

AMMINISTRATORI NON DELEGATI,
RESPONSