la società, e non di meno sia rimasto inerte; il dolo, anche nella forma del dolo eventuale, richiede sempre la determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione del bene giuridico tutelato dalla norma.
- Al contrario, sostenere che *«alcuni fattori di anomalia di una pratica erano tali da emergere alla semplice lettura del carteggio, comporta ex se un chiaro addebito di colpa, financo grave, nei confronti di chi non li colse; ma non basta ancora per giungere ad affermare che chi espresse un voto favorevole e concorse così ad autorizzare un'operazione pregiudizievole per la società lo fece volendo perseguire quell'intento, o restando consapevolmente indifferente verso conseguenze della propria condotta che comunque si era prefigurato»;*
- Versano in una situazione soggettiva di colpa, sia chi contravviene alla regola cautelare di assumere il maggior numero possibile di informazioni, sia chi paventa il verificarsi di eventi negativi, tuttavia, fidandosi della professionalità e dell'esperienza dell'Amministratore Delegato, è sicuro che non si realizzeranno;
- Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto immune da censure la motivazione secondo cui l'Amministratore Delegato aveva agito ingannando gli stessi consiglieri o, comunque, non potendo confidare sulla certezza che gli altri amministratori ne avrebbero condiviso le proposte operative.

- Infine, la Cassazione ha giudicato logica e convincente anche la considerazione secondo cui alcuni imputati investirono denaro in azioni del Credito Commerciale Tirreno o nelle stesse operazioni deliberate dalle banche, andando incontro a perdite rilevanti: questo dato è stato ritenuto in piena antitesi con la rappresentazione e volizione di eventi pregiudizievoli per la società.

2.3. CASS., SEZ. VI, 30 GENNAIO 2012 (UD. 30 NOVEMBRE 2011), N. 3708 – IMP. BALLATORI, PRES. MARASCA, REL. DE MARCHI ALBENGO. – Con la presente pronuncia la Cassazione ha confermato la condanna emessa in primo e secondo grado nei confronti dei consiglieri d'amministrazione della Banca di Credito Cooperativo Val Vibrata per concorso, sia attivo che omissivo, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione.

Gli amministratori erano stati condannati per avere deliberato finanziamenti in assenza di valutazione del merito creditizio e di istruttoria delle pratiche, ed anche per non essere intervenuti innanzi a clamorose violazioni dei limiti alle deleghe, in materia di erogazione del credito, conferite al direttore generale e al presidente.

La Corte di Appello di L'Aquila aveva confermato integralmente le sentenze del Giudice dell'udienza preliminare di Teramo (anche sotto il profilo sanzionatorio, con condanna a un anno e due mesi di reclusione).

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi circa il dedotto mancato accertamento della volizione del fatto di bancarotta, non ha rilevato alcun vizio di legittimità nella motivazione dei giudici di appello in ordine alla prova dell'elemento soggettivo.

Secondo la Cassazione, la Corte di Appello *«non ha ritenuto responsabili i ricorrenti perché, con un grado minimo di diligenza, avrebbero potuto rendersi conto delle condotte illecite dei vertici societari, ma perché ha ritenuto che tale consapevolezza vi fosse in concreto»*.

In particolare, la Corte di legittimità ha espresso di avere individuato ben dodici elementi da cui i giudici di merito hanno desunto la piena consapevolezza da parte dei membri del consiglio delle condotte poste in essere dal direttore e dal presidente della banca.

Tra questi: una relazione ispettiva di Banca d'Italia che aveva posto in evidenza gravissime disfunzioni, anomalie e irregolarità commesse dal direttore e dal presidente, sollecitando, pertanto, il consiglio d'amministrazione ad intervenire; le osservazioni del medesimo

tenore espresse dalla Federcasse delle Regioni Abruzzo e Molise in esito ai controlli effettuati e trasmesse al consiglio d'amministrazione della banca; la relazione del Commissario liquidatore dell'istituto; le risultanze della consulenza tecnico-contabile disposta dal Pubblico Ministero.

3. CASI RIGUARDANTI LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE “TESTA DI LEGNO”.

3.1. CASS., SEZ. III, 3 APRILE 2014 (UD. 6 FEBBRAIO 2014), N. 15172 – PRES. SQUASSONI, REL. DI NICOLA. – Con la presente sentenza la Cassazione ha confermato la condanna pronunciata nei gradi di merito nei confronti dell'amministratore e rappresentante legale di una società a responsabilità limitata, per i reati di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. n. 74/2000 (omesso versamento di ritenute certificate ed IVA).

A supporto della tesi che l'imputata fosse mero prestanome e non avesse alcun potere di impedire l'illecito, la difesa aveva addotto che la persona si recava in azienda solo sporadicamente, che non gestiva la società e che riponeva la massima fiducia verso l'amministratore di fatto, trattandosi della madre. Quest'ultima, in particolare, apponeva anche la firma contraffatta della figlia sui documenti fiscali, teneva i rapporti con banche, dipendenti, clienti e fornitori, nonché gestiva i rapporti con il commercialista della società. Per contro, i giudici di appello avevano escluso che l'imputata fosse semplice prestanome priva di potere nella gestione della società, dal momento che ella aveva consapevolmente assunto la carica di amministratore e, come da lei dichiarato, aveva piena contezza del situazione societaria.

In particolare, l'imputata, avendo assunto la carica societaria con piena coscienza e volontà, era tenuta a esercitare la vigilanza connessa al ruolo assunto, né un tale obbligo poteva venire meno in ragione della asserita posizione di amministratore di fatto della madre.

La Cassazione, investita del relativo giudizio di legittimità, ha ritenuto che la Corte di Appello avesse fatto buon governo dei principi espressi in tema di responsabilità dell'amministratore di diritto.

Più nel dettaglio, dopo avere ribadito che gli amministratori di società sono titolari di una posizione di garanzia e che la norma dell'art. 40 cpv. c.p. deve essere interpretata *«in termini solidaristici, avendo presenti le norme degli artt. 2, 32, 41, comma secondo, della costituzione»*, la Suprema Corte ha osservato, in punto di elemento soggettivo del dolo, che le doglianze della difesa erano prive di fondamento *«avendo la Corte territoriale accertato come la Z., laureata in economia e commercio, fosse dotata di tutti gli strumenti culturali necessari affinché avesse piena consapevolezza di quali fossero gli obblighi riconnessi dalla legge alla carica di amministratore di società; come fosse pienamente integrata nella sua famiglia, svolgendo un ruolo attivo nella società stessa, e come interloquisse con i familiari circa le problematiche dell'impresa»*.

3.2. CASS., SEZ. III, 27 NOVEMBRE 2013 (UD. 19 NOVEMBRE 2013), N. 47110 – PRES. SQUASSONI, REL. ORILIA.⁶⁹ – Pronunciandosi sul ricorso diretto per cassazione da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Brescia, con questa sentenza la Suprema Corte ha annullato la sentenza di assoluzione “per non avere commesso il fatto” emessa in primo grado nei confronti dell'amministratore di una società, in riferimento alla contestazione di concorso nei reati di cui agli artt. 4 e 8 D.lgs. n. 74/2000.

In seguito, la Corte di Appello di Brescia ha nuovamente assolto l'imputato, ma con formula “perché il fatto non sussiste”, dunque escludendo la responsabilità penale in ragione dell'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato.

L'imputato era amministratore di un'industria meccanica costituita in forma di società a responsabilità limitata. Egli era stato nominato tale sin dall'inizio, atteso che la persona realmente interessata all'attività non poteva assumere la carica in quanto soggetto dichiarato fallito. Quest'ultimo si era quindi rivolto al proprio legale per designare una “testa di legno”, in seguito la scelta era caduta sul più giovane praticante di studio.

⁶⁹ Si ringrazia l'Avv. Luca Bosisio del Foro di Bergamo per avere gentilmente messo a disposizione le relative pronunce di merito.

L'imputato continuava a svolgere la pratica forense e all'interno della società si occupava della contrattualistica, trascurando ogni aspetto contabile e gestionale. Aveva rapporti solo formali con il collegio sindacale: le riunioni di quest'ultimo organo si tenevano nella stanza dell'amministratore di fatto e di una sua collaboratrice, l'imputato era chiamato al termine delle operazioni per un consuntivo meramente formale.

Il Tribunale di Bergamo (Sezione Distaccata di Treviglio) aveva concluso per l'assoluzione dell'imputato, ritenendo che vi fosse un corposo dubbio che i fatti contestati fossero stati commessi dall'imputato. In particolare, secondo l'apprezzamento del giudice di prime cure, la predisposizione e la presentazione delle dichiarazioni dei redditi, come anche l'emissione delle fatture, erano attività che non necessariamente dovevano essere poste in essere dall'imputato, ben potendo essere eseguite anche da altri.

Inoltre, il giudice di primo grado aveva valorizzato il comportamento dell'imputato in occasione di un'ispezione della Guardia di Finanza, così da concludere che egli *«in realtà fosse del tutto estraneo alla vita economica dell'impresa e che, di conseguenza, i relativi atti di amministrazione e gestione fossero riferibili ad altri, che li posero in essere all'insaputa dell'imputato»*.

In particolare, era fatta menzione della circostanza che i militari della Guardia di Finanza erano stati accolti dall'altro soggetto, il quale aveva riferito fatti sociali come fosse l'effettivo amministratore della società. Inoltre, l'imputato aveva approfittato dell'ispezione per esporre, contro la volontà dell'altro, una particolare vicenda legata alla fornitura di due macchinari. Come pure il rilievo che erano stati gli operanti ad avere rappresentato una situazione amministrativa della società che aveva allarmato l'imputato. Infine, quest'ultimo, turbato, si era dimesso dalla carica, nonostante la contrarietà dell'altro, il quale aveva cercato di trattenerlo, spaventandolo con la prospettiva di un suo coinvolgimento nelle responsabilità per la gestione dell'impresa.

Avverso tale decisione assolutoria aveva proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Brescia, argomentando che *«allorché l'amministratore di diritto, disinteressandosi dai compiti che gli sono imposti dalla legge, consente che altri realizzino condotte delittuose, deve ritenersi responsabile perché l'inerzia è sinonimo di omissione e questa può essere effetto di negligenza ma anche di dolo»*.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso del Procuratore Generale, e in particolare ha affermato che il giudice di merito avrebbe dovuto porsi il problema del dolo eventuale dell'amministratore di diritto "prestanome".

È interessante notare come lo stesso argomento del comportamento dell'imputato in concomitanza dell'ispezione della Guardia di Finanza sia utilizzato dai giudici della Cassazione per giungere a una conclusione opposta rispetto a quella a cui era pervenuto il giudice di primo grado.

Ed infatti, secondo i Supremi Giudici, la circostanza che l'imputato avesse ritenuto di dimettersi successivamente all'audizione da parte della Polizia Giudiziaria sarebbe stata indicativa del fatto che l'amministratore non fosse del tutto privo di poteri di ingerenza o della capacità di disporre di documentazione, e che pertanto il giudice avrebbe dovuto indagare la configurabilità di un concorso a titolo di dolo eventuale nella condotta posta in essere dall'amministratore di fatto.

La Corte di Appello di Brescia, investita del relativo giudizio di rinvio, ha ribaltato completamente il fulcro dell'accertamento, giudicando insussistenti gli elementi delle passività fittizie nel reato di dichiarazione infedele (art. 4 D.lgs. n. 74/2000) e delle operazioni inesistenti nel reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 D.lgs. n. 74/2000), pertanto assolvendo l'imputato con formula "perché il fatto non sussiste".

3.3. CASS., SEZ. V, 27 GIUGNO 2012 (UD. 11 APRILE 2012), N. 25432 – PRES. SANDRELLI, EST. VESSICHELLI. – L'accertamento penale aveva ad oggetto il coinvolgimento di due soci accomandanti nei fatti di bancarotta patrimoniale e documentale posti in essere da un terzo soggetto, amministratore di fatto e socio occulto.

La Cassazione ha annullato la condanna contro uno dei due soci accomandanti, ravvisando un vizio di motivazione nel ritenerlo "testa di legno" e al tempo stesso autore di atti di gestione (nello specifico consistiti nella emissione di cinque assegni per conto della società).

Nel rinviare alla Corte di Appello, la Suprema Corte ha vincolato i giudici di merito a delineare la condotta dell'imputato quale amministratore solo formale oppure quale

amministratore effettivo, nonché ad inquadrare la condotta attiva od omissiva causalmente orientata e a motivare in punto di elemento soggettivo.

A tale ultimo riguardo, la Cassazione ha ribadito la necessità di una doverosa motivazione sugli elementi dimostrativi della consapevolezza e della volontarietà dell'eventuale omesso impedimento.

Per contro, i Supremi Giudici hanno osservato che nella sentenza impugnata non era spesa alcuna argomentazione per precisare la posizione soggettiva dell'imputato: questa omissione è ancora più rilevante ove si consideri che, nell'illustrazione dei motivi di appello, gli stessi giudici avevano dato atto dell'iniziativa dell'imputato consistita nel richiedere chiarimenti in ordine alla situazione contabile, mediante l'inoltro di lettere e diffide.

3.4. CASS., SEZ. V, 7 MAGGIO 2012 (UD. 20 GENNAIO 2012), N. 16942 – PRES. GRASSI, REL. BRUNO. – Con questa sentenza la Suprema Corte ha confermato la condanna per bancarotta pronunciata in primo e secondo grado nei confronti di un amministratore di società.

La Cassazione ha precisato che *«la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto»*. Al contempo, i Giudici di legittimità hanno ribadito che a carico dell'imputato era stata ravvisata la prova positiva di una diretta attività di gestione, come pure della consapevolezza della condotta posta in essere dagli altri imputati.

È stato infine richiamato che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'amministratore di diritto risponde per concorso nei reati commessi dall'amministratore di fatto, sia se abbia agito di comune accordo con lui, sia in virtù dei principi generali che regolano la responsabilità penale.

3.5. CASS., SEZ. V, 26 MARZO 2010, N. 11941 – PRES. FERRUA, REL. NAPPI. – Con sentenza depositata lo stesso giorno di quella esaminata al punto successivo, estesa dallo stesso giudice e pronunciata dallo stesso Collegio della Quinta Sezione Penale, la Cassazione ha

confermato la condanna per bancarotta pronunciata nei confronti di un amministratore di diritto.

In particolare, la Corte ha ribadito il principio secondo cui la consapevolezza di concorrere in condotte distrattive dell'amministratore di fatto *«non può essere desunta dal semplice fatto che il soggetto abbia acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore; tuttavia, allorché si tratti di soggetto che accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possono scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale»*.

3.6. CASS., SEZ. V, 26 MARZO 2010 (UD. 9 FEBBRAIO 2010), N. 11938 – IMP. MORTILLARO, PRES. FERRUA, REL. NAPPI. – Nel confermare la condanna per bancarotta nei confronti di due amministratori di diritto, per concorso mediante omissione in condotte imputabili all'amministratore di fatto, in questa sentenza la Cassazione ha ricostruito l'elemento soggettivo del dolo in termini che paiono evocare l'istituto dell'*actio libera in causa*.

È innanzitutto ribadito che non è necessario che la consapevolezza dell'amministratore investa i singoli episodi nei quali l'azione dell'amministratore si è estrinsecata, essendo, invece, sufficiente la generica consapevolezza che questi distrugga, occulti, dissimuli, distrugga o dissipi i beni sociali.

Ciò premesso, si legge che la consapevolezza di concorrere in condotte distrattive dell'amministratore effettivo se, da un lato, *«non può essere desunta dal semplice fatto che il soggetto abbia acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore»*, dall'altro, *«allorché si tratti di soggetto che accetti il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possono scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale»*.

La Suprema Corte ha osservato che nella vicenda in esame i giudici del merito avevano ampiamente argomentato in ordine all'effettiva consapevolezza da parte degli

amministratori di diritto, desumendone la prova dai verbali dei consigli di amministrazione.

Con riguardo a quest'ultima affermazione di principio, si osserva che la Corte sembra delineare un vero e proprio terzo modo per pervenire alla prova del dolo in capo all'amministratore concorrente.

Ed infatti, si legge che l'affermazione della responsabilità concorsuale del consigliere può basarsi sulla consapevolezza, al momento dell'assunzione della carica allo scopo di fare da prestanome, che dalla propria condotta omissiva possa scaturire la realizzazione di reati da parte dell'amministratore di fatto o sulla dolosa accettazione del rischio che questo si verifichi.

Tale impostazione sembra non solo far retroagire il momento accertativo del dolo al tempo dell'assunzione della carica, ma anche ricomprendere genericamente tutte le condotte di reato in astratto realizzabili dall'amministratore di fatto, anziché, dunque, richiedere la puntuale consapevolezza in capo all'amministratore di diritto della condotta che può integrare gli estremi di un reato.

A tale riguardo, si richiamano le osservazioni dell'Autore che per primo ha ravvisato i tratti dell'*actio libera in causa* in simili passaggi motivazionali, in quel caso espressi nella sentenza del Tribunale di Milano sul dissesto del Banco Ambrosiano.

Il Tribunale rilevava che **«la ferma determinazione a porsi in una situazione idonea a non percepire e valorizzare il significato dell'indicatore d'allarme, equivarrebbe a non concretamente attivarsi - percepito il segnale - per evitare il pregiudizio del patrimonio sociale o ridurne le conseguenze in puntuale adempimento degli obblighi previsti dall'art. 2392 c.c.»**.

A questo proposito, commentava l'Autore, **«Si direbbe, se non si è inteso male il “pensiero” del giudicante, trattarsi di una sorta di actio libera in causa: proprio come nell'ipotesi dell'addetto agli strumenti di viabilità e sicurezza delle ferrovie che, per far deragliare il treno, si ubriaca onde “porsi nella situazione idonea” a non manovrare lo scambio. È così? Chissà. Sembra comunque davvero fantasioso evocare (sia pure implicitamente, così almeno sembra) l'art. 87 c.p. per scorgere condotte “fermamente determinate” a commettere reati a carico di consiglieri di amministrazione di una banca, in realtà**

*soltanto professionalmente impreparati a tale bisogna e ciecamente fiduciosi in chi, per tanti anni, aveva procurato loro modesti emolumenti e ai soci adeguati dividendi».*⁷⁰

Sul tema, è anche interessante notare le più recenti considerazioni di chi ha proposto di introdurre, a livello legislativo, una equivalenza funzionale tra alcune tipologie di “ignoranza qualificata” e l’effettiva conoscenza dall’illecito, ai fini dell’imputazione soggettiva dell’illecito (al pari di quanto avviene, sul versante dell’imputazione oggettiva, in forza della clausola di equivalenza dell’art. 40 cpv. c.p.).⁷¹

3.7. CASS., SEZ. V, 12 FEBBRAIO 2010 (UD. 17 NOVEMBRE 2009), N. 5879 – PRES. PIZZUTI, REL. VESSICHELLI. – Con la presente decisione la Cassazione ha annullato senza rinvio la condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale pronunciata dalla Corte di Appello di Roma nei confronti dell’amministratore formale di una società a responsabilità limitata, mentre ha confermato la condanna per concorso nel reato di bancarotta fraudolenta documentale.

Premesso che la motivazione sul dolo della bancarotta documentale non era stata oggetto di ricorso per cassazione, la Suprema Corte ha precisato che *«sia la motivazione sul dolo generico che, in alternativa, quella sul dolo eventuale della **bancarotta documentale** soggiacciono a regole inferenziali diverse da quelle del ragionamento utile per la configurazione della bancarotta patrimoniale, e, a monte, è diverso il materiale probatorio da valorizzare».*

In particolare, è osservato che *«mentre in relazione alla ipotesi di bancarotta patrimoniale, la totale assenza di dimostrazione che l'imprenditore fallito abbia percepito segni di possibili azioni distruttive da parte dell'amministratore di fatto, presenta una valenza liberatoria quanto ad addebito a titolo di concorso, il ragionamento non è automaticamente produttivo degli stessi effetti in relazione alla **ipotesi di bancarotta fraudolenta documentale** contestata al medesimo soggetto. Rispetto a tale fattispecie, infatti, svolge un ruolo pregnante la doverosità della corretta tenuta delle*

⁷⁰ A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147.

⁷¹ F. CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, III, 613.

scritture contabili e il dovere di vigilanza che, a tale fine, fa capo all'amministratore legale».

La Cassazione, invece, ha censurato la motivazione dei giudici di merito in punto di elemento soggettivo del reato di bancarotta patrimoniale: non ravvisando gli estremi per un ulteriore e migliore approfondimento, la Corte ha annullato la relativa condanna con formula "perché il fatto non costituisce reato".

In sentenza è espresso che i giudici di appello sono pervenuti alla conclusione di consapevolezza e volontà della condotta omissiva sulla base di "brevissimi criptici passaggi".

Nello specifico, è censurata la motivazione secondo cui, essendo la distrazione era contestata in relazione al provento della cessione di cambiali o fatture, la fase del mutamento della situazione debito-credito non poteva essere passata inosservata all'amministratore formale. Al riguardo la Corte rileva che una simile ricostruzione «*si sostanzia in una **petizione di principio**, dando per provato ciò che invece è rimasto privo di dimostrazione relativamente al dolo dell'amministratore legale nei termini minimi ricordati*».

All'opposto, concludono i giudici della Cassazione, «*in una situazione nella quale la prova della distrazione è individuata nella inottemperanza a obbligazioni contrattualmente assunte e quindi in un comportamento omissivo, **particolarmente rigorosa avrebbe dovuto essere la indicazione degli elementi sintomatici della volontarietà della omissione** stessa da parte dell'amministratore di diritto, posto che l'atteggiamento omissivo può presentare di per sé una valenza ambigua e probatoriamente non di univoca lettura*».

3.8. CASS., SEZ. V, 28 LUGLIO 2009 (UD. 5 MAGGIO 2009), N. 31142 – PRES. AMBROSINI, REL. CALABRESE. – La Cassazione ha confermato la condanna pronunciata nei gradi di merito nei confronti di un amministratore per concorso nelle condotte distrattive poste in essere dal genitore, ritenuto essere il vero *dominus* della società.

In particolare, la Corte ha giudicato priva di censure la motivazione in ordine alla consapevolezza e volontarietà dell'imputato, che era stata desunta dal suo «*concreto prestarsi a fungere da **"cinghia di trasmissione" della volontà del padre, attraverso comportamenti ben ponderati e attuati***».

Al riguardo, sono individuati quali elementi rilevatori del dolo: il compimento di incarichi operativi per la gestione finanziaria della società, i rapporti da tenere con istituti di credito e clientela, nonché i pagamenti effettuati con assegni a firma propria tratti su conti correnti della società.

3.9. CASS., SEZ. V, 25 MAGGIO 2009 (UD. 28 APRILE 2009), N. 21581 – IMP. MARE, PRES. ROTELLA, REL. VESSICHELLI. – Con la presente decisione, la Cassazione ha accolto il ricorso del Pubblico Ministero avverso la sentenza di non luogo a procedere pronunciata nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione di una società.

L'imputato aveva ricoperto la carica di presidente per un periodo di circa dieci mesi, ma nella sostanza era addetto al funzionamento del supporto tecnologico.

Nel complesso la vicenda riguardava la contestazione del reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati di bancarotta fraudolenta e documentale, in relazione al fallimento di tre società.

Nello specifico, agli imputati era contestato di essersi associati al fine di costituire o rilevare società operanti nel settore delle telecomunicazioni, che, dopo avere contratto ingenti debiti con società maggiori, quali Telecom o TIM, erano portate al fallimento, sottraendo proventi, beni strumentali e documentazione sociale agli organi fallimentari.

La Suprema Corte ha censurato come manifestamente illogico e carente l'argomento secondo cui la responsabilità era stata esclusa eminentemente sulla base dell'attività svolta dai titolari delle deleghe, nonché del dato cronologico della cessazione dalla carica di presidente. Nello specifico, è ribadito il principio per cui *«l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma secondo, cod. pen., per la commissione dell'evento che viene a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvede ad impedire»*.

3.10. CASS., SEZ. V, 14 OTTOBRE 2008 (UD. 19 GIUGNO 2008), N. 38712 – IMP. PRANDELLI, PRES. AMBROSINI, REL. AMATO. – La Cassazione ha confermato la condanna nei confronti di due consiglieri per avere agito in concorso con amministratori di fatto

della società, rigettando i ricorsi sui vizi di motivazione in ordine alla prova della consapevolezza e volontà concorsuale nei contestati reati di bancarotta.

Nel dichiarare i ricorsi infondati – oltrech  sostanzialmente ripetitivi e generici – la Suprema Corte ha ribadito alcuni principi in tema di configurabilit  della responsabilit  dell'amministratore di diritto per concorso nel reato materialmente posto in essere dall'amministratore di fatto: gli amministratori legali rispondono penalmente alla stregua del paradigma normativo di cui all'art. 40 cpv. c.p.; ad integrare il dolo   sufficiente la generica consapevolezza che l'amministratore di fatto ponga in essere una condotta delittuosa, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi; non   necessario il dolo diretto, ma   sufficiente il dolo eventuale (in particolare *«poich  egli [l'amministratore legale] non pu  declinare gli obblighi di controllo e di vigilanza che la legge pone a suo carico»*).

La pronuncia, invece, pecca di imprecisione laddove si legge che dall'art. 2392 c.c. si inferisce una posizione di garanzia del bene giuridico penalmente tutelato *«con il corollario, ineludibile, che in capo agli amministratori si profila la responsabilit  alla stregua dell'art. 40 cpv. c.p., se i detti obblighi [di vigilanza sulla gestione e di impedimento di fatti pregiudizievoli] siano stati disattesi»*.

È evidente che la responsabilit  penale non discende dalla mera violazione degli obblighi di vigilanza, come parrebbe lasciare intendere la sincopata formulazione dei giudici di legittimit .

3.11. CASS., SEZ. V, 23 APRILE 2008, N. 16778 – PRES. MARASCA, REL. DIDONE. – Con questa pronuncia la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da alcuni amministratori di societ  avverso la sentenza in parte di condanna, in parte dichiarativa dell'estinzione per prescrizione dei reati di bancarotta loro ascritti.

Con riferimento agli imputati ai quali era contestato di avere demandato ad altro soggetto ogni potest  decisionale – per motivi familiari, economici o per assoluta loro sprovvedutezza – la Corte ha ribadito che la posizione di garanzia dell'amministratore di societ  si sostanzia nell'obbligo di impedire atti pregiudizievoli non solo per la societ , ma anche per i soci, i creditori o i terzi, e che, sul piano soggettivo, occorre la prova della

generica consapevolezza della condotta delittuosa, non dei singoli episodi in cui essa si articola.

3.12. CASS., SEZ. V, 31 GENNAIO 2007 (UD. 26 OTTOBRE 2006), N. 3610 – IMP. ZENI, PRES. NARDI, REL. DUBOLINO. – Con questa decisione la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna, pronunciata anche in primo grado, nei confronti dell'amministratore unico di una società a responsabilità limitata.

La Corte ha rilevato vizi di motivazione con riferimento alle contestazioni di concorso omissivo ed attivo. Con riferimento al primo caso, è stata rilevata la mancanza di prova dell'elemento soggettivo del dolo. Con riguardo alle contestate condotte attive, la Cassazione ha osservato come la mera non estraneità alla effettiva gestione della società non significhi partecipazione alla condotta illecita contestata (nel caso in esame, si trattava di materiale sottrazione e distruzione di libri e scritture contabili).

A tale ultimo riguardo, il Giudice di legittimità testualmente si è espresso nei seguenti termini: *«chiunque figuri come amministratore di una società, reale o fittizio che sia il suo ruolo, non può, di regola, che avere anche titolo ad intrattenere i necessari rapporti con gli istituti bancari con i quali la società deve operare, senza che ciò implichi un suo necessario coinvolgimento nelle scelte imprenditoriali o nelle attività di gestione “a monte”, rispetto alle quali detti rapporti assolvono ad una funzione meramente strumentale e del tutto neutra»*.

Altresì degno di nota è il passaggio secondo cui *«l'inosservanza di doveri di vigilanza su comportamenti altrui, derivanti dalla posizione di garanzia di cui taluno sia investito, ove non risulti volontariamente preordinata a rendere possibile la commissione di reati, non può “sic et simpliciter” essere assunta ad elemento fondante della penale responsabilità in ordine ai reati che effettivamente siano stati da altri commessi, quando non trattasi di reati punibili anche a titolo di colpa»*.

3.13. CASS., SEZ. V, 12 GENNAIO 2006 (UD. 12 DICEMBRE 2005), N. 853 – IMP. PROCACCI, PRES. LATTANZI, REL. NAPPI. – La Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'amministratore di diritto di una società per azioni avverso la sentenza che ne confermava la responsabilità per bancarotta.

La difesa lamentava esservi un vizio motivazionale e una violazione di legge nella decisione con cui i giudici di merito avevano condannato l'amministratore di diritto per concorso omissivo, senza – secondo il ricorrente – avere fornito alcuna giustificazione della presunta consapevolezza dell'attività distrattiva dell'amministratore di fatto.

I giudici della Cassazione, dopo avere ribadito l'indiscussa sussistenza di una posizione di garanzia in capo agli amministratori di società a salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale, hanno affermato che l'elemento soggettivo della generica consapevolezza del compimento di atti illeciti (nella fattispecie, condotte distrattive) *«va accertato caso per caso, valutando il significato probatorio dell'interno contesto della sua azione»*.

Nella vicenda in esame, i giudici di merito avevano desunto la prova della colpevolezza dell'amministratore di diritto dai seguenti elementi: rapporto familiare con amministratore di fatto (rapporto genero-suocero); specifica e rinomata competenza nel settore finanziario (in quanto ex funzionario di banca ed ex dipendente dell'amministrazione finanziaria); diretto impegno economico nell'impresa (ingente finanziamento); durata ventennale dell'incarico di amministratore (essendo egli ritenuto una prestigiosa copertura all'attività dell'amministratore di fatto).

La Suprema Corte ha ritenuto che tali elementi hanno certamente un significato opinabile, potendo essere letti anche come dimostrativi del totale affidamento della gestione all'amministratore di fatto, ma ciò non esclude la plausibilità della ricostruzione dei fatti posta a fondamento della decisione impugnata.

Il significato delle prove è stabilito dal giudice di merito e – ha concluso la Corte – nel momento del controllo di legittimità, la Cassazione deve limitarsi a verificare se il significato attribuito ai fatti sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento.

3.14. CASS., SEZ. V, 29 DICEMBRE 1999 (UD. 26 NOVEMBRE 1999), N. 14745 – IMP. DRAGOMIR, PRES. LACANNA, REL. FOSCARINI. – Con questa pronuncia la Cassazione ha annullato senza rinvio – “poiché il fatto non costituisce reato” – la condanna per bancarotta pronunciata nei confronti dell'amministratore di diritto di una società a responsabilità limitata.

La difesa aveva lamentato vizi di motivazione nella decisione con cui i giudici di merito avevano ritenuto che l'imputata (di nazionalità rumena) fosse soltanto formalmente amministratore unico, peraltro sottolineando come all'interno della società, nell'arco di un breve periodo di tempo, si fossero succeduti tre amministratori unici, tutti di sesso femminile [sic!] e non in possesso di competenze specifiche.

Le Corti di merito avevano ravvisato la responsabilità dell'imputata per concorso mediante omissione, avendo ella l'obbligo giuridico di impedire le distrazioni ed esercitare il controllo e la vigilanza sulla gestione, ad esempio, sollecitando anche con atti formali la possibilità di esercitare i propri poteri ovvero dimettendosi dall'incarico.

La Suprema Corte ha giudicato che tale motivazione non potesse essere condivisa.

Fermo restando che, sul piano oggettivo, non vi è dubbio che l'amministratore di diritto, ancorché "testa di legno", possa essere chiamato a rispondere di reati commessi nella gestione sociale, sul piano soggettivo, tuttavia, la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distrae, occulti o altro **«non può presumersi sul semplice dato di avere il soggetto acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore e che secondo la ricostruzione effettuata dall'impugnata sentenza»**.

La Cassazione ha ritenuto che tale generica consapevolezza dovesse essere ragionevolmente esclusa in capo all'imputata.

3.15. CASS., SEZ. V PEN., 17 MARZO 1998 (UD. 5 FEBBRAIO 1998), N. 3328 – PRES. PANDOLFO, EST. FOSCARINI. – Con questa pronuncia (di cui è direttamente disponibile soltanto la massima) la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna pronunciata dalla Corte di Appello. Diversamente, il Tribunale aveva concluso per l'assoluzione degli imputati.

In particolare, la Suprema Corte ha censurato la sentenza impugnata in punto di prova dell'elemento soggettivo, ritenendo che i giudici di merito non avessero in alcun modo motivato al riguardo.

A tale proposito, è ribadito che ad integrare il dolo dell'amministratore è sufficiente *«la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distrae, occulta etc. (senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi di distrazione, occultamento etc., che possono essere numerosi e*

svolgersi in un ampio arco di tempo; generica consapevolezza che peraltro non può presumersi sul semplice dato di avere il soggetto consentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore e di avere “firmato delle carte”».

Capitolo 3

Case studies

1. IL CASO “PARMALAT”: CASS., SEZ. V, 7 MARZO 2014, N. 32352. – Nel ricostruire le responsabilità penali connesse ad una delle più grandi rovine societarie della storia occidentale, il Tribunale di Parma e la Corte di Appello di Bologna hanno esaminato con molta attenzione la posizione degli amministratori non esecutivi, condannando cinque consiglieri della *holding* Parmalat Finanziaria S.p.A. e un consigliere di Parmalat S.p.A. per avere concorso attivamente e omissivamente nei reati dei delegati.

Il Tribunale di Parma, presieduto dalla dott.ssa Eleonora Fiengo, ha dedicato oltre duecento pagine alla considerazione delle questioni giuridiche inerenti la responsabilità degli amministratori privi di delega e all’esame delle relative posizioni individuali.⁷²

La motivazione della Corte si è concentrata in particolar modo sulla motivazione in ordine all’elemento soggettivo, specie sulla disamina dei segnali di allarme percepiti dagli amministratori non esecutivi.

Ed infatti, riconosciuta una posizione di garanzia in capo agli amministratori di società a tutela dell’interesse sociale, oltre che a presidio della garanzia patrimoniale dei creditori,⁷³ il

⁷² Trib. Parma, 9 dicembre 2010 (dep. 3 marzo 2011), n. 809, in particolare pagg. da 975 e a 1238. La pronuncia è stata gentilmente messa a disposizione dall’avv. Luca Troyer del Foro di Milano.

⁷³ Il Tribunale ha affrontato specificamente anche il tema della posizione di garanzia nei gruppi di società, in estrema sintesi concludendo che gli amministratori della capogruppo, se ritenuti a conoscenza delle falsificazioni contenute nei bilanci delle controllate, devono rispondere non solo delle falsità dei bilanci consolidati (per averne materialmente approvato il progetto di bilancio), ma anche di quelle dei bilanci delle controllate (cfr. pagg. da 985 a 992).

Tribunale è subito entrato nel vivo della questione, indicando che affinché operi la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. è necessario che l'amministratore i) si rappresenti l'evento nonché ii) consapevolmente ometta di impedirlo.

Posto che l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale, è certamente rilevante la condotta dell'amministratore che, rappresentandosi la concreta probabilità di eventi illeciti (falsi, distrazioni, occultamenti di beni, dissimulazioni, operazioni dolose), volontariamente si sottragga all'esercizio dei propri doveri-poteri e si astenga da ogni iniziativa ostantiva.

È interessante notare come il Tribunale abbia affermato – aderendo all'orientamento espresso anche dalla Cassazione (e criticato da autorevole dottrina) – che la rappresentazione dell'evento, oltre a non supporre una compiuta conoscenza dello stesso, neppure richiede che la conoscenza pervenga al soggetto tra canali informativi formali o predeterminati. Anche in altri punti della sentenza si torna su questo aspetto, ribadendo che la percezione può pervenire anche al di fuori dei mezzi informativi “istituzionali” prestabiliti.

Ciò che i giudici di primo grado hanno sottolineato essere fondamentale è la verifica rigorosa che l'amministratore abbia agito rappresentandosi una ragionevole e concreta probabilità dell'avveramento di eventi illeciti.

In questo passaggio si inserisce l'aggancio alla problematica dei cc.dd. “segnali d'allarme”. Nelle parole della Corte, si tratta di dovere accertare la percezione di segnali gravi di debolezza della struttura societaria e sintomi eloquenti del fatto illecito *in itinere*: «I segnali di allarme – che hanno diversa natura, fonte e scaturigine – ben possono essere richiamati per fondare la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministratore [...], purché – come testualmente stabilito dalla Corte di Cassazione – essi siano perspicui e peculiari rispetto all'illecito, ossia in quanto abbiano una forza evocativa della perpetrazione di un illecito tale da chiamare l'amministratore a confrontarsi con la probabilità concreta che il segno di anomalia avvertito altro non sia che il punto di emersione di una condotta illecita, un frammento sovraesposto di un meccanismo illegale di gestione dell'oggetto sociale».

Ovviamente non ogni segnale d'allarme, anche se percepito dall'amministratore, può fondare una responsabilità dolosa.

Si richiede diversamente, come esprime l'endiadi utilizzata dalla Suprema Corte, che il segnale (o meglio, i segnali valutati nel loro complesso) sia particolarmente perspicuo, abbia, cioè, *«una portata evocativa forte al punto da porre seriamente l'amministratore dinanzi alla necessità di fare i conti con la probabilità dell'illecito»*.

Non è dunque sufficiente – ha tenuto a precisare il Tribunale – un elemento di generico pericolo, che comunichi scelte di gestione non convincenti o scelte amministrative economicamente non vantaggiose.

Inoltre, è attentamente posto l'accento sulla circostanza che i segnali d'allarme devono essere valutati nel loro complesso, mai singolarmente: *«Alcuni segnali di allarme e di contraddizione, invero, possono apparire di per sé poco significativi o comunque non perspicui in relazione alla commissione di una condotta illecita; essi, tuttavia, se valutati unitamente ad ulteriori situazioni di fatto percepite o note all'imputato, possono assumere una portata ben più pregnante e far intravedere la commissione di uno o più reati»*.

Il Tribunale è poi passato ad esaminare l'altra questione di carattere generale di fondamentale importanza ai fini della valutazione di una responsabilità omissiva *ex art. 40 cpv. c.p.* dell'amministratore privo, ossia la verifica se egli fosse o meno dotato di poteri tali da rendere concretamente esigibile una condotta impeditiva dell'evento.

È ribadito che la riforma del diritto societario, introdotta con il decreto legislativo n. 6 del 2003, ha ridimensionato gli oneri e le responsabilità gravanti sugli amministratori.

In particolare, non è più previsto a carico dei singoli componenti del consiglio di amministrazione un generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione (che d'altra parte – osserva la Corte – risultava essere di dubbia esigibilità). Esso è stato sostituito dall'obbligo di agire informato, e pertanto in funzione di tale obbligo si connota il diritto dell'amministratore privo di deleghe di esigere che in consiglio siano fornite le necessarie informazioni sulla gestione della società.

In merito ai poteri impeditivi, il Tribunale innanzitutto ha espresso di convenire con l'opinione della prevalente dottrina secondo la quale il singolo amministratore non ha il potere di adottare i provvedimenti diretti ad impedire il compimento di atti pregiudizievoli.

Ciononostante, l'amministratore può (e deve):

- Riferire al consiglio di amministrazione (eventualmente chiedendo al presidente di disporre la convocazione) e attivarsi affinché il consiglio – come organo collegiale – faccia uso dei poteri impedivi riconosciutigli dalla legge, ivi compresa la revoca delle deleghe riconosciute agli esecutivi.
- Richiedere gli opportuni chiarimenti all'interno del consiglio, così facendo emergere in sede consiliare le anomalie riscontrate.
- Attivarsi per impedire l'adozione di una delibera che possa integrare una fattispecie di reato, in tal modo rompendo l'unità indistinta del consiglio e mettere in allarme gli altri organi sociali e anche soggetti esterni.
- Far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, e darne immediata notizia al presidente del collegio sindacale.
- Qualora si tratti di società soggette a forme di vigilanza pubblicistica (come nel caso del gruppo Parmalat), l'amministratore può, e deve, fare una segnalazione all'autorità competente, affinché faccia uso dei suoi poteri ispettivi e repressivi.
- Vi è poi la possibilità di fare ricorso all'autorità giudiziaria in sede contenziosa, mediante impugnativa della delibera, nonché segnalazione al pubblico ministero affinché avvii la procedura di cui all'art. 2409 c.c.

In conclusione, il singolo consigliere esecutivo, benché non possa individualmente adottare provvedimenti direttamente impeditivi, tuttavia **«può innescare il meccanismo idoneo, insieme al verificarsi di altre condizioni, ad impedire la realizzazione del fatto criminoso, anche se l'effettivo impedimento dell'evento presuppone sempre l'opera almeno di un soggetto terzo: il consiglio di amministrazione, il collegio sindacale, il pubblico ministero, il giudice le autorità di controllo»**.

Il Tribunale ha inoltre ritenuto che, nel caso di specie, l'esercizio degli indicati poteri avrebbe impedito, secondo una valutazione di elevata probabilità razionale, l'approvazione di bilanci falsi, la realizzazione di operazioni dolose e di distrazioni.

A fronte dei chiari segnali di allarme che portavano a ritenere che la situazione esposta nei bilanci fosse difforme da quella reale, i consiglieri privi di delega avrebbero potuto agire con la necessaria gradualità, operando dapprima all'interno del consiglio di amministrazione per ottenere le necessarie informazioni sui profili di allarme distintamente emersi. Ad esempio, innanzitutto si sarebbero potuti attivare per acquisire i dati relativi all'effettivo indebitamento del gruppo e alla gestione della liquidità.

In assenza di risposte convincenti, avrebbero potuto attivare i sindaci, i revisori e le autorità di controllo (in primo luogo, la Consob).

Così facendo, il gruppo non avrebbe potuto continuare la fallimentare gestione e l'aumento dell'indebitamento, come – ha rilevato il Tribunale – è concretamente dimostrato dal fatto che, successivamente alla attivazione della Consob e alla individuazione del fondo “Epicurum”, Tanzi, Tonna e i loro complici non sono più riusciti a nascondere la reale situazione della Parmalat.

Analoghi effetti si sarebbero verificati a seguito della mancata approvazione dei progetti di bilancio, anche solo da parte di alcuni consiglieri. Il gruppo Parmalat era quotato in borsa e, a giudizio della Corte, *«l'eventuale denuncia degli amministratori alle autorità di controllo o comunque anche la mancata approvazione del progetto di bilancio da parte di stimati professionisti avrebbero certamente impedito alla società di continuare ad operare illecitamente»*.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto non condivisibile la tesi – prospettata dalle difese di alcuni imputati – secondo cui qualsiasi iniziativa sarebbe stata priva di effetti, poiché Tanzi e Tonna avrebbero sicuramente riferito al consiglio notizie false cercando di mettere a tacere i loro interlocutori.

Per i giudici di prime cure, invece, è evidente che *«in presenza di amministratori decisi a comprendere l'effettiva situazione del gruppo e quindi a non approvare le iniziative assunte in assenza di informazioni complete e coerenti, ben poco avrebbero potuto fare il Presidente e il direttore finanziario di Parmalat»*.

Parimenti è giudicato privo di pregio l'argomento secondo cui gli amministratori non avrebbero potuto assumere iniziative concretamente efficaci, perché avrebbero esposto il gruppo a gravissime conseguenze negative, soprattutto sotto il profilo finanziario.

A tale ultimo riguardo, il Tribunale ha ribadito che i consiglieri non esecutivi avrebbero potuto agire con la necessaria gradualità: in presenza di chiari e inequivocabili segnali di allarme e del rifiuto degli amministratori esecutivi di fornire chiarimenti, l'assunzione di iniziative di maggiore impatto potenziale per la società, a quel punto, sarebbe stato necessario e doveroso, e – a giudizio della Corte – avrebbe evitato il dissesto o, comunque, un notevole aggravamento dello stesso.

Il Tribunale, infine, ha concluso sul punto rilevando anche che *«la costante passività e inerzia degli amministratori non esecutivi hanno certamente rafforzato il proposito degli autori delle falsificazioni, che sapevano di poter far conto in primo luogo su amministratori che mai avrebbero sollevato problemi»*. Durissimo, pertanto, e attentamente motivato, il giudizio del Tribunale di Parma sulla posizione dei consiglieri non esecutivi.

Il Tribunale ha dedicato ampissimo spazio alla disamina dei distinti “segnali di allarme” in ordine allo stato di pericoloso squilibrio della situazione economico-finanziaria del gruppo, in particolare distinguendo tra: anomalie emerse nel corso dei consigli di amministrazione di Parmalat Finanzia S.p.A. circa gli elementi risultanti dai bilanci consolidati; principali accadimenti degli ultimi anni (2001-2003) di vita del gruppo Parmalat; ulteriori “segnali di allarme” percepiti dagli amministratori non esecutivi.

A fronte di tali evidenze, la Corte ha poi specificamente analizzato le condotte dei consiglieri privi di deleghe, facendo emergere la situazione di un organo amministrativo che non aveva minimamente assolto ai propri doveri di supervisione dell'andamento aziendale e di costante monitoraggio degli amministratori muniti di deleghe.

In sintesi, gli evidenti sintomi di forte anomali sono stati individuati dai giudici di prime cure nei seguenti elementi:

- Un elevato quantitativo della liquidità, che cresceva sempre nel corso degli anni, con crescita che avveniva sempre a prescindere dall'importo destinato ad investimenti effettuati nel corso degli anni.

- A fronte di tale elevato livello di liquidità, si riscontrava un notevole indebitamento lordo del gruppo, anch'esso costantemente in crescita, con oneri finanziari lordi elevati.
- La giustificazione addotta per la detenzione della liquidità (ossia «*momentanee disponibilità accumulate alla fine dell'esercizio a seguito di finanziamenti ricevuti e non utilizzati ancora*») era palesemente non credibile, tenuto conto che analoghe disponibilità liquide erano presenti anche nei bilanci precedenti. Anche l'affermazione, ripetuta in più occasioni nella relazione al bilancio degli amministratori, secondo cui la liquidità era detenuta per cogliere prontamente occasioni sul mercato per effettuare acquisizioni rappresentava – a giudizio del Tribunale – una giustificazione non credibile, atteso che la liquidità continuava a crescere indipendentemente dalle acquisizioni eseguite.
- L'inclusione delle obbligazioni tra i debiti bancari – palesemente non corretta – impediva una ricostruzione della composizione dell'indebitamento.
- Il livello di indebitamento emergente dai bilanci della Parmalat S.p.A. evidenziava una costante crescita dello stesso e un costo del debito estremamente e inspiegabilmente elevato.
- Nel bilancio consolidato di Parmalat Finanziaria S.p.A. del 2000 vi era una voce, rappresentata da proventi derivanti dal c.d. “swap Sumitomo”, tale da costituire un significativo elemento di preoccupazione.
- Il rapporto contraddittorio e anomalo tra liquidità e indebitamento fu oggetto di richiesta di approfondimento nel corso del 2000 da parte del sindaco Martellini, il quale tuttavia non ottenne i dati richiesti dalla società di revisione. La criticità dell'elevato livello dell'indebitamento lordo e il suo rapporto con la liquidità, così come la opacità dei dati contenuti nel bilancio circa l'indebitamento, vennero rilevati anche dagli analisti di “Fitch Ratings” al momento dell'attribuzione del *rating*, nel 2000.
- A partire dal 2000, gli amministratori del gruppo Parmalat comunicarono alla comunità finanziaria che era sostanzialmente conclusa l'epoca delle acquisizioni e che il gruppo avrebbe puntato al consolidamento delle stesse, utilizzando la liquidità

detenuta per la riduzione dell'indebitamento. Le dichiarazioni rese da Tanzi e Tonna risultarono, tuttavia, smentite dal comportamento tenuto dal gruppo, considerato che negli anni dal 2001 al 2003 la liquidità detenuta, l'indebitamento e la raccolta di mezzi finanziaria presso terzi aumentarono costantemente, nonostante la riduzione in modo evidente degli investimenti.

- L'emissione di *bond* era continuata, anche in condizioni di mercato difficili e a costi molto elevati.
- Le problematiche relative all'assetto di *governance* del gruppo, all'esercizio delle funzioni di controllo e alla concentrazione dei poteri in capo a Tanzi, venivano evidenziate nel 2000 dal sindaco Martellini e nel dicembre 2002 dal "Fondo Hermes". In ogni caso, nel corso degli anni gli amministratori non esecutivi avevano avuto modo di percepire la notevole concentrazione di poteri di straordinaria e ordinaria amministrazione in capo a Tanzi, imprenditore che, scrivono i giudici, «*nonostante la fitta rete di potere che aveva costruiti, non poteva considerarsi, sotto molti aspetti, come affidabile*» (al riguardo sono menzionati gli investimenti con esiti fortemente negativi nel settore televisivo e nel ramo turistico, le spese assolutamente eccessive per il Parma Calcio e la mancanza di mezzi propri per procedere alla ricapitalizzazione del gruppo).
- Dalla fine del 2002, analisti finanziari, intermediari finanziari e stampa specializzata evidenziarono incongruenze tra i dati risultanti dai bilanci del gruppo sull'ammontare dell'indebitamento (in particolare, dei prestiti obbligazionari) e quelli risultanti dalle banche dati di dominio pubblico (Bloomberg).
- Nel dicembre 2002, Tonna e Tanzi dichiararono ai giornali il riacquisto dei propri *bond* per importi elevatissimi; l'importo dei *bond* riacquistati e il fatto che dette operazioni non fossero mai state comunicate in precedenza rendevano la vicenda del riacquisto delle obbligazioni del tutto anomala e contraddittoria.
- Dall'inizio del 2003, l'agenzia di *rating* "Standard&Poor's" comunicò in più occasioni alla Parmalat e al mercato che il *rating* sarebbe potuto migliorare, qualora il gruppo avesse utilizzato la liquidità in cassa per diminuire la propria esposizione debitoria complessiva.

- Le dimissioni di Tonna nel marzo del 2003 rappresentarono un evidente segnale di allarme e di preoccupazione, tenuto conto tra l'altro che avvennero in un momento particolarmente critico per il gruppo.
- Nel luglio del 2003, fu aperta una istruttoria da parte della Consob nei confronti del gruppo Parmalat. A seguito delle prime richieste formulate dalla Commissione e delle risposte fornite dalla Parmalat, la Consob si rese immediatamente conto (già nel luglio 2003) della presenza di alcuni importanti elementi di anomalia e di contraddizione nella struttura finanziaria e patrimoniale del gruppo.

Non vi è dubbio, pertanto, hanno concluso i giudici di primo grado, che *«per lo meno a partire dalla fine del 2002 [per quanto riguarda Silingardi e Sciumè gli elementi di conoscenza sono giudicati risalire a un periodo precedente l'anno 2002] i segnali d'allarme percepiti dagli amministratori della capogruppo Parmalat Finanziaria (e anche dal consigliere di Parmalat S.p.A., Giuliano Panizzi), considerati nel loro complesso, possano definirsi perspicui e peculiari [...]. Essi facevano infatti chiaramente intravedere la realizzazione di false comunicazioni sociali occultanti una situazione di pericolo squilibrio finanziario del gruppo e delle principali società controllate».*

All'esito del minuzioso esame delle singole posizioni individuali, il Tribunale di Parma ha condannato gli amministratori non esecutivi di Parmalat Finanziaria S.p.A. alle pene finali di sei anni di reclusione per Luciano Silingardi; cinque anni e quattro mesi per Paolo Sciumè; quattro anni per Enrico Barachini; quattro anni per Mario Alfonso Paolo Mutti; un anno e sei mesi per Sergio Erede;⁷⁴ quattro anni di reclusione per il consigliere non esecutivo di Parmalat S.p.A., Giuliano Panizzi.

⁷⁴ L'avvocato Sergio Erede è entrato nel consiglio di amministrazione di Parmalat Finanziaria S.p.A. nel 1991, successivamente alla quotazione in borsa, e vi è rimasto fino all'approvazione del bilancio del 2000 (dunque fino alla primavera del 2001). Sin dal primo grado di giudizio, in capo ad Erede è stata ravvisata una responsabilità colposa. La condanna, pertanto, si riferisce alla cooperazione colposa nel reato di cui all'art. 224, n. 2, l. fall. ("Fatti di bancarotta semplice"): l'aver concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi imposti dalla legge.

Altrettanto ampio e minuzioso è l'esame condotto dalla Corte di Appello di Bologna, presieduta dal dott. Francesco Maddalo.⁷⁵

La Corte innanzitutto ha premesso che alcuna forza giuridica è stata attribuita, neppure dai giudici di prime cure, alla teoria del "reato collegiale". Secondo tale orientamento, infatti, sviluppatosi all'ombra delle previsioni normative del codice di commercio del 1882, tutti gli amministratori di una società rispondono del reato commesso dal collegio ove non abbiano adempiuto alle formalità esonerative previste dall'attuale terzo comma dell'art. 2392 c.c.

Tale forma di responsabilità penale si pone al di fuori di ogni crisma di costituzionalità, in quanto palesemente oggettiva, oltre che dichiaratamente per fatto altrui.

I giudici di appello, dopo avere altresì precisato che, sebbene l'organo amministrativo sia collegiale, ciò non vale a far attribuire a ciascun amministratore la responsabilità di quanto di penalmente rilevante sia derivato dalla gestione congiunta, hanno chiaramente affermato la necessità di accertare il contributo attivo o omissivo che il singolo componente del consiglio abbia fornito alla determinazione dell'evento, ancorché in concorso con altri soggetti.

Prendendo, dunque, le mosse dalla disciplina del concorso di cause, oltre che del concorso di persone, la Corte ha osservato come *«se quale principio filosofico di base di assume che l'azione dell'uomo non può mai, quasi per definizione, ritenersi causa da sola sufficiente ed idonea a determinare l'evento, i fatti in contestazione non possono essere valutati separatamente, ovvero come condotte scisse ed indipendenti l'una dall'altra e poste in essere da ciascun agente isolatamente considerato; occorre per contro ragionare da un lato in termini di concorso di cause preesistenti o sopravvenute nella determinazione di un medesimo evento, e dall'altro tenendo presente i principi vigenti per il concorso di più persone nello stesso reato»*.

Inoltre, prima di passare alla disamina dei controversi profili di responsabilità del componente del consiglio d'amministrazione che abbia tenuto un comportamento esclusivamente omissivo, la Corte di Appello ha espresso alcune rapide considerazioni in tema di gruppi di società.

⁷⁵ Corte di Appello di Bologna, 23 aprile 2012 (dep. 20 ottobre 2012), n. 864. Anche questa pronuncia è stata messa a disposizione dall'avv. Luca Troyer del Foro di Milano.

In particolare, alcun fondamento è stato riconosciuto alla obiezione, formulata da alcune difese, secondo cui non vi sarebbe stata distrazione nei flussi di denaro che da Parmalat S.p.A. andavano a finanziare altre società o settori del gruppo. La Corte ha osservato che il concetto di *holding* ha valenza solo finanziaria e programmatica, lasciando intatta la distinzione giuridica e patrimoniale tra le diverse società. Di conseguenza, la destinazione di risorse da una società all'altra, sia pure collegata, integra perfettamente la violazione del vincolo patrimoniale nei confronti dello scopo sociale.

Inoltre, con riferimento alla questione della c.d. "falsità derivata" del bilancio consolidato, i giudici di appello hanno rilevato che, posto che la falsità del dato contabile trasmesso dalle società controllate si trasferisce indiscutibilmente sul bilancio della controllante, è inevitabile ritenere la responsabilità degli amministratori delle controllate anche per i falsi in bilancio della controllante. Per contro, ha osservato la Corte, *«ciò non significa automaticamente che il redattore del consolidato sia responsabile di tale falsità solo in funzione della apposizione della firma sul documento, poiché è ovviamente necessario accertarne la consapevolezza della non corrispondenza del dato percepito alla verità»*.

L'analisi della Corte di Appello dei profili di responsabilità degli amministratori non esecutivi si è concentrata sui punti salienti dei doveri e poteri dei consiglieri di amministrazione e sulla motivazione del dolo accertato in capo a essi.

Il Collegio, innanzitutto, ha seccamente rigettato la lettura della c.d. "sentenza Bipop-Carire" avanzata da alcune difese, secondo cui la riforma del diritto societario, in seguito anche del Testo Unico della Finanza nel 2006, avrebbe pressoché eliminato la posizione di garanzia degli amministratori privi di deleghe, sostanzialmente svuotando la funzione di contenuto e di poteri, e attribuendo ogni onere e dovere relativo alla redazione e al controllo della veridicità dei documenti contabili e di bilancio agli amministratori delegati e al "dirigente preposto".

La Corte ha ribadito che è rimasto *«immutato l'obbligo degli amministratori di tutelare tanto la società (con i suoi soci e dipendenti), quanto i creditori nei loro diritti: tutto ciò in relazione al dovere di preservare la "conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" che incombe su tutti gli amministratori e che si sostanzia in doveri generici e specifici»*.

Sono, quindi, ripercorsi i contenuti del “dovere di agire informato”, e i relativi poteri ad esso correlati, in termini che poco aggiungono rispetto a quanto rilevato dal Tribunale nella sentenza di primo grado.

La Corte di Appello ha, invece, insistito sui due punti in particolare, ossia i) l'impossibilità, nel caso concreto, di invocare il principio di affidamento e la asserita inutilità di qualsiasi iniziativa sarebbe stata intrapresa, ii) la irrilevanza del canale informativo attraverso cui univoci e specifici segnali di allarme giungono alla conoscenza dell'amministratore.

Agli argomenti degli appellanti circa le difficoltà per i non esecutivi di comprendere la dannosità di certe decisioni, non potendo alcuni di loro immaginare la reale situazione del gruppo, come pure la totale inutilità (la inefficacia causale impeditiva) di qualunque reazione, i giudici di secondo grado hanno risposto, anzitutto ribadendo che *«all'azione alternativa lecita (opposta all'inerzia dolosamente partecipativa) non deve richiedersi quale unica, valida ed essenziale efficacia causale quella di impedire il default nella sua interezza»*.

Come già, almeno in parte, efficacemente espresso dal Collegio di prime cure, anche per la Corte di Appello *«una qualsiasi azione di pubblico dissenso in ordine all'ennesima emissione di bond o alla loro appostazione in bilancio, o una richiesta di maggiori chiarimenti pubblicamente formulata [...] avrebbe costituito un intervento proficuo che, pure se non idoneo a preservare la conservazione dell'integrità totale del patrimonio sociale, avrebbe comunque espresso tramite una funzione di allarme e manifesto controllo quella tutela della società (con i suoi soci e dipendenti), e dei diritti dei suoi creditoris»*.

Del pari, la Corte non ha in alcun modo condiviso la tesi difensiva secondo cui le informazioni fornite dagli esecutivi e dalla “cabina di regina” della *holding* sarebbero state ampie ed affidabili, tali da dover ravvisare nel caso di specie l'applicabilità della “scriminante sostanziale” del principio dell'affidamento.

Al riguardo, non solo è avvalorato che l'affidamento alle informazioni rese non può ammettere cieca rinuncia alle personali facoltà critiche e al corredo di competenze professionali, ma è espressamente osservato come *«proprio ed anche l'esistenza di evidenti segnali di anomalie escludesse la possibilità per sindaci e consiglieri di acquietarsi alle spiegazioni fornite dagli esecutivi – senza peraltro neppure richiedere di vedere la documentazione di supporto alle singole operazioni – segnatamente avuto riguardo alle di loro elevate e specifiche competenze tecniche [...], i*

consiglieri non esecutivi ed i sindaci di Parmalat Spa e Par.fim Spa erano tutt'altro che delle semplici "teste di lego", ignari delle vicende societarie e privi di competenze ed esperienza specifica in materia, bensì erano avvocati di elevata professionalità, funzionari e dirigenti bancari di vecchia data, revisori contabili e commercialisti estremamente preparati, che erano legati al gruppo di Collecchio ed alla sua storia da rapporti (personali o professionali) di annosa data».

Infine, la Corte ha ampiamente espresso che le informazioni e gli *input* necessari per apprezzare l'anomalia del segnale possono giungere all'amministratore anche attraverso fonti informali.

Sebbene non siano le reazioni del mercato, della stampa o degli analisti finanziari a poter costituire di per sé un chiaro e puntuale segnale di allarme, di contro la *«percepibilità [degli illeciti] poteva ancorarsi ai più vari e diversi input di conoscenza a disposizione degli imputati, formali o informali, interni o esterni, personali o pubblici, discutibili o meno che essi fossero. E così articoli di stampa, opinioni di analisti, mail di investitori, relazioni personali dirette con i dirigenti, comunicazioni al mercato, relazioni al bilancio, cifre iscritte in Centrale Rischi, dati contabili, reazioni della Borsa, Bloomberg, missive, appunti: tutto ciò e molto altro ancora (come più oltre si vedrà) valeva o poteva valere concretamente a stimolare la consapevolezza – e pertanto a rendere concretamente percepibili – di tali anomalie e illeciti (se non addirittura a provarne la piena e definitiva conoscenza)».*

Ancora più nello specifico, la Corte ha osservato che *«una ben precisa e documentata contestazione o notizia giornalistica ben poteva fungere quanto meno da impulso informativo».* Ad esempio, l'intervista del dicembre 2002 a Milano Finanza, in cui Tonna rilevava per la prima volta riacquisti di *bond* mai precedentemente comunicati in Consiglio d'Amministrazione e ammetteva sostanzialmente che in bilancio mancava l'indicazione di una fetta importante del debito, doveva costituire – a giudizio della Corte di Appello – *«un potente campanello d'allarme per i consiglieri del gruppo».*

I giudici di secondo grado sono poi passati a esaminare quei fatti da essi ritenuti segnali oggettivamente perspicui e peculiari dei fatti di reato, tralasciandone invece altri giudicati suscettibili di interpretazioni plurime.

Tra i segnali univocamente indicativi di preoccupanti e gravi anomalie nella gestione sociale, sono ricompresi:

- La liquidità: nonostante una campagna di acquisizioni e investimenti di rilevanza mondiale condotta dalla Parmalat dalla metà degli anni '90 al 2000, la liquidità del gruppo risultava in evidente e costante crescita (passata da 248 milioni nel 1994, a 1.800 milioni nel 1998, a circa 3.300 milioni nel 2003), con una progressione assolutamente anomala e sproporzionata rispetto a quella evidenziata nei bilanci dei principali *competitors*. A parere della Corte, le spiegazioni fornite a tali anomalie erano del tutto inconsistenti (ad esempio, asseriti investimenti in strumenti a basso rischio e a rapida esigibilità, necessità di compiere acquisizioni, utilità per procurarsi vantaggi fiscali). Infine, è ribadito che non era affatto necessario che gli amministratori avessero dubitato della effettiva esistenza della liquidità, non essendo richiesto, ai fini del concorso omissivo doloso in bancarotta impropria, che l'amministratore abbia completa e certa conoscenza dell'evento pregiudizievole, ma essendo sufficiente che in esso apprezzasse concreti segnali di anomalia e non si attivi per verificarne il significato.
- Il debito: esso aveva un andamento analogo a quello della liquidità, essendo sempre in crescita e non mostrando alcuna apparente correlazione con le vicende economiche e le scelte gestionali del gruppo; anzi, in modo del tutto anomalo, già nel periodo 1996/1999 l'indebitamento cresceva in misura pressoché doppia rispetto agli investimenti effettuati. Ancora più allarmanti erano i dati del periodo successivo, quando cessarono le acquisizioni.
- Il "buy back" sui *bond*: in una intervista a Milano Finanza dicembre 2002, Tanzi e Tonna diedero atto del fatto assolutamente rilevante e peculiare che Parmalat aveva riacquistato i propri stessi *bond*. Ed infatti, dopo una stringente serie di contestazioni da parte del giornalista circa la divergenza tra il debito iscritto in bilancio e quello risultante dai canali ufficiali, e all'esito di svariati tentativi malriusciti di fornire una spiegazione di tale discrasia, Tonna ammise che la differenza era spiegata dal fatto che alcune società del gruppo avevano riacquistato *bond* emessi da altre. Nonostante le numerose e palesi incongruità, nessuno degli amministratori di Parmalat Finanziaria avanzò mai alcuna domanda, richiesta di chiarimento o di esibizione di documentazione.

- L'aumento di capitale di Parmalat Participacoes: nel dicembre 1999 due veicoli, Food Holding e Dairy Holding, costituiti alle isole Cayman da Bank of America, sottoscrivevano un aumento di capitale della società brasiliana Parmalat Participacoes per complessivi 300 milioni di dollari. Dopo soli due giorni, i 300 milioni uscivano da Parmalat Administracao e venivano versati su un conto intestato alla finanziaria del gruppo Parmalat operante in Urugrua, collettore dei fondi necessaria per finanziare l'area del Sudamerica. Tanzi aveva rappresentato al consiglio che si trattava di una proposta ricevuta da Bank of America relativa all'ingresso di alcuni investitori finanziari nord-americani nel capitale di Parmalat Administracao.
- Lo swap "Sumitomo": nel 2000 l'utile di bilancio di Parmalat Finanziaria coincide per l'81% con il ricavato di una operazione poi dimostratasi del tutto fittizia. Nessuna richiesta di spiegazioni viene avanzata in Consiglio e nessun chiarimento viene chiesto sul punto.
- Eventi dell'estate e dell'autunno 2003, tra i quali sono menzionati: alcune forti reazioni da parte di stampa e analisti, i quali arrivarono a rappresentare i propri dubbi sulla effettiva esistenza della cassa del gruppo; la emissione di due nuovi *bond* (Ubs e Deutsche Bank), nonostante la di poco precedente dichiarazione che il gruppo non avrebbe effettuato ulteriori emissioni obbligazionarie; l'avvio delle ispezioni da parte di Consob. Il tutto – si legge in sentenza – «*sempre nell'assoluto silenzio degli amministratori*».

In conclusione, all'esito dell'esame dell'impugnazione proposta nell'interesse di ciascun amministratore non esecutivo, la Corte di Appello ha sostanzialmente confermato l'impianto della sentenza di primo grado.

In particolare, sono state confermate le condanne a sei anni di reclusione nei confronti di Silingardi e a quattro anni nei confronti di Barachini; sono state lievemente ridotte quelle nei confronti degli altri non esecutivi (cinque anni e tre mesi per Sciumè, tre anni e sei mesi per Mutti, un anno per Erede); infine, è stata dichiarata la prescrizione dei reati contestati al consigliere di Parmalat S.p.A., Giuliano Panizzi.

2. IL CASO “FINMATICA”: CASS., SEZ. V, 5 OTTOBRE 2012, N. 23000. – Nel processo per bancarotta avviato a seguito del fallimento di alcune società del gruppo Finmatica, il Giudice per l’Udienza Preliminare presso il Tribunale di Brescia e la Corte di Appello di Brescia hanno affermato la responsabilità penale di tre consiglieri d’amministrazione non esecutivi per concorso omissivo nei reati dei delegati.

L’azienda fallita era una realtà di spicco nel settore della produzione di software informatici per il settore bancario e assicurativo.

Agli amministratori e sindaci erano contestati plurimi fatti di bancarotta fraudolenta da c.d. reato societario (in particolare, false comunicazioni sociali), delitti di ostacolo alla funzione di vigilanza e aggio.

Il Giudice per l’Udienza Preliminare ha dedicato tre sole pagine alla motivazione sulla responsabilità degli amministratori privi di deleghe.⁷⁶

In sentenza è dato conto della modifica intervenuta a seguito della riforma del diritto societario e del permanere di una posizione di garanzia in capo agli amministratori di società, sebbene diversamente definita con riferimento ai doveri, e ai correlati poteri, dei consiglieri.

Il giudice di prime cure è poi passato a considerazioni assolutamente generali in tema di dovere di agire informato, “segnali di allarme” e poteri di impedimento, per lo più limitandosi a riportare il dettato normativo e ampissimi principi di diritto espressi dalla Cassazione.

Le considerazioni che hanno condotto il Gup di Brescia a condannare i tre amministratori non esecutivi appaiono eccessivamente astratte, quasi del tutto slegate da qualsivoglia attenta applicazione al caso concreto.

Basti pensare a un passaggio ove si legge che *«l’amministratore non esecutivo potrà di regola fare affidamento nell’esatto adempimento della delega da parte del delegato, ma naturalmente tale affidamento sul corretto operato dei colleghi dovrà arrestarsi di fronte a segnali d’allarme quali, ad esempio, una*

⁷⁶ Gup presso il Tribunale di Brescia, 16 dicembre 2008 (dep. 19 gennaio 2009), n. 1445, giud. dott.ssa Eliana Genovese. Pronuncia gentilmente messa a disposizione dall’avv. Massimo Bonvicini.

informazione non corretta, carente o addirittura mancante da parte degli esecutivi». Senza che a ciò sia stata fatta seguire alcuna osservazione in merito alla vicenda oggetto di accertamento.

All'esito di tale scarno argomentare, il Giudice dell'Udienza Preliminare ha condannato due amministratori alla pena di due anni e otto mesi di reclusione, il terzo alla pena di due anni e dieci mesi.

La Corte di Appello di Brescia, presieduta dal dott. Giulio Deantoni, non è stata di molto più precisa nel confermare la condanna nei confronti dei tre amministratori, soltanto riducendo la pena per tutti a due anni di reclusione.⁷⁷

Le difese degli imputati avevano opposto varie obiezioni alle considerazioni svolte dal giudice di prime cure.

In particolare, era stato sottolineato come gli amministratori non esecutivi non avessero avuto alcun motivo di dubitare della correttezza dei dati aziendali contenuti nei bilanci predisposti dagli uffici centrali, anche in considerazione del fatto che la loro attendibilità era stata vagliata dalla società di revisione.

Per contro, i giudici di appello hanno ritenuto di non poter condividere tale tesi, rilevando come già in punto di diritto non sia sufficiente invocare la circostanza che i controlli contabili sarebbero stati normativamente demandati alla società di revisione.

L'obiezione risultava altresì priva di pregio. Come in punto di fatto, dal momento che, nella vicenda in esame, i controlli esercitati sui bilanci dalla società di revisione erano risultati assolutamente generici e superficiali.

A tale riguardo, in sentenza sono richiamate le dichiarazioni rese da due testimoni, i quali avevano riferito che ai revisori venivano fornire le bozze dei bilanci dopo il "secondo giro", e che gli stessi eseguivano un controllo "molto blando", meramente documentale, senza entrare nel merito delle singole appostazioni.

Inoltre, la Corte ha reputato emblematica di tali considerazioni *«la risibile relazione predisposta dalla società di revisione "Grant Thornton s.p.a." [...]. Essa consta clamorosamente di una sola paginetta, contenente una mere attestazione distile, senza che si dia conto di alcune specifica*

⁷⁷ Corte di Appello di Brescia, 28 febbraio 2011 (dep. 27 maggio 2011), n. 400. Anch'essa fornita dall'avv. Bonvicini.

valutazione contabile, né dei criteri adottati, né delle poste esaminate, né di alcun raffronto. In definitiva, potrebbe valere per qualsiasi impresa holding, non essendo stata indicata alcuna parola che identifichi la stessa come relativa unicamente a Finmatica s.p.a.».

Tali premesse hanno portato la Corte di Appello a condividere che fosse stato correttamente accertato l'elemento soggettivo del dolo in capo ai non esecutivi, e non invece della colpa, ritenendo – senza ulteriori specificazioni – sussistenti *«plurimi e gravi elementi di allarme, tutti univoci verso una stessa direzione, quella di rappresentare un risultato d'esercizio superiore al reale».*

Diversamente, la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di appello, pronunciandosi sul ricorso presentato dagli imputati.⁷⁸

La Suprema Corte ha ritenuto che i “segnali di allarme” evidenziati dai giudici di merito – situazioni di conflitto di interessi, omessa considerazione di perdite già maturate, carenze informative sui criteri di determinazione dei prezzi – non avessero necessariamente determinato in capo agli amministratori non esecutivi una condizione di sicura conoscenza delle finalità distrattive delle operazioni.

Dai richiamati elementi, la Cassazione ha ricavato che *«essi non seppero svolgere adeguatamente il loro compito, ma non ancora che l'omissione rivela una loro partecipazione dolosa al programma di “drenaggio di risorse” che altri avevano ordito».*

Pertanto, la Cassazione ha annullato la condanna, reputando necessaria una rivalutazione delle posizioni degli imputati da parte del giudice di appello per verificare se le acquisizioni istruttorie, oltre alla colpa degli imputati, consentissero di addivenire a un addebito di responsabilità a titolo di dolo.

In ultima battuta, la Corte di Appello di Brescia, presieduta dal dott. Enrico Fischetti, ha definitivamente assolto i tre imputati con formula “perché il fatto non costituisce reato”.⁷⁹

⁷⁸ Cass., Sez. V, 28 maggio 2013 (ud. 5 ottobre 2012), n. 23000 – imp. Berlucci, pres. Zecca, rel. Micheli.

⁷⁹ Corte di Appello di Brescia, 16 settembre 2014 (dep. 26 settembre 2014), n. 2876. Anche questa pronuncia è stata messa a disposizione dall'avv. Massimo Bonvicini.

Ed infatti, in assenza di diverse e ulteriori acquisizioni istruttorie rispetto a quelle già evidenziate, la Corte ha concluso come dall'esame degli atti processuali non emergesse alcun elemento idoneo a provare la effettiva conoscenza, da parte degli amministratori privi di delega, del rischio derivante dalle condotte loro addebitate. I giudici, inoltre, hanno rilevato come fosse del tutto superflua ogni ulteriore indagine circa la specifica esperienza e competenza professionale di cui ciascun consigliere fosse dotato.

3. IL CASO "CENTROMILANO FINANZIARIA": CASS., SEZ. V, 16 APRILE 2009, N. 36595. – Nel 2005 e nel 2008, rispettivamente Tribunale e Corte di Appello di Milano si sono pronunciate sulle responsabilità di amministratori e sindaci emerse a seguito del fallimento di uno dei primi gruppi operanti nel settore della intermediazione finanziaria.

Ai componenti degli organi di amministrazione e controllo di due società dichiarate fallite a brevissima distanza di tempo l'una dall'altra – la "Girardi & C. Commissionaria in Borsa Sp.A.", poi "Girardi & C. Sim S.p.A.", fallita in data 2 giugno 1994 e la controllante "Centromilano Finanziaria S.p.A.", dichiarata fallita il 5 luglio 1994 – era contestato di avere commesso in concorso tra loro reati di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione.

Le due società in questione, unitamente a una serie di altre strutture societarie minori, costituivano una sorta di gruppo operante nell'ambito di attività finanziarie.

I due organismi societari avevano i medesimi amministratori e una figura di riferimento, nella persona di Marco Bossio, che a vario titolo ne teneva le fila. Quest'ultimo era presidente e amministratore delegato di entrambe le società; l'esatto inquadramento del ruolo di questi è stato fondamentale per l'accertamento delle responsabilità degli altri componenti degli organi sociali.

La Seconda Sezione Penale del Tribunale di Milano, presieduto dalla dott.ssa Gabriella Manfrin, all'esito dell'inquadramento giuridico della posizione di garanzia degli amministratori di società e dell'esame delle posizioni individuali, ha condannato Bossio

alla pena di sei anni di reclusione, nonché i consiglieri di amministrazione, Pierangelo Dacrema e Alessandro Arrigoni, rispettivamente a sei e quattro anni di reclusione.⁸⁰

Le imputazioni riguardavano principalmente la tenuta dei libri sociali e delle scritture contabili in guisa da non consentire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, ad esempio a causa della effettuazione con alcuni clienti di operazioni mai transitate dalla contabilità ufficiale, tuttavia rappresentate ai clienti con rendiconti trimestrali che riproducevano dati mai contabilizzati.

Ed inoltre, la distrazione di titoli di proprietà della clientela, ad esempio costituendoli in pegno a garanzia di linee di credito concessa alla Centromilano Finanziaria, o finanziando direttamente quest'ultima mediante l'utilizzazione di disponibilità della clientela giacenti su un deposito fiduciario e su un conto corrente.

Il Collegio innanzitutto ha osservato come la peculiarità delle strette interconnessioni esistenti tra la Ghirardi e la Centromilano Finanziaria fosse dovuta anche al fatto che esse avevano non solo la sede, i collaboratori e la composizione dell'organo amministrativo del tutto coincidenti, ma era quasi completamente sovrapponibile anche l'organo di controllo, sicché sotto alcuni aspetti era risultato difficile esaminarne in modo distinto le vicende. Tutto ciò si era poi accentuato a partire dalla fase in cui, nel tentativo di arginare una crisi finanziaria travolgente, vi era stato un *«travasamento di clienti dall'una all'altra società, in un groviglio di rapporti che comunque hanno avuto come esito il crollo dell'intero gruppo»*.

Nel descrivere la problematiche di ordine generale della responsabilità nell'ambito di organi collegiali, il Tribunale ha espresso che amministratori e sindaci rivestono una "posizione di garanzia" nel senso che a essi *«l'ordinamento giuridico attribuisce poteri di gestione o di controllo e correlati doveri ben individuali, al fine di impedire gli eventi che, ponendosi in contrasto con le regole dettate per assicurare il corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale organizzata in forma societaria, mettano in pericolo sino a pregiudicarla la vita stessa dell'ente collettivo, determinando così anche effetti dannosi sui soggetti privati o pubblici che siano entrati in relazione con la società medesima»*.

⁸⁰Trib. Milano, Sez. II, 26 settembre 2005 (dep. 22 dicembre 2015), n. 9611. Le sentenze di merito relativa alla vicenda giudiziaria in esame sono state gentilmente messe a disposizione dall'avv. Pietro Traini del Foro di Milano.

Il Collegio ha poi espresso altre considerazioni di principio sul tema, ormai ampiamente note.

È forse di qualche interesse notare come in un passaggio della sentenza si legga che *«la violazione rilevante per l'art. 40 c.p. si realizza ogni qual volta sia riscontrabile in concreto la consapevole volontà di sottrarsi a quegli obblighi, il cui adempimento avrebbe invece potuto impedire l'evento dannoso e penalmente rilevante»*. In queste righe potrebbe essere scorso un richiamo a una sorta di teoria della *actio libera in causa*, applicata alla prova dell'elemento soggettivo del reato. Sennonché l'argomento non è stato ulteriormente sviluppato nel prosieguo della motivazione, pertanto esso appare rimanere una possibile suggestione nella mente del lettore.

Altresì, la Corte ha descritto la forma del dolo eventuale come tipicamente quella *«situazione in cui un soggetto essendo ben consapevole, per le ragioni del proprio ufficio o per conoscenze altrimenti acquisite, di un contesto oggettivamente rischioso – perché in contrasto con i criteri di correttezza amministrativa e di prudenza nelle scelte che regolano la vita di un organismo societario – non ponga in essere quei meccanismi di segnalazione e controllo che gli competono»*.

Più interessanti sono invece le considerazioni circa le posizioni individuali, soprattutto con riferimento ai due consiglieri di amministrazione.

Ed infatti, dopo avere delineato la posizione di Bossio, quale *«protagonista principale dell'intera vicenda, sempre presente dall'inizio alla fine e non solo perché dotato di cariche formali [...] ma anche perché sempre direttamente coinvolti in ognuno dei passaggi cruciali della gestione»*, il Tribunale si è occupato delle posizioni degli altri due amministratori imputati, ravvisando le loro responsabilità sulla base di argomentazioni assolutamente generali e presuntive.

Quanto a Dacrema, in primo luogo è posta in evidenza la circostanza che egli avesse incontrato e frequentato Bossio sin dal 1986, che fosse sempre rimasto nei consigli di amministrazione delle due società, nonché avesse assunto le medesime funzioni anche in alcune società partecipate. Da ciò è fatto discendere che egli potesse *«anche dall'interno conoscere quale fosse la reale consistenza patrimoniale e finanziaria di quelle imprese sui cui titolo si erano concentrati in modo così pervicace le operazioni di investimento dei capitali gestiti dalle due società»*.

Il Collegio non ha accolto la tesi di un ruolo di Dacrema in qualche modo subordinato alle scelte prevalenti del consigliere delegato.

Anzi, la Corte si è dichiarata “stupita” proprio dalla circostanza che egli avesse cercato di *«accreditarsi solo come un tecnico, [...] e poi pretenda di ignorare che proprio per quello a lui si sarebbe richiesto forse un’attenzione ancora più rigorosa nel valutare gli investimenti e il loro andamento»*.

E ancora, secondo i giudici di prime cure, la duplice presenza nei consigli di amministrazione aveva a lui sicuramente fornito l’occasione per rendersi perfettamente conto anche della sostanziale confusione patrimoniale tra controllante e controllata, come anche del travaso di clienti dall’una all’altra dovuto all’esigenza di condurre il rischioso gioco di equilibrio teso ad alimentare artificiosamente le disponibilità liquide delle società medesime.

Del tutto analoghe considerazioni sono svolte in riferimento al terzo membro dei due consigli di amministrazione: Alessandro Arrigoni, avvocato, che proprio in considerazione della sua professione era destinato a fornire vesti giuridiche alle scelte imprenditoriali e una sorta di consulenza legale circa le iniziative da assumere.

A giudizio del Tribunale, *«proprio la sua qualifica professionale di legale doveva essere particolarmente idonea a consentirgli di cogliere sia le violazioni delle regole formali [...], sia delle conseguenze di certe scelte gestionali sulla conservazione dell’integrità patrimoniale di entrambe le società»*.

Inoltre, il Collegio ha dato rilievo alla mera circostanza che egli fosse stato sempre presente a tutti i consigli di amministrazione e alle delibere nelle quali venivano assunte le decisioni importanti. Come pure al fatto che egli faceva parte degli organi di gestione di società controllate.

La Corte di Appello di Milano, presieduta dalla dott.ssa Erminia La Bruna, ha pienamente confermato le ragioni delle condanne emesse nei confronti di amministratori e sindaci della Centromilano Finanziaria, soltanto riducendo le pene inflitte a Bossio, Dacrema e Arrigoni, rispettivamente a cinque, quattro e tre anni di reclusione.⁸¹

I giudici di appello hanno seguito la stessa struttura della sentenza di primo grado, richiamandone ampissimi passaggi e riaffermando nel merito pressoché tutto quanto statuito dal Tribunale.

⁸¹ Corte di Appello di Milano, Sez. II, 22 maggio 2008 (dep. 28 agosto 2008), n. 2141.

In punto di inquadramento giuridico, sono passati in rassegna i medesimi temi.

Lo stesso, con riguardo alla disamina delle posizioni individuali.

La Corte di Appello ha confermato la responsabilità dei due consiglieri non esecutivi sostanzialmente sulla scorta di tre elementi, ossia la posizione rivestita all'interno dei consigli di amministrazione, la presenza alle delibere consiliari, le loro qualifiche e competenze professionali.

Con riferimento a Dacrema, si legge ad esempio: *«oltre ad aver fatto parte sempre del Consiglio di Amministrazione di entrambe le società fallite ha avuto analoghe funzioni anche nelle società partecipate [...]. Corretta appare quindi l'osservazione che poteva conoscere anche dall'interno le società sui cui titoli erano confluiti gli investimenti dei capitali gestiti da GIRARDI SIM e CMF»*. E ancora come *«la prospettata mancata conoscenza del ricorso ad anomali operazioni di finanziamento appare del tutto improbabile a fronte sia delle sue competenze professionali, sia del ruolo specifico che aveva nell'ambito societario, sia perché la stessa rilevante entità dei finanziamenti postulava con evidenza garanzie che la società non avrebbero potuto fornire con mezzi diversi da quelli cui avevano fatto ricorso»*.

Del tutto simili sono le considerazioni svolte nei riguardi di Arrigoni, ritenendo la Corte provata la sua responsabilità per il fatto che fosse componente non solo dei consigli di amministrazione di entrambe le società fallite, ma anche di società controllate; che proprio la sua posizione interna e la qualifica professionale dovessero consentirgli di rilevare sia le violazioni formali contestate sia l'incidenza delle scelte gestionali; che egli fosse stato presente ai consigli di amministrazione; come pure il fatto che ad esso fossero stati conferiti incarichi di negoziare determinate partecipazioni.

Il tutto – concludono i giudici di secondo grado – *«esclude la non conoscenza»*: sennonché, viene da osservare, di certo non equivale a ritenere provata la conoscenza.

Questo impianto motivazionale è crollato innanzi al giudizio della Corte di Cassazione.⁸²

La Suprema Corte ha annullato la condanna per vizio di motivazione in ordine all'elemento psicologico del reato.

⁸² Cass., Sez. V, 22 settembre 2009 (ud. 16 aprile 2009), n. 36595 – imp. Bossio, pres. Calabrese, rel. Marasca. Nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Soc.*, 2010, VII, 886.

In primo luogo, la Corte ha richiamato la sentenza “guida” pronunciata sul caso Bipop-Carire (Cass. Sez. V sent. n. 23838/2007), laddove, infatti, ha ribadito che *«per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi»*. In linea di principio – si legge in sentenza – *«Soltanto in presenza della prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili è possibile intravedere l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito»*.

L'applicazione di tali presupposti teorici al caso concreto su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi ha lasciato i giudici, testualmente, “perplexi”.

A giudizio del Collegio, infatti, dalle sentenze di merito emergeva una immagine del presidente e amministratore delegato delle due società incompatibile con lo stato di effettiva conoscenza degli illeciti da parte dei consiglieri di amministrazione.

In particolare, affiorava la figura di un amministratore che era il gestore di fatto di entrambe le società e che nascondeva agli altri consiglieri il contenuto e le reali finalità delle operazioni che progettava e realizzava. Come, ad esempio, dimostrava il fatto della gestione occulta di numerosi clienti, ai quali era inviata documentazione contraffatta per non fare emergere quanto stava accadendo. Dunque, una gestione occulta e occultata: operazioni occulte che erano sfuggite al controllo anche della società di revisione.

I giudici della Suprema Corte hanno censurato la ricostruzione del dolo in capo agli amministratori in ragione di un loro presunto elevato grado di preparazione tecnica, dunque del ragionamento del “non potevano non sapere”.

Investita del nuovo giudizio di merito, la Terza Sezione Penale della Corte di Appello di Milano, presieduta dal dott. Arturo Soprano, ha assolto i consiglieri Dacrema e Arrigoni con formula “perché non avere commesso il fatto” ed ha ridotto la condanna nei confronti di Bossio a quattro anni e sei mesi di reclusione.⁸³

⁸³ Corte di Appello di Milano, Sez. III, 18 ottobre 2011 (dep. 25 ottobre 2011), n. 3997.

Invero, dopo avere chiarito che agli amministratori senza delega è richiesto di attivarsi e di chiedere notizie sull'andamento delle operazioni quando queste possono suscitare, per le concrete modalità delle loro scelte ovvero della loro attuazione, perplessità e dubbi, la Corte ha evidenziato come non sia sufficiente la prova della esistenza di segnali di allarme, *«occorrendo anche quella della loro effettiva ed univoca percezione da parte di tali soggetti [amministratori e sindaci], tale da esigere una reazione impeditiva da parte degli stessi (prima del loro verificarsi): i campanelli di allarme assumono, infatti, valenza indiziante soltanto ove effettivamente ed adeguatamente percepiti con riferimento allo specifico evento illecito in itinere (e non a qualunque, generico, comportamento antidoveroso)»*.

Nel caso di specie, questa prova non era stata raggiunta.

Ad avviso della Corte di Appello, le scarse risultanze istruttorie non consentivano di ritenere provato che gli imputati avessero percepito univoci segnali di un comportamento antidoveroso di Bossio (o di altri soggetti) in pregiudizio della società e dei creditori sociali.

Anzi, plurimi elementi confermavano come Bossio avesse agito quale *dominus* in via del tutto autonoma e senza dare conto ad alcuno del proprio operato. Così, ad esempio, emergeva da dichiarazioni testimoniali e deposizioni degli stessi imputati e dalle stesse sentenze dichiarative di fallimento.

La Corte, inoltre, ha dato rilievo alla circostanza che neppure la Consob avesse mai colto segnali di comportamenti illeciti. Come neppure i revisori contabili, i quali avevano sistematicamente rilasciato alle società le prescritte certificazioni di bilancio.

In definitiva, i giudici hanno concluso che non vi era evidenza della presenza di perspicui segnali di allarme, né del fatto che gli amministratori fossero stati informati o avessero comunque appreso *aliunde* notizia della *mala gestio*, per cui l'ipotesi del concorso omissivo di amministratori e sindaci costituiva *«mera congettura, carente di qualsiasi conforto probatorio»*.

A ciò, la Corte ha aggiunto che neppure era stato in alcun modo indicato *«il concreto comportamento che gli imputati avrebbero dovuto tenere per impedire la consumazione del reato e se tale condotta si sarebbe potuta efficacemente attuare prima della commissione del reato»*, e come neanche potesse ritenersi acclarata una preventiva conoscenza da parte degli imputati. È infatti evidente, si legge in sentenza, che *«una conoscenza soltanto successiva al comportamento*

antidoveroso di Bossio non avrebbe potuto assumere rilevanza per impedire un fatto pregiudizievole, ormai definitivamente realizzato».

Capitolo 4

Il Regno Unito

1. LA RESPONSABILITÀ PENALE PER OMISSIONE. – In pressoché qualsiasi manuale di diritto penale inglese,⁸⁴ si legge che di regola il comportamento omissivo non è rilevante sul piano penale e che la responsabilità penale per omissione rappresenta una eccezione. Ad esempio, potrà forse stupire che nel diritto inglese l'omissione di soccorso non costituisce reato: se una persona sta affogando, un passante se ne accorge e prosegue il suo cammino, l'omesso intervento del passante non integra una fattispecie di reato. Tuttavia, ferma restando la generale irrilevanza sul piano penale delle condotte omissive, quasi ogni scritto e ogni decisione sull'argomento precisano che una responsabilità penale per omissione è configurabile in capo a chi aveva il dovere giuridico di agire ("a legal duty to act") e non lo ha fatto.

In particolare, in un autorevole manuale di diritto penale inglese sono state individuate otto situazioni da cui può nascere il dovere giuridico di agire:

1. Disposizione di legge ("Statutory duty"): ad esempio, l'obbligo della persona alla guida di un veicolo di sottoporsi ai controlli di alcol e droga (s. 6 del Road Traffic Act 1968);
2. Dovere dell'autorità di pubblica sicurezza ("Duties of law enforcement"): ad esempio, il caso dell'agente di polizia che non interviene a protezione di una persona vittima di aggressione;

⁸⁴ L'aggettivo "inglese" è spesso usato come abbreviazione di Inghilterra, Galles, Irlanda del Nord e Scozia (Regno Unito).

3. Contratto (“Contractual duty”): i doveri che originano soprattutto da contratti di lavoro, come nel caso del casellante chiamato a rispondere di omicidio colposo per avere omesso di chiudere il passaggio a livello;
4. Assunzione volontaria di responsabilità (“Assumed duties”): alcuni di questi doveri sorgono automaticamente, come nel caso del genitore responsabile della vita e dell’incolumità del figlio; invece è meno chiaro con riferimento ad altri tipi di relazioni, come nel caso di coniugi, fratelli e amici;
5. Proprietà o controllo di beni (“Ownership or control of property”): il dovere di impedire la commissione di reati che è tipicamente ravvisato in capo al proprietario di un veicolo o di una casa;
6. Continuazione di un atto (“Continuing act”): al riguardo, spesso è riportato il caso di un individuo che investì il piede di un agente di polizia con la ruota dell’automobile e li rimase (Fagan v Metropolitan Police Commissioner, 1969);
7. Creazione di una situazione di pericolo (“Creation of danger”): il *leading* case in proposito riguarda la vicenda di un uomo condannato per incendio doloso per essersi addormentato con una sigaretta accesa in mano, che diede fuoco al materasso in cui dormiva, al che l’uomo si destò e soltanto si trasferì in un’altra stanza (R v Miller, 1983);
8. Nuove situazioni (“Novel situations”): è espressamente menzionato che l’evoluzione giurisprudenziale può portare alla individuazione di nuove situazioni di dovere giuridico di agire in capo alla persona.⁸⁵

In una nota monografia dei primi anni ‘80 sul reato omissivo improprio, un illustre giurista italiano ha dedicato la parte iniziale dell’opera a profili di diritto comparato. In particolare, l’Autore, con riguardo al carattere eccezionale della responsabilità per omissione nei Paesi anglosassoni, osservava:

«Da un punto di vista storico, un tale assetto normativo deve essere ricondotto alle ideologie politiche e agli indirizzi culturali del liberalismo inglese, al quale appariva del

⁸⁵ J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials* (6th edn, OUP 2014) pp. 71-78. Si veda anche: D.J. BAKER, *Glanville Williams. Textbook of Criminal Law* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2012) pp. 171-184; J. LOVELESS, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials* (4th end, OUP 2014) pp. 44-65.

tutto estranea l'imposizione al cittadino di un obbligo di attivarsi, pur in presenza di una situazione di pericolo per altri e in assenza di un qualunque rischio personale per il potenziale obbligato: da una rigida distinzione tra diritto e morale si traeva, come corollario necessario, la conclusione che non fosse compito della legge penale quello di educare gli uomini a compiere delle "buone azioni".⁸⁶

In seguito, a cavallo tra anni '80 e '90, un interessante scambio di vedute tra due brillanti professori di diritto inglese ha animato il tema della responsabilità penale per omissione.

Il confronto era acceso da un articolo con cui il professor Andrew Ashworth auspicava che il diritto penale inglese in tema di omissione evolvesse dalla posizione tradizionale ("conventional view") verso una posizione di responsabilità sociale ("social responsibility view"). Nello specifico, l'Autore argomentava a favore della introduzione di tre fattispecie di reato:

- l'omissione di soccorso a una persona in improvviso pericolo ("failing to take steps to assist someone in sudden peril");
- l'omessa denuncia di determinati reati all'autorità di pubblica sicurezza ("failing to take steps towards law enforcement");
- l'omessa protezione della vita e integrità fisica del proprio figlio ("duty to ensure the health and welfare of one's children").

Il prof. Ashworth sosteneva che il termine "omissione" avrebbe dovuto essere riferito solo al mancato compimento di azioni che si è "in some duty to do" o, comunque, azioni che è ragionevole attendersi che una persona compia.

La differenza tra la posizione tradizionale e quella di responsabilità sociale si coglierebbe soprattutto in punto di estensione dei doveri posti in capo all'individuo.

I sostenitori della "social responsibility view" dubitavano che l'esistenza di particolari tipi di rapporto o la volontaria assunzione di responsabilità fossero presupposti indispensabili per la rilevanza penale dell'omissione; nutrivano perplessità circa la sussistenza di un differente disvalore morale tra non compiere un'azione prevedendone le conseguenze dannose e compiere un'azione che conduce alle medesime conseguenze negative; in ogni

⁸⁶ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 84.

caso, non credevano che le condotte omissive fossero meno adatte a essere penalmente sanzionate.

I sostenitori della “social responsibility view”, invece, ponevano l’accento sulla importanza della cooperazione nella vita sociale:

«The social responsibility view of omissions liability grows out of a communitarian social philosophy which stresses the necessary interrelationship between individual behaviour and collective goods. [...]. The foundation of the argument is that a level of social co-operation is both good and necessary for the realisation of individual autonomy. [...] Each member of society is valued intrinsically, and the value of one citizen’s life is generally greater than the value of another citizen’s temporary freedom».⁸⁷

Due anni dopo la pubblicazione di questo articolo del prof. Ashworth, il professor Glanville Williams rispondeva, ribadendo la validità della “conventional view” del diritto penale inglese in riferimento alle condotte omissive.

Il prof. Williams affermava, ad esempio, come la collettività avesse primariamente bisogno di reprimere condotte attive (“Bringing the ignorant or lethargic up to scratch is very much a secondary endeavour”) e come si dovesse tenere conto di una “moral difference” tra azione e omissione; diversità che esprimiamo nel nostro linguaggio e che rifletterebbe un nostro diverso atteggiamento psicologico alle due condotte.

L’Autore condivideva la proposta del prof. Ashworth di introdurre un reato di omissione di soccorso a persona in improvviso pericolo (“duty of easy rescue”), a patto però che venisse esclusa la sanzione della reclusione.

Il prof. Williams, invece, era contrario alle altre due proposte: si opponeva fortemente alla criminalizzazione dell’omissione di assistenza all’autorità di pubblica sicurezza (“What the citizen chooses to do to help the police must be left to his sense of citizenship”), mentre riteneva che l’omissione di cure al proprio figlio fosse già perseguibile attraverso una imputazione di “manslaughter” o “wilful neglect”.⁸⁸

⁸⁷ A. ASHWORTH, ‘The Scope of Criminal Liability for Omissions’ (1989) 105 LQR 424, pp. 441-442. Nel 2011 l’autore è tornato sul tema della responsabilità penale per omissione con il seguente articolo: A. ASHWORTH, ‘Public Duties and Criminal Omissions: Some Unresolved Questions’ [2011] JCL 1.

⁸⁸ G. WILLIAMS, ‘Criminal Omissions - The Conventional View’ (1991) 107 LQR 86.

In riferimento al tema del concorso mediante omissione nel reato, anche nell'ultima edizione del celebre "Textbook of Criminal Law" di Glanville Williams, Dennis J. Baker osserva che, quando il legislatore ha voluto rendere un soggetto responsabile per non avere impedito un reato, lo ha fatto, mediante la creazione di fattispecie di "permitting", "suffering" o "allowing" altri reati.⁸⁹

L'Autore afferma che questi reati possono essere commessi "either knowingly or recklessly, and in no other way", non per colpa ("negligence"): in particolare, non applicando la teoria della "constructive knowledge", sulla base della quale si potrebbe muovere un addebito di responsabilità alla persona che saprebbe, se tenesse una determinata condotta o compisse determinate azioni. In ogni caso, la persona condannata in virtù di una "offence of permitting" non assumerebbe la qualifica giuridica di concorrente nel reato che non ha evitato: la sua responsabilità sarebbe da considerarsi distinta.⁹⁰

2. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI PER REATI COMMESSI NELL'AMBITO DELLA GESTIONE SOCIALE. – Nel diritto inglese non c'è una previsione analoga all'articolo 40 cpv. del codice penale italiano, né è previsto un espresso dovere giuridico di agire in capo agli amministratori di società.

Se si cerca il materiale per una comparazione in termini di responsabilità penale omissiva degli amministratori di società, la questione risulta pressoché inesistente sia in dottrina che in giurisprudenza.

Pertanto, a prima vista, la rilevanza di condotte omissive degli amministratori sembrerebbe confinata all'ambito del diritto civile, delle sanzioni disciplinari e della "soft law".

⁸⁹ Ad esempio, sections 35 e 36 del Sexual Offences Act 1956, section 8 del Misuse of Drugs Act 1971, section 136 del Licensing Act 2003.

⁹⁰ D.J. BAKER, *Glanville Williams. Textbook*, cit. pp. 149-150, pp. 471-476. Cfr. anche G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law* (Stevens 1978) p. 298; G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law* (2n edn, Stevens 1983), pp. 126-127, p. 349.

Guardando più a fondo, tuttavia, ci si accorge che il tema non è estraneo al diritto penale inglese e che condotte che nell'ordinamento italiano vengono in rilievo in termini di concorso omissivo nel reato, nel sistema inglese possono ugualmente rilevare sul piano penale, ma alla luce di altri meccanismi.

Anzi, in astratto, nell'ordinamento inglese sembrerebbe che siano attratte nel raggio d'incriminazione del diritto penale addirittura condotte più ampie rispetto a quanto accade nell'ordinamento italiano.

A tale riguardo, di seguito sono illustrati i temi delle “consent and connivance” provisions, della “offence of fraud by abuse of position”, della “offence of fraudulent trading”, del reato di “reckless misconduct for bankers”, della “disqualification” degli amministratori di società, del “duty to monitor” e connessa “failure to act”.

2.1. LE “CONSENT AND CONNIVANCE” PROVISIONS. – Fra le disposizioni di legge che si applicano all'attività d'impresa, nel diritto inglese è frequente imbattersi nel seguente dettato normativo: “Se il reato commesso dalla società è stato posto in essere con il consenso o la connivenza di, o è attribuibile alla colpa di, un amministratore della società o altra persona che svolge funzioni analoghe, anche di fatto, l'amministratore o la persona rispondono del reato insieme alla società”.⁹¹

L'esempio più noto di “consent and connivance” provision è la section 37(1) dell'Health and Safety at Work Act 1974 (HSWA), rubricata “Offences by bodies corporate”:

«Where an offence under any of the relevant statutory provisions [cfr. s. 33] committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent or connivance of, or to have been attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or a person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate shall be guilty of that offence and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly».

⁹¹ Ne trattano: G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law* (Stevens 1978) p. 299; C. WELLS, *Corporation and Criminal Responsibility* (2nd edn, OUP 2001) p. 162; S. HORAN, *Corporate Crime* (Bloomsbury Professional 2011) pp. 84-100 (questo testo contiene spesso riferimenti al diritto irlandese); A. PINTO - M. EVANS, *Corporate Criminal Liability* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2013) pp. 75-78.

Dispongono in modo pressoché identico:

- s. 14(2) del Bribery Act 2010, con riferimento ai reati di cui alle ss. 1, 2 e 6, puniti con la reclusione fino a dieci anni o con sanzione pecuniaria o con entrambe: “Offences of bribing another person” (s. 1),⁹² “Offences relating to being bribed” (s. 2),⁹³ “Bribery of foreign public officials” (s. 6);⁹⁴
- s. 41(1) delle Environmental Permitting (England and Wales) Regulations 2007 – in precedenza s. 157 dell’Environmental Protection Act 1990 – in relazione ai reati previsti da questa legge (s. 38 “Offences”);
- s. 12(2) del Fraud Act 2006, con riferimento alle tre fattispecie di frode codificate nel 2006 – dall’allora governo laburista (Tony Blair, 1997-2007) – e punite con la reclusione fino a dieci anni o con sanzione pecuniaria o con entrambe: “Fraud by false representation” (s. 2),⁹⁵ “Fraud by failing to disclose information” (s. 3),⁹⁶ “Fraud by abuse of position” (s. 4);⁹⁷

⁹² La s. 1 del Bribery Act 2010 incrimina le condotte attive (“P offers, promises or gives a financial or other advantage”) di corruzione antecedente (“to induce a person”) e susseguente (“to reward a person”), propria e impropria (“for the improper performance of a relevant function or activity”). Interessante notare che il Bribery Act 2010 incrimina anche la condotta di chi offre, promette o dà, sapendo o credendo che l’accettazione del vantaggio costituisce di per sé stessa “improper performance of a relevant function or activity” – cfr. s. 1(3) Bribery Act 2010.

⁹³ La s. 2 del Bribery Act 2010 incrimina le condotte passive (“R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage”) di corruzione antecedente (“in anticipation of or in consequence of”) e susseguente (“as a reward”), propria e impropria (“for the improper performance of a relevant function or activity”). Specularmente a sopra, il Bribery Act 2010 incrimina anche la condotta di richiedere, accordarsi o ricevere, che costituisce di per sé stessa “improper performance of a relevant function or activity” – cfr. s. 2(3) Bribery Act 2010.

⁹⁴ La s. 6 del Bribery Act 2010 incrimina la condotta di chi offre, promette o dà denaro o altra utilità a un pubblico ufficiale straniero, allo scopo di influenzarlo nell’esercizio delle sue funzioni (“if P’s intention is to influence F in F’s capacity as a foreign public official”) e allo scopo di ottenere o assicurarsi un affare o un vantaggio nella conduzione di un affare (“P must also intend to obtain or retain (a) business, or (b) an advantage in the conduct of business”). Interessante notare che la disposizione in esame ammette che chi offre, promette o dà denaro o altra utilità non commette il reato di corruzione, se la legge scritta applicabile al pubblico ufficiale straniero permette o richiede a quest’ultimo di essere “influenzato” nell’esercizio delle sue funzioni attraverso l’offerta, promessa o dazione di denaro o altra utilità (“P bribes F if, and only if [...] (b) F is neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F’s capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift”) – cfr. s. 6(3) Bribery Act 2010.

⁹⁵ La fattispecie punisce chi, allo scopo di recare a sé o ad altri un vantaggio, o di causare ad altri un danno o di esporre altri a un pericolo di danno, “dishonestly makes a false representation”.

- s. 1255(1) del Companies Act 2006, con riferimento ai reati previsti da questa legge: ad es. “Misleading, false and deceptive statements” (s. 1250), punito con la reclusione fino a due anni o sanzione pecuniaria o entrambe;
- s. 23 del Private Security Industry Act 2001, in relazione ai reati previsti da questa legge: ad es. “Offence of using unlicensed security operative” (s. 5), “Offence of using unlicensed wheel-clampers” (s.6), “False information” (s. 22), puniti con la reclusione fino a sei mesi o sanzione pecuniaria o entrambe;
- s. 72(2) del Competition Act 1998, in relazione ai reati previsti da questa legge (ss. 42, 43, 44, 65, 67);
- s. 432(2) dell’Insolvency Act 1986, con riferimento ai reati previsti da questa legge: ad es. “Offences of fraud, deception, etc.” (ss. 206-211);⁹⁸
- s. 18(1) del Theft Act 1968, con riferimento al reato di “False accounting” (s. 17), punito con la reclusione fino a sette anni;
- s. 20(1) del Trade Descriptions Act 1968, con riferimento ai reati previsti da questa legge.

Tale elenco non è tassativo,⁹⁹ ma volto unicamente a dare una idea della diffusione delle “consent and connivance” nella legislazione inglese.

Passando, invece, a indagare l’aspetto della operatività in concreto di queste disposizioni, si evidenziano i seguenti aspetti.

Innanzitutto, il maggior numero di casi sembrano riguardare le s. 37 dell’Health and Safety at Work Act 1974, s. 157 dell’Environmental Protection Act 1990, s. 23 del Private Industry Act 2001, s. 18 del Theft Act 1968 e s. 20 del Trade Descriptions Act 1968.

⁹⁶ La fattispecie punisce chi, allo scopo di recare a sé o ad altri un vantaggio, o di causare ad altri un danno o di esporre altri a un pericolo di danno, “dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose”.

⁹⁷ La fattispecie punisce chi occupa una posizione in ragione della quale è tenuto a tutelare, o a non agire contro, gli interessi economici di un’altra persona e, allo scopo di recare a sé o ad altri un vantaggio, o di causare ad altri un danno o di esporre altri a un pericolo di danno, “dishonestly abuses of that position”.

⁹⁸ Per l’elenco completo dei reati previsti dall’*Insolvency Act 1986*, si veda la Schedule 10 “Punishment of Offences under this Act”.

⁹⁹ Ad esempio, ci sono anche s. 47(1) delle Money Laundering Regulations 2007; s. 18(1) del Terrorism Act 2006; s. 18(1) del Safeguarding Vulnerable Groups Act 2006; s. 32(8) del Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005.

In riferimento alle nozioni di “consent” e “connivance”, le pronunce più interessanti appaiono due: la decisione della House of Lords sul caso *R v Chagot Ltd* (2008) e la decisione della Corte di Appello sul caso *R v Hutchins* (2011).

Nella prima pronuncia, a proposito di accertamento dello stato mentale del “consenso” o della “connivenza”, la House of Lords¹⁰⁰ – in particolare nella opinione espressa da Lord Hope, a cui gli altri Lords hanno aderito – per prima cosa ha affermato che non può essere stabilita una regola universale di ciò che l'accusa deve provare:

«In some cases, as where the officer's place of activity was remote from the work place or what was done there was not under his immediate direction and control, this may require the leading of quite detailed evidence of which fair notice may have to be given. In others, where the officer was in day to day contact with what was done there, very little more may be needed».¹⁰¹

Ciò premesso, Lord Hope richiama un caso del 1995 in cui il giudice (Lord Taylor, da cui il nome “Lord Taylor's test”)¹⁰² stabilì quanto segue circa la contestazione dello stato mentale del consenso:

« ...a defendant has to be proved to know the material facts which constitute the offence by the body corporate and to have agreed to its conduct of the business on the basis of those facts».¹⁰³

¹⁰⁰ A partire dal 2009, i poteri in ambito giudiziario della House of Lords – la seconda camera del Parlamento del Regno Unito – sono passati alla Supreme Court.

¹⁰¹ *R v Chagot Limited (t/a Contract Services) and others* [2008] UKHL 73, par. 33.

¹⁰² *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1995)*, [1996] 1 WLR 970. In particolare, p. 980: «The concept of a director who is ignorant of the law requiring a licence, focusing his mind on the question of whether he has or has not obtained one is wholly academic. Had anyone approached the defendant directors and asked: “Have you a licence or authorisation from the Bank of England?” the ready answer would have been “No,” probably supplemented by “I did not know I needed one.” There would have been no need for a search, an inquiry or a focusing of the mind». In riferimento a questo caso, è altresì interessante evidenziare che la s. 96 del Banking Act 1987 – la “consent and connivance” provision applicabile ai fatti in questione – conteneva anche la seguente disposizione: «(4) In any proceedings for an offence under this Act it shall be a defence for the person charged to prove that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control». Il Banking Act 1987 è stato abrogato dal Financial Services and Markets Act 2000 e nessuna previsione analoga a quella contenuta nella legge del 1987 è menzionata nell'attuale Banking Act 2009.

¹⁰³ *R v Chagot Ltd*, cit. par. 34.

Lord Hope riprende questo principio e aggiunge che sia il consenso che la connivenza e la colpa possono essere stabilite tanto “by proof of an express agreement” quanto “by inference”, e che pertanto:

«Where it is shown that the body corporate failed to achieve or prevent the result that those sections contemplate, it will be a relatively short step for the inference to be drawn that there was connivance or neglect on his part if the circumstances under which the risk arose were under the direction or control of the officer. The more remote his area of responsibility is from those circumstances, the harder it will be to draw that inference».¹⁰⁴

Nella seconda pronuncia che si segnala, *R v Hutchins*, la Corte di Appello ha richiamato in pieno l'opinione di Lord Hope nel caso *R v Chagot Ltd*, dunque il “Lord Taylor’s test”. Questa sentenza, inoltre, è particolarmente interessante nei seguenti passaggi:

«In our judgment, the nature of these regulatory statutes with their provisions for secondary liability by directors and managers in accordance with their consent, connivance or neglect is to ensure that they are held to proper standards of supervision and that the size of the company and the distance of directors and managers from the coal face of individual acts should not, where there is consent, connivance or neglect, afford directors or managers with the necessary knowledge a defence».¹⁰⁵

«In our judgment, it would be a misuse of Lord Taylor’s test, which would plainly not have excused the directors in the Attorney General’s Reference case on the basis that they had no specific knowledge of a particular deposit taken by their unlicensed company, to apply it in this case so that there could be no conviction without specific knowledge of individual deployments».¹⁰⁶

In tema invece di “negligence”, si segnalano le pronunce che seguono: la decisione della High Court of Justiciary (la Corte Suprema della Scozia) sul caso *Wotherspoon v HM Advocate* (1978) e la decisione della Corte d’appello sul caso *R v P Ltd* (2007). Nella prima sentenza, Lord Justice General Emslie ha stabilito che vi è colpa se:

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ *R v Anthony Hutchins and George Charalambous* [2011] EWCA Crim 1056, par. 25.

¹⁰⁶ Ibid. par. 27.

« ...the accused has failed to take some steps to prevent the commission of an offence by the corporation to which he belongs if the taking of those steps either expressly falls or should be held to fall within the scope of the functions of the office which he holds».

Pertanto:

« ...the functions of the office [...] will be a highly relevant consideration for any Judge or jury and the question whether there was on his part, as the holder of his particular office, a failure to take a step which he could and should have taken will fall to be answered in light of the whole circumstances of the case including his state of knowledge of the need for action, or the existence of a state of fact requiring action to be taken of which he ought to have been aware».¹⁰⁷

In modo del tutto analogo, in *R v P Ltd* il giudice Latham LJ ha ribadito il principio appena esposto – c'è colpa se «the officer [...] should have been, by reason of the surrounding circumstances, put on enquiry so as to require him to check that relevant safety procedures were in place» – e in particolare ha escluso che l'accertamento della colpa richieda la prova che l'amministratore avrebbe dovuto essere a conoscenza delle circostanze che hanno dato luogo alla commissione del reato da parte della società ma “he turned a blind eye”.¹⁰⁸

Sempre a proposito dell'analisi del funzionamento in concreto delle “consent and connivance” provisions, si osserva che dal registro pubblico delle condanne ottenute dall'Health and Safety Executive (HSE)¹⁰⁹ per reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro in Gran Bretagna (Inghilterra, Scozia e Galles)¹¹⁰ risulta che la s. 37 dell'Health and Safety at Work Act 1974 è stata applicata in quattro casi nel 2007, un caso nel 2008, un caso nel 2011, un caso nel 2012, otto casi nel 2014. Di questi quindici casi in totale, cinque

¹⁰⁷ *Wotherspoon v HM Advocate* [1978] JC 74, p. 78.

¹⁰⁸ *R v P Ltd* [2007] EWCA Crim 1937.

¹⁰⁹ HSE e “Local Authorities” (LAs) sono gli organi incaricati di dare esecuzione alla legislazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Per politiche e strumenti di “enforcement” da parte di queste autorità, si rimanda ai seguenti siti web: <http://www.hse.gov.uk/enforce/enforce.htm> e <http://www.hse.gov.uk/lau/index.htm>.

¹¹⁰ Registro disponibile all'indirizzo: <http://www.hse.gov.uk/enforce/prosecutions.htm>.

si sono conclusi con condanna alla pena della reclusione: un caso nel 2007, quattro casi nel 2014 (di cui tre con pena sospesa). Di seguito una tabella riassuntiva di tali dati:

Defendant	Hearing Date	Penalty	Fine £	Industry
William Friend	22/12/2014	Guilty- Community/Prison Suspended	0	Construction
Robert Plume	22/12/2014	Guilty- Community/Prison Suspended	0	Construction
Lee Cotterill	02/12/2014	Guilty-Prison Suspended	0	Construction
Roland Edward Couzens	22/08/2014	Guilty-Fine	2,000	Construction
Timothy David Howard	03/07/2014	Guilty-Fine	1,800	Manufacturing
Mr Kaysor Ahmed	27/06/2014	Guilty-Fine	3,300	Manufacturing
Robert Wynn Marsh	02/06/2014	Guilty-Prison	0	Construction
Lee Marsden	09/04/2014	Guilty-Fine	140	Construction
Wardle Site Services Limited	12/12/2012	Guilty-Fine	2,500	Construction
Berry Estates Ltd	08/02/2011	Guilty-Fine	5,000	Construction
Redditek Systems Limited	04/06/2008	Guilty-Fine	5,000	Manufacturing
TG Beighton Limited	19/11/2007	Guilty-Fine	2,500	Construction
Reliance Scrap Metal Merchants (Parkstone)	01/10/2007	Guilty-Prison	0	Total service industries
Wardrop Joinery Limited	12/04/2007	Guilty-Fine	7,500	Manufacturing
Men Shun Fireworks Company Ltd	05/03/2007	Guilty-Fine	20,000	Manufacturing

A queste condanne si aggiungono quelle ottenute su iniziativa delle “Local Authorities”¹¹¹:

Defendant	Hearing Date	Penalty	Fine £	Nature of business
Mohammed Wasim Natha	21/01/2011	Guilty-Fine	200	Café
Robin Hood Environmental Limited and MD Edward Hugh O’Neill	26/08/2010	Guilty-Conditional Charge	0	Tyre Storage
Steven Roadknight	28/01/2011	Guilty-Fine	500	Warehouse
Manor House Wildlife Park Limited and Colin MacDougall (Company Secretary)	22/11/2012	Guilty-Fine	2,000	Zoo

2.1.1. LA “CORPORATE CRIMINAL LIABILITY”. – Considerato che le “consent and connivance” provisions vengono in rilievo in caso di commissione di un reato da parte della società (“offence... committed by a body corporate”), appaiono doverosi alcuni cenni alla responsabilità penale delle persone giuridiche nel Regno Unito – materia in cui tra l’altro sono intervenute importanti novità nel 2007 e nel 2010 e in cui ulteriori modifiche sono attualmente in discussione.

Sebbene il Regno Unito sia stato tra le prime giurisdizioni ad ammettere il concetto di persona giuridica, il passaggio al riconoscimento della responsabilità penale della persona giuridica non è stato semplice.¹¹² Agli inizi, fra fine ‘800 e primi decenni del ‘900, la responsabilità penale della persona giuridica era una responsabilità oggettiva (“vicarious liability”), affermata principalmente in relazione a reati che non richiedono la prova di uno

¹¹¹ Dati disponibili all’indirizzo: <http://www.bse.gov.uk/lau/prosecutions.htm>. I dati si riferiscono ai processi degli ultimi cinque anni (aprile 2009 – marzo 2014).

¹¹² Sulla “corporate criminal liability” nel Regno Unito: C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit. pp. 84-105; A. ASHWORTH - J. HORDER, *Principles of Criminal Law* (7th edn, OUP 2013) pp. 146-155; L. SEALY - S. WORTHINGTON, *Cases and Materials in Company Law* (19th edn, OUP 2013) pp. 144-177; J. HERRING, *Criminal Law*, cit. pp. 765-777.

stato mentale in capo al soggetto attivo del reato (“strict liability offences” o “regulatory offences”).¹¹³ In seguito, intorno alla metà del ‘900, di fronte alle difficoltà di applicare una responsabilità di tipo oggettivo a reati che richiedono la prova di uno stato mentale rimproverabile (“mens rea offences”), le Corti hanno iniziato ad elaborare la dottrina della “identification” (o “controlling mind”).¹¹⁴ Secondo questa teoria, condotte e stati mentali dei “senior officers” di una società sono imputabili alla società stessa: i “senior officers” sono le “menti di controllo” della società; la persona giuridica “si identifica” nei suoi “senior officers: agisce e vuole attraverso loro.

Successivamente, tappe importanti nell’evoluzione della teoria dell’immedesimazione, e più in generale dei criteri di attribuzione della responsabilità penale alla persona giuridica, sono la decisione della House of Lords sul caso *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* del 1971 e la decisione del Privy Council della Nuova Zelanda sul caso *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* del 1995. Il caso *Tesco v Natrass* riguarda il direttore di un supermercato della catena Tesco che non vigilò attentamente sul lavoro dei suoi dipendenti e un cartello che pubblicizzava offerte speciali rimase affisso, mentre nel negozio non erano in vendita prodotti a prezzo ridotto, integrando così il reato previsto alla section 11(2) del Trade Descriptions Act 1968. Sebbene sulla base di argomentazioni diverse, in primo e in secondo grado la Tesco Supermarkets fu condannata. In ultima istanza, la House of Lords (l’opinione è espressa da Lord Reid) ha invece assolto la società. In particolare, Lord Reid ha ritenuto che azioni e stati mentali del direttore di un supermercato Tesco – ovvero una catena di molte centinaia di supermercati (all’epoca circa ottocento) – non potessero essere attribuiti alla Tesco Supermarkets Ltd. La Corte ha quindi giudicato integrata la difesa prevista alla s. 24(1) del Trade Descriptions Act 1968: ha ritenuto provato che la persona – in questo caso, la società Tesco come rappresentata dal suo consiglio di amministrazione, non invece dal direttore di un supermercato della catena – «took all reasonable precautions and exercised all due

¹¹³ *Pearks Gunston and Tee Ltd* (1902) (s. 2 Food and Drugs Act 1875 – “strict liability offence”); *Chuter v Freeth and Pocock Ltd* (1911) (s. 20 Food and Drugs Act 1875 – “strict liability offence”); *Moussell v London and North Western Rlwy* (1917) (s. 99 Railway Clauses Consolidation Act 1845 – “mens rea offence”).

¹¹⁴ Tre casi, tutti riportati nel 1944 e tutti riguardanti frodi, hanno stabilito i principi della responsabilità penale delle società per reati richiedenti la prova di uno stato mentale: 1) *DIPP v Kent and Sussex Contractors Ltd*; 2) *R v ICR Haulage Ltd*; 3) *Moor v Bresler Ltd*.

diligence to avoid the commission of such an offence by himself or any person under his control». ¹¹⁵ In questa decisione è inoltre presente la seguente indicazione circa chi possano essere i “controlling officers” o “controlling minds” di una società:

«There are some officers of a company who may for some purposes be identified with it, as being or having its directing mind and will, its centre and ego, and its brains. [...]. The reference in section 20 of the Trade Descriptions Act 1968 to “any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate” affords a useful indication of the grades of officers who may for some purposes be identifiable with the company, although in any particular case the constitution of the company concerned should be taken into account». ¹¹⁶

I principi affermati nel caso Tesco sono stati in parte rivisti nella decisione del Privy Council neozelandese sul caso *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission*. La vicenda riguardava l’acquisto da parte del “chief investment officer” della società Meridian – in nome della società, ma senza che gli amministratori ne fossero a conoscenza – di un importante numero di azioni di una società quotata neozelandese. Dell’operazione non era stata data alcuna notizia, come invece richiesto dalla section 20(3) del Securities Amendment Act 1988.

Il giudice di primo grado condannava la Meridian.

La Corte di Appello confermava la condanna, reputando che il “chief investment officer” che aveva effettuato l’operazione rappresentasse “mente” e “volere” della Meridian.

La società impugnava la decisione, sostenendo che l’unico “directing mind and will” della Meridian fosse il suo consiglio di amministrazione o il suo “managing director”, ma non il suo “chief investment officer”.

Il Privy Council della Nuova Zelanda (l’opinione è espressa da Lord Hoffmann) confermava la condanna, tuttavia non sulla base del “directing mind and will” test, ma aprendo le porte a nuovi criteri di attribuzione della responsabilità penale alla persona

¹¹⁵ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] AC 153.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 191 (giudice: Lord Pearson).

giuridica. Lord Hoffmann affermava che le regole con cui atti e stati mentali delle persone fisiche sono attribuiti all'agire e alla volontà delle persone giuridiche sono molteplici.

Innanzitutto ci sono "primary rules of attribution" e sono quelle contenute nello statuto della società: principalmente, decisioni prese dall'organo di amministrazione e decisioni prese dall'unanimità dei soci. Dal momento che questi meccanismi di formazione della volontà sociale non sono sufficienti a garantire il funzionamento della società nelle attività di tutti i giorni, a questi criteri si aggiungono le regole generali che valgono per le persone fisiche, ovvero i "principles of agency": la società nomina "servants" e "agents" i cui atti, attraverso la combinazione di "principles of agency" e "company's primary rules of attribution", valgono come atti della società. Vi sono poi anche altre regole, tra cui il meccanismo della "vicarious liability".¹¹⁷ In ambito penale, valgono i criteri di attribuzione dettati dalle "primary rules": decisioni del consiglio d'amministrazione e accordo unanime dei soci. Ma quando questi meccanismi non operano, Lord Hoffmann osservava:

«In such a case, the court must fashion a special rule of attribution for the particular substantive rule. This is always a matter of interpretation: given that it was intended to apply to a company, how was it intended to apply? Whose act (or knowledge, or state of mind) was for this purpose intended to count as the act etc. of the company? One finds the answer to this question by applying the usual canons of interpretation, taking into account the language of the rule (if it is a statute) and its content and policy».¹¹⁸

Il principio affermato in questa decisione è che l'individuazione dei criteri di attribuzione della responsabilità penale alla società è una questione di interpretazione della fattispecie penale che si ritiene applicabile anche alla persona giuridica ("the question is one of construction rather than metaphysics"), sicché non c'è un criterio di attribuzione della responsabilità, ma molteplici criteri, che variano di caso in caso.

In particolare, in riferimento alla vicenda sottoposta al suo giudizio la Corte esprimeva la seguente interpretazione:

¹¹⁷ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* [1995] 2 AC 500, p. 506.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 507.

«In the case of a corporate security holder, what rule should be implied as to the person whose knowledge for this purpose is to count as the knowledge of the company? Surely the person who, with the authority of the company, acquired the relevant interest. Otherwise the policy of the Act would be defeated. Companies would be able to allow employees to acquire interests on their behalf which made them substantial security holders but would not have to report them until the board or someone else in senior management got to know about it. This would put a premium on the board paying as little attention as possible to what its investment managers were doing. Their Lordships would therefore hold that upon the true construction of section 20(4)(e), the company knows that it has become a substantial security holder when that is known to the person who had authority to do the deal. It is then obliged to give notice under section 20(3)».¹¹⁹

La Corte pertanto concludeva che nel caso in questione non era necessario indagare se il “chief executive officer” della Meridian potesse o meno essere descritto come il “directing mind and will” della società.

Fermo restando – Lord Hoffmann precisava – che ciò non significa che ogni volta che un dipendente della società ha il potere di compiere un atto in nome di questa, la conoscenza dell’atto sarà attribuita a qualsiasi fine alla società, ma – è ribadito:

«It is a question of construction in each case as to whether the particular rule requires that the knowledge that an act has been done, or the state of mind with which it was done, should be attributed to the company».¹²⁰

Nel 2007 e nel 2010, a questi principi di “common law” si sono aggiunte due specifiche previsioni statutarie (“statutory law”) di responsabilità penale delle persone giuridiche: il Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act (CMCHA) 2007 e la section 7 del Bribery Act 2010.

Section 1 (“The offence”) del Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007: «An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised— (a) causes a person’s death, and (b)

¹¹⁹ Ibid. p. 511.

¹²⁰ Ibid.

amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased». ¹²¹ Il reato è punito con “unlimited fine”. ¹²²

Section 7 (“Failure of commercial organisations to prevent bribery”) del Bribery Act 2010: «A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending— (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct». ¹²³ Il reato è punito con “unlimited fine” e “debarment from public procurement”. ¹²⁴

Il CMCHA 2007 è entrato in vigore il 6 aprile 2008 e da allora si contano tre condanne:

1. *R v Cotswold Geotechnical Holdings Ltd* – Court of Appeal Criminal Division, 11 maggio 2011, pena pecuniaria inflitta di £385,000; ¹²⁵
2. *R v JMW Farms Ltd* – Belfast Crown Court, 8 maggio 2012, pena pecuniaria inflitta di £187,500;
3. *R v Lion Steel Equipment Ltd* – Manchester Crown Court, 20 luglio 2012, pena pecuniaria inflitta di £480,000.

¹²¹ C. WELLS, ‘Corporate Criminal Liability: A Ten Year Review’ (2014) 12 Crim. L.R. 849; J. GOBERT, ‘The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007: Thirteen years in the making but was it worth the wait?’ (2008) 71(3) MLR 413; F.B. WRIGHT, ‘Criminal Liability of Directors and Senior Managers for Death at Work’ [2007] Crim. L.R. 949.

¹²² Secondo le “Sentencing Guidelines”, pubblicate dal Sentencing Guidelines Council (SGC) nel febbraio 2010, la sanzione pecuniaria appropriata raramente è inferiore a £500,000 e può ammontare a milioni di sterline.

¹²³ C. WELLS, ‘Corporate Criminal Liability: A Ten Year Review’, cit.; C. WELLS, ‘Corporate Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom’ in S. Manacorda - F. Centonze - G. Forti (eds), *Preventing Corporate Corruption* (Springer 2014) pp. 505-513.

¹²⁴ Si segnala anche la section 45 (“Offences”) delle Money Laundering Regulations 2007: «(1) *A person who fails to comply with any requirement in regulation [...] is guilty of an offence and liable [...] to imprisonment for a term not exceeding two years, to a fine or to both.* (2) *In deciding whether a person has committed an offence under paragraph (1), the court must consider whether he followed any relevant guidance which was at the time — (a) issued by a supervisory authority or any other appropriate body; (b) approved by the Treasury; and (c) published in a manner approved by the Treasury as suitable in their opinion to bring the guidance to the attention of persons likely to be affected by it. [...].* (4) *A person is not guilty of an offence under this regulation if he took all reasonable steps and exercised all due diligence to avoid committing the offence.* La disposizione si applica anche alle persone giuridiche, tuttavia sempre passando attraverso l’“identification principle” (sin dall’Interpretation Act 1889 – ora Interpretation Act 1978, Schedule 1 – il termine “person” sta a indicare “a body of persons corporate or unincorporate”).

¹²⁵ *R v Cotswold Geotechnical Holdings Ltd* [2011] EWCA Crim 1337 (l’unico caso interamente riportato).

Il Bribery Act 2010 è entrato in vigore il 1° luglio 2011 e, a marzo 2015, non vi è stato ancora nessun caso di applicazione della citata *section 7*. Nelle “explanatory notes” che accompagnano il Bribery Act 2010, si legge che lo standard di prova richiesto affinché la società vada esente da responsabilità per il fatto di avere adottato adeguate procedure di prevenzione è il bilanciamento delle probabilità (“balance of probabilities”). È inoltre precisato che, per processare la società, non occorre che la persona fisica che ha commesso la corruzione sia condannata; l'accusa deve però provare che la persona risulterebbe colpevole laddove sottoposta a processo.

Nell'aprile 2013, in una presentazione alla London School of Economics, il direttore del Serious Fraud Office (SFO) – David Green QC – ha riaperto la discussione circa i limiti dell’“identification principle” e l'ipotesi di estendere il modello di “corporate criminal liability” di cui alla *section 7* del Bribery Act 2010 ad altri tipi di reato.¹²⁶ In particolare, ai reati previsti dal Theft Act 1968 e dal Fraud Act 2006, anche se solo per società quotate, banche e istituzioni finanziarie e ferma restando la difesa di avere adottato adeguate procedure di prevenzione.¹²⁷ In aggiunta, il 2 settembre 2014, in occasione del “Cambridge International Symposium on Economic Crime”, l'Attorney General Jeremy Wright QC MP ha affermato che il governo sta considerando l'ipotesi di creare “an offence of a corporate failure to prevent economic crime, modelled on the Bribery Act

¹²⁶ Nel dicembre 2012, in sede di emanazione del Crime and Courts Act 2013 (atto con il quale, tra l'altro, l'istituto dei “deferred prosecution agreements” è stato introdotto in Inghilterra e Galles), la House of Lords discusse l'emendamento proposto da Lord Beecham che introduceva nuove ipotesi di responsabilità della società per “failure to prevent” sul modello della *section 7* del Bribery Act 2010. Nell'esprimere la propria contrarietà a questa proposta, Lord Ahmad of Wimbledon affermò: «However, reliance is often placed on individual liability where there are many punishments and sanctions available to deal with economic or financial wrongdoing. This is, to a degree, due to the fact that corporate prosecutions are much more difficult and complicated than individual prosecutions and furthermore cases often involve lengthy and costly investigations. [...]. The extent to which the current law of corporate criminal liability can be improved upon by employing the new “failure to prevent” formulation incorporated in the Bribery Act 2010 – which the noble Lord's amendment seeks loosely to emulate – is a matter for long-term examination. As I am sure the noble Lord, Lord Beecham, appreciates, the Bribery Act has been in force for less than 18 months. It is appropriate to allow the provision in the Act to bed down before we examine the extent to which the formulation could be usefully rolled out into other areas».

Discussione disponibile: www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldbansrd/text/121212-0001.htm (*Column 1083, Amendment 199A*).

¹²⁷ J. FISHER, “The global financial crisis: the case for a stronger criminal response” [2013] *Law and Financial Markets Review* 159, p. 164.

section 7 offence”.¹²⁸ Il tema è dunque oggetto di dibattito nelle più alte sedi e sarà decisamente interessante seguirne l’evoluzione.

È importante evidenziare che la “consent and connivance” provision di cui alla section 14 del Bribery Act 2010 (“Offences under sections 1, 2, and 6 by bodies corporate etc.”) non richiama la section 7 (“Failure of commercial organisations to prevent bribery”).¹²⁹ Pertanto, dalla commissione del reato da parte della società di “failure to prevent bribery” non può derivare la “secondary liability” di direttori, amministratori, e simili, per “consent” o “connivance” (la “negligence” non è menzionata).

Per contro, in virtù del principio della “identification”, la società può essere ritenuta penalmente responsabile dei reati di cui alle sections 1, 2 e 6.

Al riguardo si osserva che il reato di cui alla *section* 7 è più facile da provare rispetto al “directing mind and will” test richiesto dai reati alle sections 1, 2 e 6, tuttavia solo la contestazione della commissione di un reato da parte della società ai sensi delle sections 1, 2 e 6 apre le porte alla responsabilità di amministratori (e simili) per “consent” o “connivance”. Si noti inoltre che la legge richiede la commissione di un reato da parte della società: non la condanna della società, né la prova della sua responsabilità.

Dinnanzi alla commissione di un reato da parte della società, è discrezione dell’accusa scegliere se perseguire solo la società o solo le persone fisiche (la “controlling mind” e/o la persona fisica colpevole di “consent” o “connivance”) o entrambe¹³⁰. In definitiva, si osserva quanto segue.

- a. Le “consent and connivance” provisions sono disposizioni presenti in numerosi testi di legge che interessano l’attività d’impresa. Queste disposizioni non

¹²⁸ Discorso disponibile all’indirizzo: <https://www.gov.uk/government/speeches/attorney-generals-keynote-address-to-the-32nd-cambridge-international-symposium-on-economic-crime-on-tuesday-2-september-2014>.

¹²⁹ Section 14 (“Offences under sections 1, 2 and 6 by bodies corporate etc.”) Bribery Act 2010: «(2) If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of– (a) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or (b) a person purporting to act in such a capacity, the senior officer or person (as well as the body corporate or partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly».

¹³⁰ Così fra le pronunce più recenti: *MacLachlan v Harris* [2009] HCJAC 68. Sull’autonomia tra responsabilità penale della società e “secondary liability” di direttori, amministratori, e simili, nonché relativi riferimenti di giurisprudenza: S. HORAN, *Corporate Crime*, cit. pp. 93-100. Inoltre: www.bse.gov.uk/enforce/enforcementguide/investigation/identifying-directors.htm.

costituiscono fattispecie autonome di reato, ma sono ipotesi di “secondary liability” di direttori, amministratori e altre persone che ricoprono posizioni analoghe all’interno della società.

- b. La “secondary liability” di amministratori o simili per “consent”, “connivance” o “negligence” origina dalla commissione di un reato da parte della società. È sufficiente la commissione di un reato: non è richiesta la condanna della società, né la prova della responsabilità, né l’instaurazione di un procedimento. È una responsabilità “derivata” (“secondary”), ma autonoma.
- c. Posto che è dalla commissione di un reato da parte della società che può derivare la responsabilità dell’amministratore per “consent”, “connivance” o “negligence”, non viceversa, nel Regno Unito, in assenza di specifica e diversa disposizione statutaria (come la section 1 del CHCMA 2007 e la section 7 del Bribery Act 2010), la responsabilità penale della persona giuridica è affermata per lo più sulla base del principio della “identification” (o “controlling mind”): il principio secondo il quale la società agisce e vuole, quindi anche commette reati, per mezzo delle azioni e degli stati mentali dei suoi “senior officers”.
- d. In definitiva, nonostante l’apparenza contraria, nell’ordinamento inglese sembra immaginabile un meccanismo analogo a quello italiano della responsabilità penale del consigliere d’amministrazione per concorso mediante omissione nel reato dell’amministratore delegato: del reato commesso dall’amministratore esecutivo può rispondere l’amministratore privo di deleghe per concorso omissivo (“consent” o “connivance”) o addirittura colposo (“negligence”), tuttavia passando, nel Regno Unito, attraverso la formula della “offence... committed by a body corporate”. In altre parole, se un “executive director” (ad es. Chief Executive Officer, Chief Financial Officer o Chief Operating Officer) commette un reato nell’ambito della gestione sociale, dalla commissione di questo reato può derivare, oltre alla responsabilità personale dell’amministratore, anche la responsabilità della società, delle cui azioni e volontà l’amministratore è stato “corpo” e “mente”. A sua volta, in presenza di una specifica “consent and connivance” provision, dalla commissione del reato da parte della società può

derivare la responsabilità di “any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate”, quindi certamente anche amministratori privi di deleghe che abbiano acconsentito alla commissione del reato o che siano stati conniventi o che vi abbiano contribuito con la loro condotta colposa.¹³¹

- e. Da ultimo, sembra doveroso rimarcare almeno due radicali differenze fra diritto italiano e inglese. In primo luogo, sul piano della “law in books”, nel diritto penale inglese non c’è una previsione generale analoga all’articolo 40 cpv. c.p., ma le “consent and connivance” provisions sono specifiche disposizioni statutarie, che non possono essere estese per analogia. In secondo luogo, sul piano della “law in action”, le “consent and connivance” provisions non sembrano avere ampia applicazione pratica e comunque in nessun caso sono state utilizzate secondo l’interpretazione qui suggerita.

2.2. IL REATO DI “FRAUD BY ABUSE OF POSITION”. – La section 4 del Fraud Act 2006 punisce con la reclusione fino a dieci anni o sanzione pecuniaria o entrambe, il reato di “Fraud by abuse of position”:

«(1) A person is in breach of this section if he—

- (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
- (b) dishonestly abuses that position, and
- (c) intends, by means of the abuse of that position—

¹³¹ Questa ricostruzione sembra essere confermata dalla professoressa Celia Wells della University of Bristol. C. WELLS, ‘Corporate Criminal Liability: A Ten Year Review’, cit. p. 872: «This [s. 7 of Bribery Act 2010] is not a stand-alone director offence as it requires as a predicate that the corporation itself is liable. Again at first glance, this may seem a redundant provision since it has to be shown there is intention or knowledge on the part of a “directing mind” (i.e. a director or senior officer) before the corporate entity is liable. That director or senior officer can also be charged under ss. 1, 2 or 6. Section 14 opens the door to the prosecution of other directors or officers where they had “consented or connived”. This could be easier to prove than the knowledge required of the “directing mind” who triggered the corporate offence. In summary, what is needed is a director (D) whose participation in the bribery is with the intention, knowledge or belief in relation to the improper performance, and which can be attributed to the corporation (C). C is convicted of the offence D could be charged under s. 14 (alternatively or additionally), along with other directors or senior officers, on proof that they “consented or connived”».

- (i) to make a gain for himself or another, or
- (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act».

Nelle “explanatory notes” che accompagnano il Companies Act 2006, a proposito del significato del termine “position” si legge:

«The necessary relationship will be present between trustee and beneficiary, director and company, professional person and client, agent and principal, employee and employer, or between partners. It may arise otherwise, for example within a family, or in the context of voluntary work, or in any context where the parties are not at arm’s length. In nearly all cases where it arises, it will be recognised by the civil law as importing fiduciary duties, and any relationship that is so recognised will suffice. We see no reason, however, why the existence of such duties should be essential. This does not of course mean that it would be entirely a matter for the fact-finders whether the necessary relationship exists. The question whether the particular facts alleged can properly be described as giving rise to that relationship will be an issue capable of being ruled upon by the judge and, if the case goes to the jury, of being the subject of directions».

In riferimento al termine “abuse”, nelle “explanatory notes” è spiegato che con esso si intende coprire un’ampia gamma di condotte e che la subsection 2 prevede espressamente che il reato possa essere commesso anche mediante condotta omissiva. Al riguardo è fatto l’esempio del dipendente che non coglie l’opportunità di un importante contratto per la propria società, allo scopo di permettere a una società collegata o concorrente di avvantaggiarsene.

È sicuramente interessante il fatto che sia menzionato il rapporto fiduciario tra amministratore e società, nonché l’espressa rilevanza di condotte omissive. Tuttavia non sono riportati casi di giurisprudenza rilevanti sotto questo profilo. Del resto, in assenza di un chiaro dovere giuridico di agire (“legal duty to act”), sembra difficile prevedere i casi in

cui un amministratore o direttore siano accusati di avere abusato, per omissione, della propria posizione (“failure to act”).¹³²

2.3. IL REATO DI “FRAUDULENT TRADING”. – La section 993(1) del Companies Act 2006 punisce con la reclusione fino a dieci anni o sanzione pecuniaria o entrambe, il reato di “Fraudulent trading”:

«If any business of a company is carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, every person who is knowingly a party to the carrying on of the business in that manner commits an offence».

È l'unico reato previsto dal Companies Act 2006 punito con reclusione superiore a due anni. In precedenza, la medesima fattispecie era prevista alla section 458 del Companies Act 1985, s. 332 del Companies Act 1948 e s. 275 del Companies Act 1929.

La disposizione ha un raggio di incriminazione potenzialmente molto ampio: è punita con la reclusione fino a dieci anni “qualsiasi persona che consapevolmente prenda parte alla conduzione di un'attività della società con l'intento di truffare i creditori sociali o altri creditori, o con qualsiasi altro intento di truffa”. Volgendo l'attenzione ai casi di giurisprudenza, sotto l'attuale disposizione del Companies Act 2006 sono riportate sei decisioni, tutte in tema di trattamento sanzionatorio. Sotto i precedenti testi di legge del 1985, 1948 e 1929 si trovano invece alcune pronunce interessanti. In particolare, il caso *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* (1971).¹³³

Re Maidstone è un caso di citazione a giudizio di amministratori e funzionari di società per rispondere dei debiti di quest'ultima; le medesime condotte per cui è prevista la responsabilità civile possono altresì rilevare sul piano penale, per questo il caso si rivela interessante ai presenti fini. Il convenuto era *partner* di una società di commercialisti che

¹³² L'applicazione di questa fattispecie a direttori e amministratori di società è presa in considerazione anche da J. FISHER, ‘Risk, recklessness and policing the financial markets’, in N. Ryder - U. Turksen - S. Hassler (eds), *Fighting Financial Crime in the Global Economic Crisis* (Routledge 2015) pp. 22-24.

¹³³ *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* [1971] 1 WLR 1085. In dottrina: G. SCANLAN, ‘The criminal liabilities of directors to the creditors of the company’ (2003) 24(8) Comp. Law. 234, 241 (anche per altre considerazioni sul reato di “fraudulent trading”, ancora valide sebbene formulate con riguardo alla s. 458 del Companies Act 1985).

prestava servizi di revisione alla Maidstone Buildings Provisions Ltd e successivamente era stato anche nominato “company secretary”¹³⁴ della società. Pertanto il convenuto partecipava ai consigli di amministrazione della Maidstone e in questa sede portò l’attenzione su importanti perdite registrate dalla società. Ciononostante la Maidstone continuò ad operare in quelle attività in perdita, contrasse debiti senza alcuna ragionevole prospettiva di poterli pagare e alla fine entrò in liquidazione. Nell’ambito della procedura il liquidatore chiese che amministratori e “company secretary” della Maidstone fossero dichiarati personalmente responsabili per i debiti della società, ai sensi dell’allora s. 332(1) del Companies Act 1948 (“Responsibility for fraudulent trading of persons concerned”).¹³⁵ In particolare, secondo il liquidatore, il “company secretary” aveva preso parte all’attività di “fraudulent trading” mediante condotta omissiva consistita nel non aver consigliato agli amministratori di cessare l’attività fraudolenta: « ...he had been “a party to” the fraudulent trading by virtue of that fact that he had failed to advise the directors to stop trading». Per contro, il giudice stabilisce che “prendere parte alla conduzione di un’attività” richiede un atto di partecipazione attiva e che pertanto non è possibile integrare la condotta di “fraudulent trading” mediante omissione. In particolare, nella decisione si legge:

«The expression “parties to the carrying on of the business” is not, I think, a very familiar one, but so far as I can see, the expression “party to” must on its natural meaning indicate no more than “participates in,” “takes part in” or “concurr in”. And that, it seems to me, involves some positive steps of some nature. I do not think it can be said that someone is party to carrying on a business if he takes no positive steps at all. So in order to bring a person within the section you must show that he is taking some positive steps in the carrying on of the company’s business in a fraudulent manner».¹³⁶

¹³⁴ La figura del “company secretary” non ha un equivalente nella corporate governance italiana. Per alcuni riferimenti nel diritto inglese: *Companies Act 2006, sections 270-280*; FRC, ‘Guidance on Board Effectiveness’, marzo 2011, parr. 2.1-2.4; J. P.L. LAI, *Tolley’s Company Secretary’s Handbook 2014-15* (24th edn, Tolley 2014) pp. 1-12; M. BRUCE, *Rights and Duties of Directors 2015* (14th edn, Bloomsbury Professional 2015) pp. 38-39.

¹³⁵ La condotta descritta alla sub-s.1 costituiva anche reato, ai sensi della successiva sub-s. 3.

¹³⁶ *Re Maidstone*, cit. p. 1092.

In risposta all'argomento secondo cui l'imputato, nella veste di "secretary" e consulente finanziario della Maidstone, nonché membro della società di revisione della Maidstone, aveva il dovere di dare determinati consigli alla società e il non averli dati lo avrebbe reso partecipe del reato di "fraudulent trading", il giudice afferma:

«I find it impossible to accept that contention. Whatever duty Mr. Penney may have owed to the company, I do not think mere omission to give advice could be regarded as amounting to being a party to carrying on the business of the company».¹³⁷

E ancora:

«I would add to avoid misunderstanding that if any given individual does owe a duty to another party to give advice, his omission to give that advice may well represent negligence for which he could be made accountable at the instance of the person to whom he owes the duty. Again there are, I think, circumstances in which a party remaining silent where he ought to speak may be held to be implicated in a fraud, but that is not what this section requires. This section requires that the person concerned should be a party to the carrying on of the business in a fraudulent manner».¹³⁸

2.4. IL REATO DI "RECKLESS MISCONDUCT FOR BANKERS". – A conclusione di una riflessione iniziata a seguito del crollo della Royal Bank of Scotland (RBS) – a fine 2008 la più grande banca al mondo per patrimonio¹³⁹ – alla section 36(1) del Financial Services (Banking Reform) Act 2013 è stato introdotto il reato di c.d. "reckless misconduct for bankers" (in rubrica: "Offence relating to a decision causing a financial institution to fail"), punito con la reclusione fino a sette anni:

«A person ("S") commits an offence if—

(a) at a time when S is a senior manager in relation to a financial institution ("F"),

S—

¹³⁷ Ibid. p. 1093.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ D. KEELER, 'World's biggest bank 2009' *Global Finance* (New York, 19 ottobre 2009): www.gfmag.com/awards-rankings/best-banks-and-financial-rankings/worlds-biggest-banks-2009.

- (i) takes, or agrees to the taking of, a decision by or on behalf of F as to the way in which the business of a group institution is to be carried on, or
- (ii) fails to take steps that S could take to prevent such a decision being taken,
- (b) at the time of the decision, S is aware of a risk that the implementation of the decision may cause the failure of the group institution,
- (c) in all the circumstances, S's conduct in relation to the taking of the decision falls far below what could reasonably be expected of a person in S's position, and
- (d) the implementation of the decision causes the failure of the group institution».

In risposta alla crisi finanziaria iniziata nel 2007-2008, il governo di coalizione inglese insediatosi nel 2010 si è concentrato sugli aspetti della regolamentazione finanziaria e della condotta delle banche. In particolare, Financial Services Act 2012 e Financial Services (Banking Reform) Act 2013 sono i principali provvedimenti adottati dal governo di coalizione fra conservatori e liberal-democratici, insediatosi nel 2010 e guidato dal leader conservatore David Cameron.¹⁴⁰

Come noto, nel Regno Unito la crisi è stata segnata dal salvataggio, e successiva parziale o totale nazionalizzazione, di importanti istituzioni finanziarie. In particolare, Northern Rock nel febbraio 2008 (notoria la corsa agli sportelli di questa banca nel settembre 2007), Bradford & Bingley plc, Lloyds TSB Bank plc, HBOS plc nell'ottobre-novembre 2008,¹⁴¹ nonché Royal Bank of Scotland Group plc (RBS) nel novembre 2008 – quest'ultima attraverso l'immissione record di 45,5 bilioni di sterline (“the biggest bailout in history”,

¹⁴⁰ Per una descrizione del contesto politico e legislativo inglese a partire dall'inizio della crisi finanziaria del 2007-2008: N. RYDER, *The Financial Crisis and White Collar Crime. The Perfect Storm?* (Edward Elgar 2014) pp. 179-248. Secondo l'autore, il precedente governo laburista (Tony Blair, 1997-2007) aveva iniziato ad introdurre e applicare una serie di misure di contrasto dei reati economici (in particolare, attraverso Financial Services and Markets Act 2000, Proceed of Crime Act 2002, Fraud Act 2006, Financial Services Act 2010). Questo percorso non sarebbe stato seguito dal successivo governo di coalizione (David Cameron, 2010-presente), il quale si sarebbe invece concentrato sull'aspetto della regolamentazione finanziaria.

¹⁴¹ TREASURY COMMITTEE, 'The run on the Rock. Fifth Report of Session 2007-08', gennaio 2008; FSA INTERNAL AUDIT DIVISION, 'The supervision of Northern Rock: a lessons learned review', marzo 2008. FSA, 'The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis', marzo 2009.

secondo l'HM Treasury).¹⁴² A partire da giugno 2012 è inoltre emerso lo scandalo della manipolazione del LIBOR, a cui sono fatto seguito l'imposizione di sanzioni finanziarie record a Barclays, UBS e RBS, la condanna penale di un *senior banker* e procedimenti penali in corso per tredici imputati, la riforma della regolamentazione del LIBOR e l'introduzione del reato di "Misleading statements etc. in relation to benchmarks" (s. 91 del Financial Services Act 2012).¹⁴³

Nel report della Financial Services Authority (FSA)¹⁴⁴ sul fallimento di RBS, report – si legge nell'introduzione – finalizzato a spiegare ai cittadini perché RBS è fallita e se il fallimento è stato causato da incompetenza, mancanza di integrità o disonestà rilevanti sul piano giuridico, è dedicata particolare attenzione al tema dell'adeguatezza delle regole e dell'eventuale opportunità di modifiche.

Nessun amministratore o direttore di RBS è stato infatti condannato per il fallimento della banca.

A seguito di approfondite indagini, l'FSA ha concluso che non c'erano le basi per iniziare azioni legali e procedimenti penali. Nel report si spiega che non c'è responsabilità oggettiva degli amministratori per il fallimento dell'istituzione che gestiscono e che errori

¹⁴² HM TREASURY, 'The Government response to the Independent Commission on Banking', dicembre 2011, p. 12. Sul fallimento della RBS: FSA, 'The failure of the Royal Bank of Scotland. Financial Services Authority Board Report', dicembre 2011.

¹⁴³ Il 3 ottobre 2014 la prima condanna penale in relazione alla tentata manipolazione del LIBOR: <http://www.sfo.gov.uk/press-room/latest-press-releases/press-releases-2014/libor-manipulation-banker-pleads-guilty-to-conspiracy-to-defraud.aspx>. I procedimenti ancora in corso riguardano dieci dipendenti (Barclays, ICAP, Tullett Prebon), due brokers (RP Martin Holdings), un trader (UBS e Citigroup). Sullo scandalo del LIBOR: FSA, 'Final Notice to Barclays Bank plc', 27 giugno 2012; HM TREASURY, 'The Wheatley Review of LIBOR', settembre 2012; R. STROKES, 'LIBOR manipulation: the limits and potential of corporate criminal liability', in N. Ryder - U. Turksen - S. Hassler (eds), *Fighting Financial Crime*, cit. pp. 52-74. In Italia: A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, II, 582, pp. 588-589.

¹⁴⁴ L'FSA fu creata nel 2000 attraverso il *Financial Services and Markets Act 2000*, ad opera dell'allora governo laburista. Alla FSA furono trasferiti poteri fino ad allora in capo alla Bank of England (la credibilità di quest'ultima era infatti stata minata da una serie di scandali, tra cui il crollo di Johnson Matthey Bank, Barlow Clowes, Bank of Credit Commerce International, Barings Bank ed Equitable Life). Nel 2012, attraverso il *Financial Services Act 2012* del governo di coalizione insediatosi nel 2010, la FSA è stata soppressa e al suo posto è stata creata la *Financial Conduct Authority* (FCA). La FCA ha poteri investigativi e sanzionatori in tema di abusi di mercato e riciclaggio. Mentre il *Serious Fraud Office* (SFO) continua ad essere l'autorità competente in materia di *frauds*. E' stato osservato che il governo di coalizione ha perso l'importante occasione di creare un'unica autorità con poteri investigativi e sanzionatori in materia di *white collar crimes*. La proposta riguardava la creazione della *Economic Crime Agency* (ECA). Cfr. N. RYDER, *The Financial Crisis*, cit. pp. 200 ss.

di giudizio rilevano sul piano giuridico solo se escono chiaramente al di fuori dei confini di ciò che, sulla base delle informazioni disponibili al tempo dei fatti, è considerato “reasonable”.¹⁴⁵

A proposito dell’opportunità di modificare le regole esistenti, nel report si legge che il tema richiede di essere dibattuto a livello pubblico e parlamentare, e che – suggerisce l’FSA – elemento chiave del dibattito dovrebbe essere il riconoscimento del fatto che le “banche sono diverse” e che la collettività ha un forte interesse a che coloro che amministrano una banca abbiano un approccio al bilanciamento tra rischio e rendimento diverso rispetto a chi amministra qualsiasi altra attività d’impresa.

Le “banche sono diverse” poiché l’assunzione di un rischio eccessivo (ad es. un’acquisizione aggressiva, come l’acquisizione di ABN AMRO da parte di RBS, ritenuta tra le principali cause del dissesto di RBS) può portare al fallimento della banca, perdite per cittadini e perdite per l’economia nel suo complesso.¹⁴⁶ Il fallimento di una banca è una questione di interesse pubblico, non è una questione che riguarda i soli azionisti, di qui il forte interesse a che amministratori delegati e consigli di amministrazione adottino

¹⁴⁵ Sulla decisione dell’FSA di non procedere ad azioni di *enforcement*: FSA, ‘The failure of the Royal Bank of Scotland’, cit. pp. 347 ss. Si segnalano inoltre i seguenti articoli: G. MORGENSON - L. STORY, ‘In Financial Crisis, No Prosecutions of Top Figures’ *The New York Times* (New York, 14 aprile 2011); J.S. RAKOFF, ‘The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted’ *The New York Review of Books* (New York, 8 gennaio 2014). In quest’ultimo, in particolare, il giudice Rakoff individua tre cause: la concentrazione delle risorse sulla lotta al terrorismo, la responsabilità del governo nel porre le premesse che hanno portato alla crisi e soprattutto il passaggio, negli ultimi trent’anni, dai processi alle persone fisiche ai processi alle società e altre istituzioni. Si veda anche: W. BLACK, ‘How to rob a bank (from the inside, that is)’, TED Talks, settembre 2013 (William Black è stato direttore dell’Institute for Fraud Prevention dal 2005 al 2007 e negli anni ’80-’90 ha avuto un ruolo importante nei procedimenti a carico dei responsabili della “Saving & Loans Crisis” negli Stati Uniti).

¹⁴⁶ FSA, ‘The failure of the Royal Bank of Scotland’, cit. p. 8. Inoltre: «RBS management and Board undoubtedly made many decisions which, at least in retrospect, were poor. They took risks which ultimately led to failure. But if they had taken similar risks in a non-bank company, the question of whether regulatory sanctions were applicable would not have arisen. That is because in non-bank companies the downside of poor decisions falls primarily on capital providers, and in some cases on the workforce, and to a much lesser extent on the wider society». Considerazioni sul “perché le banche sono speciali” sono contenute anche nel report del Treasury Committee sul salvataggio della Northern Rock: TREASURY COMMITTEE, ‘The run on the Rock’, cit. pp. 73-74: «The larger deposit-taking institutions, such as banks and building societies, are ‘special’ organisations in modern life, similar in some ways to utility providers. Banks should be allowed to ‘fail’ so as to preserve market discipline on financial institutions. However, it is important that such ‘failure’ should be handled in an ordered manner, managed in such a way as to prevent further damage to the economy, the financial system and the interests of small depositors».

un approccio al bilanciamento tra rischio e rendimento più cauto rispetto a quanto accade in altri settori dell'economia. L'FSA suggerisce due modi per raggiungere questo risultato, il primo in particolare è descritto nei seguenti termini:

«A legal sanction based approach, introducing a currently absent 'strict liability' of executives and Board members for the adverse consequences of poor decisions, and making it more likely that a bank failure like RBS would be followed by successful enforcement actions, including fines and bans».¹⁴⁷

Nello stesso mese di dicembre del 2011, il Joint Committee on the draft Financial Services Bill dà seguito alla riflessione dell'FSA e invita il governo a considerare il suggerimento di introdurre:

« ...a concept of 'strict liability' of executives and Board members for the adverse consequences of poor decisions, in order to ensure that bank executives and Boards strike a different balance between risk and return».¹⁴⁸

Nel luglio del 2012, l'*HM Treasury* pubblica un "consultation paper" in cui dà atto che il governo stava valutando la possibilità di introdurre una fattispecie penale per "serious misconduct in the management of a bank" e chiede l'opinione di chiunque interessato. In particolare, nel documento sono proposti ed esaminati tre possibili criteri di attribuzione della responsabilità: "strict liability", "negligence/incompetence", "reckless".¹⁴⁹

«Creating a new criminal offence involving recklessness would send a very clear signal that society (which might have to pay a heavy price for dealing with the consequences of recklessness) is determined to prevent and deter that conduct. At the very least, it would surely make bank directors think twice before taking certain decisions. It would probably

¹⁴⁷ FSA, 'The failure of the Royal Bank of Scotland', cit. p. 9. La seconda indicazione: "an automatic incentives based approach", che non richieda la prova della colpa, in modo da assicurare che dal dissesto della banca derivino automaticamente conseguenze negative per gli amministratori, in termini di interdizione dall'assunzione di incarichi simili in altre istituzioni finanziarie o di differimento di una parte significativa del loro compenso.

¹⁴⁸ JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT FINANCIAL SERVICES BILL, 'Draft Financial Services Bill. Session 2010-12', 19 dicembre 2011, par. 225.

¹⁴⁹ HM TREASURY, 'Sanctions for the directors of failed banks', luglio 2012, pp. 13-15.

slow down the taking of such decisions; a responsible bank board might, for example, obtain legal advice about whether a decision could be considered to be reckless».¹⁵⁰

La discussione prosegue e infine, il 19 giugno 2013, la Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS) propone delle modifiche al Banking Reform Bill, fra cui l'introduzione di sanzioni penali per il caso di "*reckless misconduct by senior managers in the management of a bank*".¹⁵¹ In particolare, la PCBS esprime la seguente opinione:

«While all concerned should be under no illusions about the difficulties of securing a conviction for such a new offence, the fact that recklessness in carrying out professional responsibilities carries a risk of a criminal conviction and a prison sentence would give pause for thought to the senior officers of UK banks. [...]. The credibility of such an offence would also depend on it being used only in the most serious cases, and not predominantly against smaller operators where proving responsibility is easier, but the harm is much lower».¹⁵²

L'8 luglio 2013 il governo accoglie la proposta e nel dicembre 2013 il Financial Services (Banking Reform) Act 2013 diventa legge.

L'introduzione di questa fattispecie di reato ha sicuramente un importante significato simbolico. Quanto alle difficoltà circa la sua applicazione in concreto, non mai sono state nascoste.¹⁵³ In particolare, i problemi circa la sindacabilità di decisioni aziendali e circa il nesso di causa (ad es. in caso di concause e decisioni prese all'estero) sono evidenziati già nel paper per la consultazione del luglio 2013.¹⁵⁴ Ciononostante, governo e parlamento

¹⁵⁰ Ibid. p. 14.

¹⁵¹ PARLIAMENTARY COMMISSION ON BANKING STANDARDS (PCBS), 'Changing banking for good', 19 giugno 2013, vol. II, pp. 512-516, parr. 1174-1185.

¹⁵² Ibid. parr. 1182-1183.

¹⁵³ FSA, 'The failure of the Royal Bank of Scotland', cit. p. 9: «There are pros and cons of these different ways forward. A 'strict liability' legal sanction based approach raises complex legal issues relating to burden of proof and human rights. It might in particular cases result in injustice, and might discourage some high quality and high integrity people from being willing to work in banks, given the large personal liability involved. [...]. By one means or another, however, there is a strong argument for new rules which ensure bank executives and Boards place greater weight on avoiding downside risks. The options for achieving this merit careful public debate».

¹⁵⁴ HM TREASURY, 'Sanctions for the directors of failed banks', cit. p. 15.

inglesi hanno ritenuto che tale previsione possa costituire un deterrente per i banchieri dall'assunzione di rischi troppo grandi a spese di altri.

I commenti di dottrina hanno tutti sottolineato le difficoltà applicative della disposizione in esame.¹⁵⁵ Soprattutto la difficoltà di provare che il “senior manager” fosse consapevole del rischio che sarebbe potuto derivare il fallimento della banca¹⁵⁶ e ancor prima la difficoltà di provare che una singola decisione abbia portato al fallimento di un'intera istituzione finanziaria¹⁵⁷.

Nonostante l'apparenza contraria, non sembra invece un problema il fatto che la disposizione richieda l'evento del fallimento dell'istituzione finanziaria. Infatti, alla s. 37 sub-ss. 9 e 10 del Financial Services (Banking Reform) Act 2013 il termine “failure” è definito in modo ampio, fino ad esempio a includere “receivship”, “a composition between F and F's creditors” e “a scheme of arrangement of F's affairs”. Interventi governativi per evitare il fallimento, come è finora accaduto nel Regno Unito, non sembrano dunque escludere l'integrazione del reato.

2.5. LA “DISQUALIFICATION” DI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ. – Nel Regno Unito alla “personal liability” degli amministratori di società si affianca la possibilità della loro “disqualification” dal ruolo di amministratore, tema che nel nostro ordinamento evoca le pene accessorie dell'interdizione e della sospensione dagli uffici direttivi delle persone

¹⁵⁵ N. RYDER, ‘The new criminal offence of reckless misconduct for bankers’ (2013) 216 *The Criminal Lawyer* 1; A. PERSAUD, ‘Criminal law is not a tool for improving financial stability’ (2013) 10 *JIBFL* 607; D. KIRK, ‘Bringing down the bank’ (2014) 26 *Compliance Monitor* 1; N. O'MAY - A. CORSI - D. KNOTT - S. IYENGAR, ‘Reading between the lines: a look at the new criminal liability for senior bank management’ (2014) 6 *JIBFL* 390; N. RYDER, *The Financial Crisis*, cit. pp. 198 ss.

¹⁵⁶ D. KIRK, ‘Bringing down the bank’, cit. p. 2: «All decisions carry an element of risk. That risk can alter on a daily basis. It can be influenced by both internal and external events. All decisions taken by large institutions are taken by committee, based on advice from lawyers and accountants, both in-house and external».

¹⁵⁷ Ibid.: «There are also issues of causation: a major bank is unlikely to fail because of one decision. It will fail because of a long-standing build-up of sub-prime debt, for example, the impact of which has not been fully appreciated, not just by the subject bank, but by the market in general, by regulators and politicians. The decision that might appear to have caused the failure may in reality just be the final straw. The acquisition by RBS of ABN AMRO would probably not, in isolation, have brought the bank down but, coming on top of other issues including the global financial crisis, it was fatal».

giuridiche e delle imprese (articoli 32-bis e 35-bis c.p.).¹⁵⁸ La materia è disciplinata dal Companies Directors Disqualification Act 1986 (CDDA 1986), legge introdotta allo scopo di elevare lo standard di condotta richiesto agli amministratori di società, evitando che persone che si sono dimostrate inadeguate al ruolo possano arrecare danni ulteriori.¹⁵⁹ L'ordine di "disqualification" è emesso dal giudice e consiste nel divieto, per la durata massima di quindici anni, di essere nominato amministratore di società, di agire "as receiver of a company's property", di prendere parte nella promozione, formazione o amministrazione di una società, di agire "as an insolvency practitioner" (s. 1).

La violazione dell'ordine di "disqualification" costituisce reato, punito con la reclusione fino a due anni o sanzione pecuniaria o entrambe (s. 13).

Il Secretary of State per il Department of Business, Innovation and Skills (DBIS) è l'organo competente a svolgere le indagini e sostenere la richiesta di "disqualification". Le cause che possono portare a un procedimento di "disqualification" sono molteplici, ma hanno tutte genericamente a che fare con una rimproverabile cattiva gestione sociale e l'inosservanza dei doveri degli amministratori nei confronti della società.

La "disqualification" è obbligatoria nei confronti di chi è o è stato amministratore di una società divenuta insolvente,¹⁶⁰ quando la sua condotta come amministratore di quella società rivela che egli è inadeguato ("unfit") a prendere parte all'attività di gestione sociale (s. 6 "Duty of court to disqualify unfit directors of insolvent companies").

La "unfitness" degli amministratori è determinata sulla base dei criteri di cui alla Schedule 1 del CDDA 1986. Essi sono divisi tra Part I "Matters applicable in all cases" e Part II "Matters applicable where company has become insolvent".

¹⁵⁸ Interdizione e sospensione privano il condannato della capacità di esercitare l'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'imprenditore. Interdizione (art. 32-bis c.p.), se condanna alla reclusione non inferiore a sei mesi per delitti commessi con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio. Sospensione (art. 35-bis c.p.), se condanna all'arresto per contravvenzioni commesse con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all'ufficio (durata non inferiore a 15 giorni né superiore a 2 anni). L'art. 389 c.p. sanziona con la reclusione da due mesi a sei anni l'inosservanza degli obblighi o divieti inerenti alla pena accessoria.

¹⁵⁹ Per un comment al CDDA 1986: M. BRUCE, *Rights and Duties of Directors 2015*, cit. pp. 92-106.

¹⁶⁰ La s. 6(2) chiarisce che per "a company becomes insolvent" si intende "liquidation", "administration" o "receivership".

Il primo tra i criteri che si applicano a tutti i casi è indicato come “any misfeasance or breach of any fiduciary or other duty by the director in relation to the company”. Seguono: distrazione di beni della società; evasione fiscale; violazione di doveri di tipo amministrativo; violazione di doveri di tipo contabile.

È interessante osservare che sono riportati casi di amministratori giudicati “unfit” per “failure to act”. Si tratta di casi in cui è colpita la condotta di amministratori formali e amministratori che sono venuti meno allo specifico dovere di informarsi e vigilare.

In *Re Westmid Packing Services Ltd* (1997), la Corte d'appello ha confermato l'ordine di “disqualification” nei confronti di tre amministratori che non si erano tenuti adeguatamente informati, si erano comportati più da dipendenti che da amministratori, avevano consentito all'azionista di maggioranza di dominarli e utilizzarli. Nella decisione si legge:

«Each individual director owes duties to the company to inform himself about its affairs and to join with his co-directors in supervising and controlling them. A proper degree of delegation and division of responsibility is of course permissible, and often necessary, but not total abrogation of responsibility. A board of directors must not permit one individual to dominate them and use them. [...]. It is of the greatest importance that any individual who undertakes the statutory and fiduciary obligations of being a company director should realise that these are inescapable personal responsibilities. The appellants may have been dazzled, manipulated and deceived by Mr Griffiths but they were in breach of their own duties in allowing this to happen».¹⁶¹

In *Re Galeforce Pleating Company Ltd* (1999) è stato disqualificato per il periodo di cinque anni l'amministratore di una società gestita di fatto dal coniuge. La Corte ha affermato che fintanto che l'amministratore ricopre la carica, e soprattutto continua a ricevere il relativo compenso, deve tenersi informato e conservare una condotta adeguata al ruolo; se non ha la competenza per farlo, deve dimettersi; affermare che la gestione della società era lasciata al coniuge non è una difesa.¹⁶²

¹⁶¹ *Re Westmid Packing Services Ltd (No. 3)* [1998] BCC 836, p. 842.

¹⁶² *Re Galeforce Pleating Company Ltd* [1999] 2 BCLC 704.

In *Re Bradcrown Ltd* (2000) è stato invece disqualificato per il periodo di due anni un amministratore che non esercitava il proprio giudizio indipendente, ma si limitava ad eseguire le direttive dell'amministratore e ad affidarsi al parere di professionisti.¹⁶³

Proseguendo la lettura del CDDA 1986, vi sono poi una serie di casi in cui la "disqualification" è facoltativa, nel senso che la legge attribuisce al giudice il potere di valutare l'opportunità di emettere il relativo ordine. In particolare:

- s. 2 "Disqualification on conviction of indictable offence": quando l'amministratore è condannato per una "indictable offence" relativa alla creazione, gestione o liquidazione di una società;
- s. 3 "Disqualification for persistent breaches of companies legislation": quando appare che l'amministratore ha ripetutamente violato disposizioni di legge relative a documenti e comunicazioni da inviare al "Registrar of Companies";
- s. 4 "Disqualification for fraud, etc., in winding up": quando appare che l'amministratore ha commesso il reato di "fraudulent trading" (s. 993 Companies Act 2006) o comunque ha posto in essere comportamenti che integrano il concetto di truffa;
- s. 5 "Disqualification on summary conviction": quando l'amministratore è condannato per una "summary offence" relativa alla violazione di disposizioni di legge su documenti e comunicazioni da inviare al "Registrar of Companies".

Vi è inoltre un'ipotesi di "disqualification" fondata sulla sussistenza di un generico e flessibile interesse pubblico. Si tratta del caso di cui alla s. 8 "Disqualification after investigation of company": quando da materiale investigativo al Secretary of State appare che vi sia interesse pubblico a che l'amministratore sia disqualificato.

Ulteriori ipotesi di "disqualification" sono infine previste alle ss. 9A-9E "Disqualification for competition infringements", s. 10 "Participation in wrongful trading", s. 11 "Undischarged bankrupts".

¹⁶³ *Re Bradcrown Ltd* [2002] BCC 428.

Nel rapporto annuale dell'Insolvency Service per il 2013/14, si legge che 1. 273 amministratori sono stati disqualificati (il 23% in più rispetto al 2012/13), per la durata media di 6 anni.¹⁶⁴ La maggior parte degli ordini di “disqualification” è emessa sulla base della section 6 (giudizio di “unfitness” a seguito di insolvenza della società): ad esempio, 1.054 amministratori così disqualificati nel 2013-14, di cui 917 su richiesta dell'amministratore stesso.¹⁶⁵

Nessun caso invece di “disqualification” ai sensi della section 8 nel 2013-14, un caso nel 2012-13, sei casi nel 2011-12, dodici nel 2010-11, dieci nel 2009-10.¹⁶⁶

L'efficacia dello strumento della “disqualification” è questione controversa. Secondo alcuni, la possibilità di “disqualification” costituisce una minaccia concreta dagli importanti effetti sostanziali, anche considerato che i giudici attualmente tendono ad applicare sanzioni più severe e a esaminare con maggiore pervasività le condotte degli amministratori.¹⁶⁷

Secondo altri, invece, lo strumento è inefficace¹⁶⁸ o comunque la sua operatività è limitata all'ipotesi di cui alla section 6 della società divenuta insolvente,¹⁶⁹ come ad esempio il caso del fallimento della Barings Bank – la seconda più antica banca d'affari al mondo, fondata a Londra nel 1762 e fallita nel febbraio 1995 – in cui dieci direttori del gruppo Barings sono stati disqualificati.¹⁷⁰

¹⁶⁴ The Insolvency Service, ‘The Insolvency Service Annual Report and Accounts 2013-14’, luglio 2014, p. 18.

¹⁶⁵ Tra le modifiche che l'*Insolvency Act 2000* ha apportato al CDDA c'è la previsione della persona “who has offered to give him a disqualification undertaking” - cfr. ss. 7(2A), 8(2A), 9(1A).

¹⁶⁶ Dati disponibili all'indirizzo: <https://www.gov.uk/government/statistics/companies-register-activities-statistical-release-2013-to-2014> (tabella D1).

¹⁶⁷ M. BRUCE, *Rights and Duties of Directors 2015*, cit. p. 93.

¹⁶⁸ J. GOBERT - M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime* (London, Butterworths 2003), p. 279; D. ARSALIDOU, ‘The Banking Crisis: Rethinking and Refining the Accountability of Bank Directors’, [2010] *Journal of Business Law* 284, p. 293.

¹⁶⁹ H. HILLMAN, ‘Are the current laws and potential enforcement measures effective in achieving the accountability of bank directors for their actions, or the actions of the banks they manage? A comparison of UK and US approaches’, in N. Ryder - U. Turksen - S. Hassler (eds), *Fighting Financial Crime*, cit. pp. 203-210.

¹⁷⁰ La Barings Bank fallì a seguito delle enormi perdite causate dal funzionario Nick Leeson, un trader operativo nella sede di Singapore. Nick Leeson era “general manager” e “head trader” della Barings Futures Singapore (BFS), a partire dal luglio 1992 eseguì operazioni non autorizzate su contratti derivati, nascondendo le perdite sul conto segreto ‘88888’. Alla fine le perdite ammontarono a 827 milioni di sterline e portarono la banca al fallimento. Il collasso della Barings Bank è uno fra i più grandi scandali

Inoltre, secondo alcune statistiche, il numero di amministratori disqualificati sul totale degli amministratori di società divenute insolventi sembrerebbe nell'ordine di 1 a 20, dunque il 5%.¹⁷¹

Da ultimo, si segnala che in relazione ai recenti scandali, nonostante i numerosi annunci da parte del governo, nessun amministratore è stato disqualificato. Si ha notizia di un tentativo di “disqualification” nei confronti di tre precedenti amministratori della HBOS, ma che ad oggi non ha avuto seguito.¹⁷² Si ha altresì notizia della volontà di iniziare un procedimento nei confronti di precedenti amministratori di RBS, ma ugualmente ancora nessun seguito.¹⁷³

La formulazione ampia e flessibile della previsione di cui alla section 8 sembra consentire azioni di *disqualification* in questi casi. Altri fattori stanno evidentemente prevalendo, forse non da ultimo l'onerosità del procedimento, quando l'amministratore si oppone alla richiesta e il costo è dunque interamente a carico del DBIS.

2.6. IL “DUTY TO MONITOR” E IL “FAILURE TO ACT”. – Gli autori di un libro pubblicato nel 2003 – tuttora interessante per i contenuti critici e originali – affrontano il tema della responsabilità penale degli amministratori di società secondo un'impostazione vicina a quella italiana. Un capitolo del libro è dedicato alla “individual liability” (la responsabilità delle persone fisiche), in particolare alla responsabilità di “ordinary employees”, “senior supervisory personnel” e “directors and officers”.¹⁷⁴

Con riguardo alla categoria degli amministratori e funzionari di società, gli autori esaminano la possibilità di incriminare la condotta di omesso impedimento del reato ed evidenziano la problematicità degli elementi dell'obbligo giuridico di agire, del nesso causale e dell'elemento soggettivo.¹⁷⁵

della storia finanziaria inglese. Gli eventi sono raccontati anche in un documentario (“25 Million Pounds” di Adam Curtis, 1996) e in un film (“Rogue Trader” di James Dearden, 1999).

¹⁷¹ Frances Wilks & Jones LLP, ‘Directors Disqualification Recent Statistics’: www.franciswilksandjones.co.uk/site/business/director_disqualification_london/statistics_dd/.

¹⁷² BBC News (Londra, 7 aprile 2013): www.bbc.co.uk/news/business-22056275.

¹⁷³ The Guardian (Londra, 30 aprile 2013): www.theguardian.com/business/2013/may/01/vince-cable-rbs-prosecutions.

¹⁷⁴ J. GOBERT - M. PUNCH, cit. pp. 253-282.

¹⁷⁵ Ibid. pp. 268 ss.

Innanzitutto, posto che l'omesso impedimento di un reato in assenza di un obbligo giuridico di agire non è penalmente rilevante, gli autori osservano che non è chiaro se un siffatto obbligo sia configurabile in capo a amministratori e funzionari di società, anche ammesso che questo obbligo sia configurabile, amministratore e funzionari possono sempre sostenere che condotte successive dell'autore del reato o condotte concorrenti di altri soggetti hanno interrotto il nesso causale tra il loro omesso intervento e la realizzazione del reato.

In aggiunta, gli autori evidenziano che anche la prova dell'elemento soggettivo appare decisamente problematica. Spesso, infatti, amministratori e funzionari non vengono a conoscenza della commissione di illeciti nell'ambito della gestione sociale poiché gli esecutivi tendono a non sottoporre all'attenzione del consiglio i propri errori e "cattive notizie" in generale.

Un amministratore delegato può non sottoporre questioni problematiche al consiglio, in special modo se crede che le cause del problema siano temporanee e superabili. In ogni caso, resoconti su operazioni e attività sociali tendono a essere "ripuliti" ("sanitised") man mano che si sale nella gerarchia del comando e delle decisioni.

Gli autori osservano che è difficile trovare elementi di responsabilità nei confronti di consiglieri d'amministrazione per il fatto di avere riposto fiducia nell'amministratore delegato. Inoltre, fermo restando che un'accusa basata sulla teoria che l'amministratore è stato "wilfully blind" (deliberatamente cieco) di fronte alla commissione di reati non è facile da contrastare, ciò che è "wilfulness" (volontarietà) spesso è determinato sulla base delle dichiarazioni dell'imputato e non è difficile immaginare che un amministratore dichiari di essersi concentrato su strategia e obiettivi di lungo termine, dunque di non avere prestato sufficiente attenzione all'attività quotidiana dei dipendenti della società, ma di non averlo fatto "dolosamente". In definitiva, concludono gli autori:

« ...conventional criminal law doctrines do no easily lend themselves to the prosecution of directors».¹⁷⁶

¹⁷⁶ Ibid. p. 269.

La configurabilità di un “legal duty do act” in capo agli amministratori di società è un’ipotesi che sembra non essere mai stata presa in considerazione nell’ordinamento inglese. Sebbene doveri e compiti degli amministratori siano dettagliatamente disciplinati a livello legislativo e regolamentare, nessuno sembra avere sostenuto la sussistenza di un loro dovere giuridico di agire – ad es. posizionandolo tra i doveri di origine contrattuale o le nuove situazioni, volendo utilizzare la classificazione richiamata a inizio capitolo.

Ciò posto, si ritiene utile fissare alcuni riferimenti in materia di doveri degli amministratori nel diritto inglese, in quanto punto di partenza per eventuali riflessioni.

Innanzitutto, si segnalano le sections da 171 a 177 del Companies Act 2006: s. 171 “Duty to act within powers”; s. 172 “Duty to promote the success of the company”; s. 173 “Duty to exercise independent judgment”; s. 174 “Duty to exercise reasonable care, skill and diligence”; s. 175 “Duty to avoid conflicts of interest”; s. 176 “Duty not to accept benefits from third parties”; s. 177 “Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement”.¹⁷⁷

Le previsioni di cui alle ss. 173 e 174 sono le più interessanti per riflessioni sulla sussistenza di una posizione di garanzia degli amministratori di società: l’amministratore deve fornire un giudizio indipendente e deve prestare ragionevole attenzione, competenza e diligenza, dove per “ragionevole” si intende:

« ...the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with— (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and (b) the general knowledge, skill and experience that the director has».¹⁷⁸

Nell’ambito del “duty of care” rientrano il “duty of monitoring” e il “duty of keeping themselves informed”, doveri comuni a tutti gli amministratori, fondamentali per gli amministratori non esecutivi. I principi affermati dalle corti inglesi al riguardo sono in linea con quelli del nostro ordinamento. In particolare, abdicare le proprie funzioni e

¹⁷⁷ Per un commento: A. KEAY, *Directors’ Duties* (2nd edn, Jordan Publishing 2014) pp. 81-410.

¹⁷⁸ *Companies Act 2006*, s.174(2).

lasciare che un amministratore predomini sugli altri può esporre a responsabilità;¹⁷⁹ non fare domande per evitare il pericolo di aprire un vaso di pandora non è un'alternativa.¹⁸⁰ Non sorprende che in un documento dell'Institute of Directors è indicato che la contestazione di condotte omissive è la preoccupazione più grande per gli amministratori non esecutivi.¹⁸¹

Nel Regno Unito un importante esempio di responsabilità per omessa vigilanza è fornito dalle vicende giudiziarie seguite al fallimento della Barings Bank.

In particolare, nell'ordine di "disqualification" emesso nei confronti di tre direttori del gruppo Barings (altri sette amministratori erano già stati disqualificati) per essere stata la loro condotta così gravemente *incompetente* da concludere per la loro "unfitness" al ruolo di amministratore (nessuna contestazione invece circa la loro integrità e onestà), si legge:

«In summary, the following general proposition can, in my judgment, be derived from the authorities to which I was referred in relation to the duties of directors:

(i) Directors have, both collectively and individually, a continuing duty to acquire and maintain a sufficient knowledge and understanding of the company's business to enable them properly to discharge their duties as directors.

(ii) Whilst directors are entitled (subject to the articles of association of the company) to delegate particular functions to those below them in the management chain, and to trust their competence and integrity to a reasonable extent, the exercise of the power of delegation does not absolve a director from the duty to supervise the discharge of the delegated functions.

(iii) No rule of universal application can be formulated as to the duty referred to in (ii) above. The extent of the duty, and the question whether it has been discharged, must

¹⁷⁹ *Re Westmid Packing Services Ltd (No. 3)* [1998] BCC 836.

¹⁸⁰ A. KEAY, cit. pp. 215-228; 256-259.

¹⁸¹ Institute of Directors, 'Director and Auditor Liability', marzo 2004, p. 7: «The biggest concern of non-executive directors, and the area in which they are most likely to be challenged, are for errors of omissions – this contrasts to executive directors who generally face challenge for errors of commission. It is very much more difficult for a director to identify the areas where more information ought to be brought to the board, and also to identify what might subsequently be regarded as a culpable failure to take action».

depend on the facts of each particular case, including the director's role in the management of the company».¹⁸²

Premessa l'impossibilità di redigere un catalogo di azioni che assicurino agli amministratori di andare esenti da responsabilità, un autore indica tuttavia alcune condotte che sarebbe utile tenere in considerazione:

«← Making inquiries of other directors; – Ensuring questions (and possibly concerns) are raised at board meetings and carefully minuted; – Resigning [...];– Obtaining professional advice; – Seeking information from the company's accountants where financial issues are at stake».¹⁸³

Si segnala infine un altro recente contributo di dottrina in cui il tema del “duty of care and skill” degli amministratori è analizzato in riferimento al contesto della crisi finanziaria. L'autrice esamina le condotte di amministratori di società quali RBS e Northern Rock, in relazione alle possibili contestazioni di “failure to monitor/failure to institute risk management systems”, “failure to keep informed”, “undue reliance on others and inappropriate delegation”, “negligent decisions”, e conclude che nessuna di queste contestazioni sembra avere probabilità di successo.¹⁸⁴

L'autrice osserva che gli amministratori sono ritenuti responsabili di “failure to monitor” quando hanno ignorato segnali d'allarme e rischi evidenti, mentre l'azione è molto più difficile da sostenere quando la situazione era complessa e gli amministratori hanno intrapreso qualche iniziativa di controllo. L'incapacità di comprendere esattamente la natura delle operazioni non equivale, soprattutto con riferimento agli amministratori non esecutivi, a violazione del dovere di agire informati. L'improprio affidamento sulle informazioni ricevute dai delegati è parimenti difficile da dimostrare, quando gli amministratori hanno posto delle domande e non si sono completamente spogliati dei loro compiti. Le corti, infine, tendono ad affermare la responsabilità per “negligence” dinnanzi a decisioni irrazionali che non possono in alcun modo servire l'interesse della

¹⁸² *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433, p. 489 (giudice: Jonathan Parker J). Cfr. sopra nota n. 86.

¹⁸³ A. KEAY, cit p. 219.

¹⁸⁴ J. LOUGHREY, ‘The directors’ duty of care and skill and the financial crisis’ in J. Loughrey (ed), *Directors’ Duties and Shareholder Litigation in the Wake of the Financial Crisis* (Edward Elgar 2012) pp. 12-49.

società, non invece rispetto a cattive decisioni d'investimento o politiche aziendali pur spregiudicate. In riferimento a quest'ultimo aspetto, in particolare si legge:

«Although some courts have been more willing to question bad business decisions, it may be that this will be confined to when the directors' process of reasoning can be faulted. Even then, if, as seems likely, the process of decision-making at RBS was defective, it remains unclear whether the courts would impose liability for acting irrationally when the market as whole was engaged in irrational behaviour».¹⁸⁵

Altri riferimenti per riflessioni su doveri e posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi sono poi contenuti nello "UK Corporate Governance Code" redatto dal Financial Reporting Council (FRC).¹⁸⁶ Premesso che il codice si applica solo alle società quotate "with a Premium listing or equity shares"¹⁸⁷ e che esso è vincolante solo quanto ai "main principles" – "vincolante" nel senso che l'applicazione di questi principi è requisito per la quotazione – il principio "A.4: Non-Executive Directors" stabilisce:

«As part of their role as members of a unitary board, non-executive directors should constructively challenge and help develop proposals on strategy».

In supporto a questo principio, è indicato:

«Non-executive directors should scrutinise the performance of management in meeting agreed goals and objectives and monitor the reporting of performance. They should satisfy themselves on the integrity of financial information and that financial controls and systems of risk management are robust and defensible. [...]».¹⁸⁸

¹⁸⁵ Ibid. p. 40.

¹⁸⁶ Il codice è stato riformato nel settembre 2014, recependo le raccomandazioni contenute nella Walker Review (Walker Review, 'A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final recommendations', 26 novembre 2009).

¹⁸⁷ London Stock Exchange, Listing Regime: «A Premium Listing is only available to equity shares issued by trading companies and closed and open-ended investment entities. Issuers with a Premium Listing are required to meet the UK's super-equivalent rules which are higher than the EU minimum requirements. A Premium Listing means the company is expected to meet the UK's highest standards of regulation and corporate governance – and as a consequence may enjoy a lower cost of capital through greater transparency and through building investor confidence».

¹⁸⁸ FRC, 'The UK Corporate Governance Code', settembre 2014, p. 9.

Nella connessa “Guidance on Board Effectiveness”, uno tra i documenti redatti dal FRC allo scopo di aiutare le società ad applicare i principi contenuti nel codice di “corporate governance”, a proposito del ruolo degli amministratori non esecutivi, è scritto:

«1.22. Non-executive directors should insist on receiving high-quality information sufficiently in advance so that there can be thorough consideration of the issues prior to, and informed debate and challenge at, board meetings. High-quality information is that which is appropriate for making decisions on the issue at hand – it should be accurate, clear, comprehensive, up-to-date and timely; contain a summary of the contents of any paper; and inform the director of what is expected of him or her on that issue».¹⁸⁹

Si segnalano infine alcune previsioni regolamentari contenute nel “Financial Conduct Authority Handbook” (FCA Handbook). Queste disposizioni si applicano alle società che svolgono una delle attività regolamentate indicate nel “Glossary”¹⁹⁰ e, facendosi strada tra la mole di regole, si segnalano quelle di cui al Block 1 “High Level Standards” – Module APER (“Statements of Principle and Code of Practice for Approved Persons”).¹⁹¹ In particolare, APER 4.2 “Statement of Principle 2”:

«The Statement of Principle 2 [...] is in the following terms: “An approved person must act with due skill, care and diligence in carrying out his accountable functions”. [...] Failing to inform: (1) a customer; or (2) his firm [...] of material information in circumstances where he was aware, or ought to have been aware, of such information, and of the fact that he should provide it, falls within [...] [does not comply with Statement of Principle 2]».¹⁹²

¹⁸⁹ FRC, ‘Guidance on Board Effectiveness’, marzo 2011, pp. 5-6.

¹⁹⁰ FCA Handbook, Glossary – “Regulated activities”: <https://fsbook.info/FS/glossary-html/handbook/Glossary/R?definition=G974>.

¹⁹¹ Nel *Glossary* è indicato che per “approved person” si intende «a person in relation to whom the FCA or the PRA has given its approval under section 59 of the Act (Approval for particular arrangements) for the performance of a controlled function»; per “controlled function” si intende «a function, relating to the carrying on of a regulated activity by a firm, which is specified by either the FCA (in the table of FCA controlled functions) or the PRA (in the table of PRA controlled functions), under section 59 of the Act (Approval for particular arrangements)».

¹⁹² FCA Handbook, APER 4.2 “Statement of Principle 2”: <https://fsbook.info/FS/html/FCA/APER/4/2>.

In caso di violazione di queste disposizioni, l'FCA ha il potere di emettere sanzioni pecuniarie e "prohibition orders" nei confronti di società e persone fisiche sottoposte alla sua autorità – "authorized (firms) and approved persons". Sono riportati casi in cui queste misure sanzionatorie sono state adottate per avere omesso di esercitare una adeguata funzione di supervisione e controllo.¹⁹³ In relazione ai recenti scandali, l'FSA ha emesso un "prohibition order" e inflitto una sanzione pecuniaria di £500.000 nei confronti di Peter Cummings, il precedente CEO di HBOS, per non avere esercitato "due skill, care and diligence".¹⁹⁴ Nel 2010, prohibition orders e sanzioni pecuniarie anche nei confronti del precedente "Finance director" della Northern Rock (David Jones), i precedenti "Deputy Chief Executive" e "Credit Director".¹⁹⁵

3. LA "RECKLESSNESS" E LA "WILFUL BLINDNESS". – Nel Regno Unito gli stati mentali rilevanti in sede penale sono principalmente tre: "intention", "recklessness" e "negligence".¹⁹⁶

Con l'espressione "reati che richiedono la mens rea" di solito si intendono i reati punibili se commessi con "intention" o "recklessness", non se commessi con "negligence".¹⁹⁷ Volendo fare un paragone con il diritto italiano, alle categorie del dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale sembrano corrispondere i concetti di "direct intention", "oblique intent" e "(subjective) recklessness". Ad esempio, se una ragazza pattina lungo una strada piena di persone e lo fa con l'intenzione di fare male a qualcuno, questo stato mentale è "direct intention". Se la strada è così affollata che la ragazza si rende conto che fare male a qualcuno è praticamente inevitabile, sebbene la sua intenzione sia solo divertirsi e non vorrebbe ferire nessuno, questo è "oblique intent". Se la ragazza è consapevole del rischio

¹⁹³ FCA Decision Notices: <http://www.fca.org.uk/your-fca/list?types=Decision+notice&s=search>. FCA Financial Services Register: <https://www.fsa.gov.uk/register/prohibitedIndivs.do>.

¹⁹⁴ FSA, 'Final Notice to Peter Cummings', 12 settembre 2012.

¹⁹⁵ N. RYDER, *The Financial Crisis*, cit. pp. 225-227.

¹⁹⁶ *Halsbury's Laws of England* (5th edn, LexisNexis 2010), vol. 25, parr. 8-18.

¹⁹⁷ A. ASHWORTH - J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. p. 176.

di ferire qualcuno (qualcosa meno della certezza virtuale), si dirà che la ragazza è stata “subjectively reckless”.¹⁹⁸

Posto che il dolo, in quanto stato mentale, è provato per inferenza dai fatti – a differenza della colpa che, concetto normativo, è data dalla mera divergenza fra la condotta posta in essere e la condotta prescritta da regole di diligenza, prudenza e perizia – nella giurisprudenza inglese è frequente trovare l’affermazione secondo cui l’“intention” è lo stato mentale colpevole più evidente, tuttavia:

« ...knowing disregard of an appreciated and unacceptable risk of causing an injurious result or a deliberate closing of the mind to such risk would be readily accepted as culpable also».¹⁹⁹

La “recklessness” è stata definita da alcuni nei seguenti termini:

«A person is reckless if, (a) knowing that there is a risk that an event may result from his conduct or that a circumstance may exist, he takes that risk, and (b) it is unreasonable for him to take it having regard to the degree and nature of the risk which he knows to be present»;²⁰⁰ «“Reckless” is a word of condemnation. It normally involves conscious and unreasonable risk-taking, either as to the possibility that a particular undesirable circumstance exists or as to the possibility that some evil will come to pass. The reckless person deliberately “takes a chance”»;²⁰¹ «[Recklessness] is generally considered to involve either disregarding a risk or acting unreasonably in taking on a risk».²⁰²

In alcuni casi la “recklessness” è stata descritta in termini di “wilful blindness” o “practical indifference” (in passato anche detta “connivance”).²⁰³ Questo aspetto è interessante per l’argomento di questa tesi e sarà esaminato appena dopo avere approfondito il concetto di “recklessness”.

¹⁹⁸ C. WELLS - O. QUICK, *Reconstructing Criminal Law* (4th edn, Cambridge University Press 2010), p. 111.

¹⁹⁹ *R v G* [2004] 1 AC 1034, p. 1055.

²⁰⁰ Law Commission Working Paper No. 31, ‘The Mental Element in Crime’ (1970) pp. 31-31, citato in LAW COMMISSION, ‘Criminal Law Report on the mental element in crime’ (1978) p. 28.

²⁰¹ G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law* (2nd edn, Stevens 1983), p. 96.

²⁰² HM TREASURY, ‘Sanctions for the directors of failed banks’, cit. p. 14.

²⁰³ C. WELLS - O. QUICK, cit. p. 110.

Attualmente il leading case in tema di “recklessness” è *R v G* (2004), caso in cui la House of Lords ha stabilito il seguente principio (opinione espressa da Lord Bingham of Cornhill):

«A person acts recklessly [...] with respect to — (i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist; (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk».²⁰⁴

In *R v G* la House of Lords ha superato il precedente principio affermato in *R v Caldwell* (1981) e *R v Lawrence* (1981), secondo cui (opinione espressa, in entrambe le decisioni, da Lord Diplock):

«...a person [...] is reckless [...] if (1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it».²⁰⁵

La differenza tra i due affermati concetti di “recklessness” è radicale.

La dottrina usa riferirsi a questa differenza con le espressioni “subjective” e “objective” recklessness: nel primo caso l'accertamento dello stato mentale è condotto solo sulla base di ciò che la persona ha pensato, previsto o conosciuto; nel secondo, rileva invece anche ciò che sarebbe stato ovvio, palese, evidente a un normale prudente individuo.²⁰⁶ La distinzione fra “subjective” e “objective” recklessness è criticata da Lord Diplock nelle pronunce del 1981, il quale giudica i due aggettivi etichette che non risolvono nulla.²⁰⁷

²⁰⁴ *R v G*, cit. p. 1057

²⁰⁵ *R v Caldwell* [1982] AC 341, p. 354. Opinione contraria fu espressa da Lord Edmund-Davis e Lord Wilberforce. Il principio stabilito in *Caldwell* è richiamato e applicato in *R v Lawrence* [1982] AC 510, decisione presa dalla House of Lords lo stesso 19 marzo 1981, opinione espressa dallo stesso Lord Diplock.

²⁰⁶ A. ASHWORTH - J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. pp. 175-181; M. JEFFERSON, *Criminal Law* (11th edn, Pearson 2013) pp. 107-114; J. LOVELESS, *Criminal Law*, cit. pp. 117-135; J. HERRING, *Criminal Law*, cit. pp. 144-152. Per recenti spunti in tema di “recklessness”: J. FISHER, ‘The global financial crisis: the case for a stronger criminal response’ [2013] *Law and Financial Markets Review* 159; J. FISHER, ‘Risk, recklessness and policing the financial markets’, cit. pp. 7-28; H. HILLMAN, ‘Are the current laws and potential enforcement measures’, cit. pp. 215-216.

²⁰⁷ *R v Caldwell*, cit. ad es. p. 354: «If one is attaching labels, the latter state of mind is neither more nor less “subjective” than the first. But the label solves nothing. It is a statement of the obvious; mens rea is, by

Autorevole dottrina, in commento alle citate decisioni, ribadisce invece la legittimità di queste espressioni, ritenendole funzionali a una importante distinzione giuridica:

«A fault element is “objective” when it involves comparing the conduct of the defendant with that of the reasonable man, without attempting to assess what went on in his mind. It is “subjective” when it requires the making of such an attempt».²⁰⁸

R v Caldwell riguarda la vicenda di un uomo che, ubriaco e mosso da astio, dette fuoco all'albergo di cui era stato dipendente. L'uomo riconobbe la propria colpevolezza rispetto al reato di incendio doloso, mentre si difese dalla contestazione di tentato omicidio delle dieci persone ospiti della struttura la notte dei fatti. L'imputato sostenne di essere stato così ubriaco che la possibilità che ci fossero delle persone nell'albergo non attraversò mai la sua mente.

In primo grado Caldwell fu ritenuto colpevole di entrambe le imputazioni e condannato alla pena di tre anni di reclusione.

In secondo grado la Corte d'appello annullò la condanna per “intending [...] to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered”, mantenendo tuttavia inalterata la quantificazione della pena in tre anni di reclusione.

Caldwell impugnò la decisione e la House of Lords fu chiamata a pronunciarsi sulla seguente questione: se lo stato di intossicazione da sostanze alcoliche è rilevante rispetto all'accertamento se l'imputato “...intended to endanger the life of others” oppure “...was reckless as to whether the life of another would be endangered”.

La House of Lords rigettò l'appello dell'imputato, affermando che l'intossicazione da sostanze alcoliche può essere una difesa, ma non quando la persona è punibile anche a titolo di “recklessness”. In particolare, rispetto alla nozione di “recklessness” si legge:

«...recklessness covers a whole range of states of mind from failing to give any thought at all to whether or not there is any risk of those harmful consequences, to

definition, a state of mind of the accused himself at the time he did the physical act that constitutes the actus reus of the offence; it cannot be the mental state of some non existent, hypothetical person».

²⁰⁸ G. WILLIAMS, 'Recklessness Redefined' [1981] *Cambridge Law Journal* 252, p. 254.

recognising the existence of the risk and nevertheless deciding to ignore it».²⁰⁹ E ancora: «If there were nothing in the circumstances that ought to have drawn the attention of an ordinary prudent individual to the possibility of that kind of harmful consequence, the accused would not be described as “reckless” [...]».²¹⁰ In definitiva: «...the fact that the respondent was unaware of the risk of endangering lives of residents in the hotel owing to his self-induced intoxication, would be no defence if that risk would have been obvious to him had he been sober».²¹¹

R v Lawrence riguarda invece il caso di un motociclista che investì un pedone e fu accusato di omicidio “by driving a motor vehicle on a road recklessly”.

In primo grado la giuria condannò l'imputato. Tuttavia in secondo grado la Corte d'appello annullò la condanna sulla base del fatto che le indicazioni fornite dal giudice alla giuria non erano chiare così da inficiare la decisione. La House of Lords ha dunque affermato che una corretta indicazione da dare alla giuria per stabilire il significato di “guida spericolata” dovrebbe suggerire queste due verifiche: primo, se la guida dell'imputato fu tale da creare un evidente e grave pericolo per la vita o l'integrità fisica di una persona che sarebbe potuta transitare; secondo, se l'imputato tenne quella condotta senza alcuna considerazione della possibilità di avere creato tale pericolo o avendo riconosciuto e ignorato il pericolo creato. E soprattutto – prosegue Lord Diplock:

«It is for the jury to decide whether the risk created by the manner in which the vehicle was being driven was both obvious and serious and, in deciding this, they may apply the standard of the ordinary prudent motorist as represented by themselves».²¹²

Queste affermazioni ricevettero severe critiche da parte degli interpreti e alcune sono anche richiamate in *R v G*.²¹³ All'affermazione di questa nozione di “recklessness”, spesso indicata come “Caldwell” recklessness, seguirono pronunce di condanna ad esempio nei confronti di una ragazza di quattordici anni affetta da disabilità mentale che dette fuoco a

²⁰⁹ *R v Caldwell*, cit. p. 351.

²¹⁰ *Ibid.* p. 354.

²¹¹ *Ibid.* p. 355.

²¹² *R v Lawrence*, cit. p. 527.

²¹³ *R v G*, cit. p. 1056.

un capannone,²¹⁴ nei confronti di un uomo che lanciò del materiale esplosivo contro la parete esterna della stanza di una ragazza che voleva spaventare,²¹⁵ poi un altro caso di incidente stradale²¹⁶ e un altro caso di incendio causato da un minore.²¹⁷ L'applicazione di questo concetto di "recklessness" portò dunque a condanne che iniziarono a essere percepite come ingiuste dalle giurie e dai giudici.

Nel 2004, ventitre anni dopo *Caldwell*, la House of Lords ristabilisce la nozione di "recklessness" affermata in *R v Cunningham* nel 1957 – da cui il nome "Cunningham" recklessness.²¹⁸ In *R v G* la House of Lords ristabilisce infatti il principio per cui la "recklessness" richiede la reale concreta previsione delle conseguenze dannose della propria condotta: l'assunzione consapevole di un ingiustificato rischio di danno, non la mera creazione di un grave ed evidente rischio di cui un normale ragionevole individuo avrebbe previsto le conseguenze.

R v G riguarda il caso di due ragazzi di undici e dodici anni che dettero fuoco a dei giornali nel retro di un negozio, gettarono i giornali incendiati sotto un bidone di plastica e lasciarono il posto. I ragazzi credettero che il fuoco si sarebbe spento a contatto con il pavimento di cemento, tuttavia il bidone si incendiò e così anche il negozio. In primo e in secondo grado i due imputati furono condannati per il reato di incendio doloso. La House of Lords ha invece accolto il ricorso della difesa, ridefinendo il concetto di "recklessness". Oltre al principio di diritto sintetizzato nella formula sopra riportata, è molto eloquente il seguente passaggio:

«It is clearly blameworthy to take an obvious and significant risk of causing injury to another. But it is not clearly blameworthy to do something involving a risk of injury to another if (for reasons other than self-induced intoxication: *R v Majewski* [1977] AC 443) one genuinely does not perceive the risk. Such a person may fairly be accused of stupidity

²¹⁴ *Elliott v C* [1983] 1 WLR 939.

²¹⁵ *R v R (Stephen Malcolm)* [1984] 79 Cr App R 334.

²¹⁶ *R v Reid* [1992] 1 WLR 793.

²¹⁷ *R v Coles* [1995] 1 CR App R 157.

²¹⁸ *R v Cunningham* [1957] 2 QB 396. È richiamata e applicata la definizione di *recklessness* data dal professore C.S. Kenny nella prima edizione del suo *Outlines of Criminal Law* del 1902 (p. 399): «...recklessness as to whether such harm should occur or not (i.e., the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take the risk of it)».

or lack of imagination, but neither of those failings should expose him to conviction of serious crime or the risk of punishment».²¹⁹

Come anticipato, nel diritto inglese si trovano decisioni in cui la “recklessness” è definita in termini di “wilful blindness” e questo aspetto è interessante per l’argomento di questa tesi.

L’espressione “wilful blindness” è tipica di Stati Uniti²²⁰ e Canada,²²¹ nel Regno Unito sono anche usate “practical indifference” o “connivance”.

Con queste espressioni ci si riferisce allo stato mentale di chi, di fronte al rischio di venire a conoscenza di qualcosa di cui non vuole venire a conoscenza, “chiude gli occhi”: si rende “deliberatamente cieco”. In Italia alcuni autori hanno richiamato il concetto di “wilful blindness”, paragonandolo all’istituto dell’*actio libera in causa*.²²²

L’idea di “wilful blindness” è nata nel Regno Unito nel diciannovesimo secolo. Il primo caso è individuato in *R v Sleep* (1861): i giudici confermarono l’assoluzione dell’imputato per assenza di dolo, dal momento che non era provato che l’imputato sapesse né che

²¹⁹ *R v G*, cit. p. 1055.

²²⁰ Negli Stati Uniti la decisione della Corte Suprema del 2011 sul caso *Global-Tech Appliances, Inc v SEB S.A.* ha consacrato la dottrina della *willful blindness* (pp. 10-16). La vicenda riguarda un caso di violazione di un brevetto (35 U.S. Code § 271(b) - “Infringement of patent”). La Supreme Court ha affermato che non vi è motivo per cui la dottrina della *willful blindness*, nata e cresciuta in ambito penale, non debba applicarsi in processi civili per violazione di diritti della proprietà intellettuale. Nelle parole della Corte (p. 14): « ... a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts». In dottrina si veda: Ira P. ROBBINS, ‘The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mensa Rea’ (1990) 81 J. Crim. L. & Criminology 191; J.C. FROM, ‘Avoiding Not-So-Harmless Errors: The Appropriate Standards for Appellate Review of Willful-Blindness Jury Instructions’ (2011) 97 *Iowa law Review* 275; J.R. O’SULLIVAN, *Federal White Collar Crime. Cases and Materials* (5th edn, West 2012) pp. 113-120.

²²¹ In Canada il concetto di “wilful blindness” è stato sviluppato a partire dalla metà del ‘900 ed è stato riconosciuto dalla Corte Suprema nel 1978: *R v Sault Ste Marie* [1978] 2 SCR 1299. Per due recenti contributi si veda: T. ARCHIBALD - K. JULL - K. ROACH, ‘Critical Developments in Corporate Criminal Liability: Senior Officers, Wilful Blindness and Agents in Foreign Jurisdiction’ (2013) 60 CLQ 92; C. SHERRIN, ‘Wilful blindness: a confused and unnecessary basis for criminal liability?’ (2014) 47 *UBC Law Review* 709.

²²² F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 499; F. CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell’economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, III, p. 636; F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, II-III, pp. 340-345; D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 40.

avesse “wilfully shut his eyes to the fact”.²²³ Ancora oggi le pronunce più importanti in materia sono principalmente due: *Evans v Dell* (1937) e *Roper v Taylor’s Central Garages Ltd* (1951). In entrambe le decisioni l’imputato fu assolto per carenza dell’elemento soggettivo, le affermazioni che interessano sono pertanto espresse in *obiter dictum*. In *Evans v Dell* si trova una prima più compiuta definizione di “wilfull blindness”:

« ...a person causes or permits [...] if he closes his eyes and deliberately refrains from knowing what he might have known and so voluntarily takes a risk».²²⁴

In *Roper v Taylor’s* è celebre la distinzione del giudice Devlin di tre gradi di conoscenza: “actual knowledge”, “knowledge of second degree” e “constructive knowledge”. A proposito della “second degree knowledge”, il giudice Devlin richiama l’espressione usata in *Evans v Dell*: « ...the respondent deliberately refrained from making inquiries the results of which he might not care to have».²²⁵

A proposito della “constructive knowledge”, è spiegato che con essa si indica ciò che la persona “avrebbe dovuto sapere”, pertanto la “constructive knowledge” non è affatto conoscenza effettiva, ma esprime l’idea che la persona aveva gli strumenti per conoscere. In riferimento alla distinzione tra “second degree” e “constructive knowledge”, il giudice Devlin scrive:

«There is a vast distinction between a state of mind which consists of deliberately refraining from making inquiries, the result of which the person does not care to have, and a state of mind which is merely neglecting to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. [...]. The case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; the case of merely neglecting to make inquiries is not knowledge at all—it comes within the legal conception of constructive knowledge, a conception which, generally speaking, has no place in criminal law».²²⁶

²²³ *R v Sleep* [1861] 30 LJMC 170 (in particolare, nell’intervento del giudice Willes: p. 174). Per un’introduzione al tema: L.C. WILSON, ‘The Doctrine of Wilful Blindness’ (1979) 28 UNBLJ 175.

²²⁴ *Evans v Dell* (1937) 53 TLR 310, p. 312 (giudice: Lord Hewart).

²²⁵ *Ibid.* p. 313.

²²⁶ *Roper v Taylor’s Central Garages Ltd* [1951] 2 TLR 284, p. 289. Per un commento: J. LL. J. EDWARDS, ‘The Criminal Degrees of knowledge’ (1954) 17 Mod. L. Rev. 294.

Per decisioni più recenti, si segnalano *R v Parker* (1976) e *Westminster City Council v Croyalgrange Ltd* (1986). Nella prima è fornito un chiaro esempio di definizione della “recklessness” in termini di “wilful blindness”:

«A man is reckless in the sense required when he carried out a deliberate act knowing or closing his mind to the obvious fact that there is some risk of damage resulting from that act but nevertheless continuing in the performance of that act».²²⁷

Nella seconda è ribadito, in *obiter dictum*, che il dolo può essere provato anche sulla base del fatto che l'imputato:

«...had deliberately shut his eyes to the obvious and refrained from inquiry because he suspected the truth but did not want to have his suspicion confirmed».²²⁸

A proposito della dottrina della “wilful blindness”, nel 1961 Glanville Williams scriveva:

«The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law. It is, at the same time, an unstable rule, because judges are apt to forget its very limited scope. A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. Any wider definition would make the doctrine of wilful blindness indistinguishable from the civil doctrine of negligence in not obtaining knowledge».²²⁹

Nel 1978, nella prima edizione del suo celebre “Textbook of Criminal Law”, Williams altrettanto efficacemente affermava:

²²⁷ *R v Parker* [1977] 1 WLR 600, p. 604.

²²⁸ *Westminster City Council v Croyalgrange Ltd* [1986] 1 WLR 674, p. 684.

²²⁹ G. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part* (2nd edn, Stevens 1961), p. 159. Già nella prima edizione del 1953 l'autore osservava (p. 126): «To the requirement of actual knowledge there is one strictly limited exception. If the party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further inquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge».

«A person cannot, in any intelligible meaning of the words, close his mind to a risk unless he first realises that there is a risk; and if he realises that there is a risk, that is an end of the matter».²³⁰

In conclusione, sembra di poter affermare quanto segue.

Nel Regno Unito il concetto di “recklessness” presenta le stesse criticità del dolo eventuale nel nostro ordinamento. Dottrina e giurisprudenza inglesi sono oggi di nuovo allineate circa l’imprescindibilità della previsione in capo all’agente del rischio di commissione di un reato e la sua volizione attraverso l’irragionevole noncuranza di tale rischio, noncuranza che può manifestarsi in forma di deliberata “chiusura degli occhi” dinnanzi a questa situazione. Inoltre, al caso dell’incapacità procurata è data la stessa soluzione della nostra *actio libera in causa* (artt. 92 e 93 c.p.) – l’ubriachezza e l’intossicazione da sostanze stupefacenti non costituiscono una difesa²³¹ – e, come correttamente osservato,²³² la “wilful blindness” richiama il principio dell’*actio libera in causa*.

Questa idea emerge con chiarezza in alcuni contributi della dottrina inglese. Ad esempio, è stato chiaramente suggerito di considerare la “wilful blindness” come un concetto composto di due stati mentali, uno precedente all’altro: la persona al “tempo 2” ignora deliberatamente il rischio percepito al “tempo 1”.²³³ La “wilful blindness” non è conoscenza effettiva ed è qualcosa di più della mera non coincidenza tra *mens rea* e *actus reus*:

« ...it is the construction of a greater mental element than *D* actually had, by virtue of *D*’s own *fault* in closing his eyes».²³⁴

²³⁰ G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law* (Stevens 1978), p. 79.

²³¹ *R v Majewski* [1977] AC 443, pp. 467-480 (giudice: Lord Elwyn-Jones).

²³² F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti*, cit.; F. CONSULICH, *Nolo cognoscere*, cit.

²³³ M. WASIK - M.P. THOMPSON, “Turning a Blind Eye” as Constituting Mens Rea’ (1981) 32 *Northern Ireland Legal Quarterly* 228, 330: « What then emerge [...] is that, at the time of the perpetration of the *actus reus*, *D* has closed his mind to the existence of certain circumstances where advertent to such circumstance would, in the ordinary case, be required for liability. At some earlier time, however, *D* did advert to that very consideration».

²³⁴ Ibid. p. 331. Per altri contributi in tema di *wilful blindness*: R.A. DUFF, ‘Caldwell and Lawrence: the Retreat from Subjectivism’ (1983) 3 *Oxford Journal of Legal Studies* 77; R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law* (Blackwell 1990) pp. 139-179; S. SHUTE,

Secondo la definizione di “recklessness” fornita da Lord Bingham in *R v G* (2004), una persona agisce “recklessly” quando, in una situazione in cui è consapevole di un rischio presente o futuro (“...a risk that it exists or will exist”) che si verifichi un evento dannoso, irragionevolmente corre questo rischio.²³⁵

Appare interessante notare che la richiamata definizione di “recklessness” fa menzione di un rischio che “esiste o esisterà”. Applicando questo principio al caso degli amministratori di società, può sembrare corretto sostenere che l’amministratore, nel momento in cui accetta la carica, è consapevole del rischio (presente e futuro) che possono essere commessi reati nell’ambito della gestione sociale e che pertanto, laddove venga radicalmente meno delle sue funzioni, l’amministratore decida di correre irragionevolmente questo rischio e sia quindi responsabile degli eventuali reati commessi. Tuttavia, già in questo caso limite dell’amministratore formale, il ragionamento non convince. Non solo perché nel Regno Unito nessuno ha sostenuto la sussistenza di un “legal duty to act” in capo agli amministratori di società – aspetto che in verità precluderebbe qualsiasi altra riflessione – ma anche perché il dolo (la “knowledge”, anche la “knowledge of the second degree”) richiede la rappresentazione degli elementi dello specifico reato commesso (o al limite anche sarà commesso), non essendo invece sufficiente la generica consapevolezza della commissione di reati.

Nei confronti di amministratori solo formali i giudici non hanno esitato a emettere ordini di “disqualification”. Non sembra invece esserci traccia di contestazioni di concorso omissivo nel reato. Se poi dal caso limite dell’amministratore che si disinteressa completamente della gestione sociale ci si sposta a casi intermedi, lo sconfinamento nell’area della colpa è pressoché certo.

In definitiva, in tema di elemento soggettivo del reato, nel diritto inglese come nel diritto italiano si potrà dire che un amministratore di società era a conoscenza della commissione di un reato se vi è la prova che al “tempo 1” ha percepito inequivocabili indizi della

‘Knowledge and Belief in the Criminal Law, in S. Shute - A.P. Simester (eds), *Criminal Law Theory. Doctrines of the General Part* (OUP 2002) pp. 195-198; G.R. SULLIVAN, ‘Knowledge, Belief, and Culpability’, in *ibid.* pp. 213-214; Victor TADROS, ‘Recklessness and the Duty to Take Care’, in *ibid.* pp. 251-254.

²³⁵ *R v G*, cit. p. 1057: «A person acts recklessly [...] with respect to — (i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist; (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk».

possibilità in concreto della commissione di un reato e ha “chiuso gli occhi” di fronte a tali segnali, ha corso il rischio che il reato fosse commesso, come poi accaduto al “tempo 2”.

Conclusioni

All'esito della ricerca svolta, si ritiene di potere trarre alcune conclusioni.

Innanzitutto, due risultano gli aspetti dirimenti nell'accertamento della responsabilità omissiva dell'amministratore non esecutivo: la individuazione dei poteri che consentano di impedire la consumazione di fatti criminosi, unitamente alla prova della rappresentazione e volizione di concorrere alla realizzazione di reati attraverso la propria condotta omissiva.

Nelle sentenze esaminate, il profilo dei poteri impeditivi sembra essere generalmente trascurato.

L'art. 2392 c.c., a cui è ancorata la posizione di garanzia dell'amministratore di società, pone in capo a quest'ultimo l'obbligo di fare quanto in proprio potere per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli. Diversamente, l'art. 40 cpv. c.p. stabilisce una equivalenza tra cagionare un evento e non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire.

La norma penale è chiara nel richiedere l'obbligo giuridico di impedire un evento. Tuttavia, la disposizione extra-penale a cui è ricondotta la posizione di garanzia dell'amministratore sembra definire una sorta di "obbligazione di mezzi" del garante, stabilendo l'obbligo di "fare quanto può per impedire...".

La giurisprudenza non approfondisce le problematiche risultanti dalla combinazione delle due disposizioni.

Essa sembra ormai essersi assestata nel ritenere che il singolo amministratore non detenga un autonomo potere direttamente impeditivo, ma che a questi sia richiesto di attuare azioni idonee a innescare il meccanismo impeditivo della realizzazione del fatto criminoso; azioni che per la giurisprudenza paiono essenzialmente ridursi a due: far

emergere le anomalie riscontrate all'interno del consiglio e, oppure alternativamente, portare le irregolarità all'attenzione degli altri organi sociali o delle autorità di controllo esterne.

Con riguardo all'aspetto della prova dell'elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità – meno quella di merito – nel complesso sembra attenta nel censurare le pronunce che non contengano una puntuale motivazione in ordine al dolo dell'amministratore non esecutivo.

Alcuni fra i più ricorrenti “segnali di allarme” a fronte dei quali è stato ritenuto provato il dolo del consigliere rimasto inerte sono: la documentata richiesta di chiarimenti da parte di organi di controllo interni alla società o di autorità di vigilanza esterne; giustificazioni non fornite, oppure addotte ma palesemente non credibili, a domande di approfondimento rivolte da soggetti incaricati della revisione contabile, analisti finanziari, sindaci o altri consiglieri di amministrazione; contraddizioni tra quanto comunicato al pubblico e le delibere assunte in consiglio.

Rispetto alle pronunce di fine anni novanta e inizio duemila, la giurisprudenza più recente presta attenzione a evitare che nei confronti dei consiglieri non esecutivi sia affermata una responsabilità per omesso impedimento, laddove il rimprovero ad essi mosso sia invece quello di avere agito con colpa nell'esercizio della propria funzione.

Ciò che nel complesso l'ordinamento sembra richiedere agli amministratori, anche sul versante penale, è l'adempimento del dovere di agire informati: tenere alta la guardia e parlare, scrivere, condividere le proprie perplessità all'interno del consiglio.

Simili condotte consentiranno agli amministratori di andare esenti da responsabilità penale, quantomeno escludendo la componente soggettiva del concorso omissivo che ad essi può venire contestato. Per contro, la mancata adozione di simili iniziative non sarà sufficiente a dimostrare una responsabilità penale, non essendo, come noto, penalmente sanzionato il mero inadempimento del dovere di agire informati.

Conclusivamente, anche si osserva che nelle pronunce esaminate si è addivenuti a condanne definitive (a seguito del vaglio di legittimità della Suprema Corte) o in casi di amministratori rimasti inerti innanzi ad accadimenti macroscopicamente patologici e gravi,

oppure in casi di amministratori di piccole realtà societarie che abbiano assunto la carica solo in modo formale.

In molte altre situazioni intermedie, la responsabilità penale dei consiglieri rimasti inerti è stata esclusa.

Il coinvolgimento dell'intero consiglio di amministrazione appare frequente, a fronte di reati commessi nell'ambito della gestione sociale, mentre decisamente meno comuni sono le condanne definitive per concorso omissivo dell'amministratore nella realizzazione di reati altrui.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.
- AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999.
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.
- ALESSANDRI A., *I soggetti*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 37.
- ALESSANDRI A., *Il 1° comma dell'art. 27*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991.
- ALESSANDRI A., *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, v. VI, Torino, 1992, 214.
- ALESSANDRI A., *Parte generale*, in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto dell'impresa*, Bologna, 2000 (2° ed. agg.), 1.
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, v. I, Milano, 2013 (14° ed. a cura di C.F. GROSSO).
- ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012.
- BACCAREDDA BOY C., *La posizione di garanzia e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario: "che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è"*, in *Ind. pen.*, 2014, I, 59.

BERTOLINA J., *La responsabilità penale degli amministratori non esecutivi secondo una lucida interpretazione del Tribunale di Milano (nota a Trib. Milano, Sez. I pen., 18 dicembre 2008)*, in *Foro ambr.*, 2009, 340.

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza (nota a Cass. S.U. 30328/02)*, in *Cass. pen.*, 2003, IV, 1176.

BONELLI F., *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 215.

BRICOLA F., *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur. comm.*, 1985.

BULSO U., *Profili problematici della responsabilità penale concorsuale dell'amministratore cd. "inerte" per il delitto di bancarotta fraudolenta commesso dall'amministratore "di fatto" (nota a Cass., V pen., 05/02/1998)*, in *Dir. pen. ec.*, 2001, 189.

CADOPPI A., *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 496.

CANESTRARI S., *"Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 545.

CANESTRARI S., *La distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito" (Relazione al Convegno Bricola, 23-24 marzo 2012)*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 febbraio 2013.

CAPUTO M., *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, V, 905.

CARNUCCIO P., *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2012.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Prato, 1885 (4° ed.), § 297 ss.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

CENTONZE F., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Stella*, v. II, Napoli, 2007, 981.

CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, IV, 722.

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, II-III, 317.

CENTONZE F., *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario (nota a Cass., V pen., 23838/07)*, in *Cass. pen.*, 2008, I, 109.

CENTONZE F., *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità (nota a Cass., IV pen., 548/98 e Cass., III pen., 681/98)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, I, 369.

CERQUA F., *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni (nota a Cass. n. 45513/2008)*, in *Soc.*, 2009, X, 1305.

CHIARAVIGLIO P., *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento (nota a Cass., V pen., 36595/09)*, in *Soc.*, 2010, VII, 886.

CINGARI F., *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *Ind. pen.*, 2004, 943.

CONSULICH F., *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, III, 613.

CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie (nota a Cass., III pen., 23425/11)*, in *Soc.*, 2012, V, 553.

CONTI L., *I soggetti*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, v. I, Padova, 1990.

CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 (ora anche in CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2010, 31).

CRESPI A., *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1419.

CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 157 (ora anche in CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2010, 75).

D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione della prova indiziaria*, in *Cass. pen.*, 2005, III, 764.

D'ALESSANDRO F., *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 1361.

D'ALESSANDRO F., *Le problematiche frontiere del dolo eventuale: spunti di riflessione alla luce del caso Thyssen*, in *Quest. giustizia*, 2013, 91.

D'ALESSANDRO F., *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331.

- DE FRANCESCO G., in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, v. II, Torino, 2001.
- DE FRANCESCO G., *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, V, 1974.
- DE MARTINO E., in A. D'AVIRRO – E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007.
- DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- DEMURO G.P., *Il dolo. II - L'accertamento*, Milano, 2010.
- DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale (nota a Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011 - dep. 14 novembre 2011)*, in *Dir. pen. contemp. - Riv. trim.*, 2012, I, 142.
- DONINI M., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, I-II, 1.
- EBNER G., *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile (nota a Trib. Teramo, Uff. Gip, 18 marzo 1996)*, in *Cass. pen.*, 1997, II, 2246.
- EUSEBI L., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 aprile 2014.
- FERRARI A., *L'intenzione omissiva*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 127.
- FIANDACA G., *Appunti sul "pluralismo" dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'Assise*, 2011, I, 59.
- FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 152.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, 3.
- FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo (nota a Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011 - dep. 14 novembre 2011)*, in *Dir. pen. contemp. - Riv. trim.*, 2012, I, 152.
- FIGLIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli-Roma, 2007.
- FLORA G., *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, IV, 891.
- FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale di mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, in *Diritto penale dell'impresa*, 18 febbraio 2013.

FOGLIA MANZILLO F., *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012.

FRASCHETTI F.M., *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione di sistema o riscoperta di "vecchi" principi?* (Nota a Cass., V pen., 42519/12), in *Cass. pen.*, 2014, III, 1034.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II - Il reato. Parte 1 - La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007.

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

GARAVAGLIA E., *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in *Giur. comm.*, 2009, III, 455.

GARGANI A. (a cura di), *Percorsi di giurisprudenza - Le posizioni di garanzia*, in *Giur. it.*, 2016, I, 214.

GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, IX, 1061.

GIORDANENGO G. - RESTANO F., *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni (nota a Cass., II pen., 20515/09)*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1095.

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 597.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, V, 620.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.

HELPER M., *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013.

IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 463.

IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società. Come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1703.

INSOLERA G., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., 2000, 66.

INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 817.

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

LEONCINI I., in A.M. STILE (a cura di), *Le "posizioni di garanzia" nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, 183.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

MANDELLI L., *I sindaci di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 464.

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013 (VIII ed.).

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, II, 337.

MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456.

MARINUCCI G. - ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in NUVOLONE P. (ricerca diretta da), *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, 93.

MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523.

MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465.

MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a "nuvole ed orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità (nota a Cass. S.U. 30328/02)*, in *Cass. pen.*, 2002, XII, 3661.

MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.

MAZZANTINI E., *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, X, 1143.

MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario (nota a Cass., V pen., 9736/09)*, in *Cass. pen.*, 2011, III, 1182.

MINICUCCI G., *Limiti della posizione di garanzia e del dolo degli amministratori "non operativi" (nota a Cass., V pen., 42519/12)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, IV, 951.

MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, v. II, 835.

- MUCCIARELLI F., *Ancora in tema di colpa e causalità: la condotta impeditiva e la sua individuazione*, in *Foro ambr.*, 2002, 12.
- MUCCIARELLI F., *Colpa e causalità: una sentenza contro il brocardo "qui in re illicita versatur, teneatur etiam pro casu"*, in *Foro ambr.*, 2000, 294.
- MUCCIARELLI F., *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Legislazione penale*, 2012, II, 537.
- MUCCIARELLI F., *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, 68.
- NAZZICONE L., *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Foro it.*, 2011, pt. I, 1700.
- NIGRO A., *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, III, 457.
- NISCO A., *Controllo sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2003.
- NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, III, 433.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012 (10° ed.).
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527.
- PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, I-II, 395.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003 (VIII ed.).
- PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.
- PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641.
- PAVICH G., *La colpa penale*, Milano, 2013.
- PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962 (ora in *Diritto penale*, v. III, Milano, 2003, 605).
- PEDRAZZI C., *I reati societari in regime di amministrazione collegiale*, in *Riv. soc.*, 1968, 8 (ora in *Diritto penale*, v. III, Milano, 2003, 699).
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, in Palermo, Priulla, 1952 (ora in *Diritto penale*, v. I, Milano, 2003, 3).

PEDRAZZI C., *Il tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 (ora in *Diritto penale*, v. I, Milano, 2003, 301).

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 125 (ora in *Diritto penale*, v. III, Milano, 2003, 219).

PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, IV, 978.

PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.

PICCIONE F., *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. pen.*, 2016, IV, 1785.

PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, VIII, 965.

PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.

PULITANÒ D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori (nota a Cass., V pen., 23838/07)*, in *Soc.*, 2008, VII, 902.

PULITANÒ D., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 22.

PULITANÒ D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2012, 1246

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. Art. 1-84*, Milano, 2004.

SABATINI M., *Responsabilità per omesso impedimento dell'altrui fatto criminoso: la Corte di cassazione nuovamente alle prese con i "segnali d'allarme" (nota a Cass., III pen., 28701/10)*, in *Cass. pen.*, 2011, XII, 4298.

SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato (nota a Cass., V pen., 23838/07)*, in *Soc.*, 2008, II, 377.

SALVEMME I., *Il nesso eziologico nella previsione del rischio. Un esempio di causalità in una condizione suffragata da una legge statistica avente un basso coefficiente di copertura (nota a Trib. L'Aquila, Uff. Gip, 22 ottobre 2012, n. 380)*, in *Cass. pen.*, 2013, VII-VIII, 2812.

SCARPA D., *Organizzazione societaria come sistema informativo e riflessi sull'agere amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 73.

SELVAGGI N., *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato". La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli-Roma, 2012.

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SOTIS C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, IX, 1149.

STELLA F. - PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 553.

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, III, 1062.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1254.

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, III, 767.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003 (3° ed.).

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975 (Ristampa: 1990).

STELLA RICHTER JR. M., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa soc.*, 2005, 164.

TARGETTI R., *Il rischio penale nelle operazioni societarie, bancarie e finanziarie*, Torino, 2006.

TRAVERSI A., *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983.

TRIONE A.A., *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli-Roma, 2008.

TRIPODI A.F., *Il concorso dell'imprenditore individuale apparente nel reato del gestore di fatto dell'impresa, tra "forma" e "sostanza"* (nota a Cass. sez. III pen. 24 settembre 2015, n. 38788), in *Giur. it.*, 2016, II, 453.

VASSALLI G., in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, 345.

VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, III, 1224.

VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2013, III, 380.

VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica e processo*, Napoli-Roma, 1998.

ZACCHIA A., *Il concorso fra amministratore di diritto e amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta patrimoniale* (nota a Cass. sez. V pen. 11 settembre 2013, n. 37305), in *Cass. pen.*, 2014, X, 3401.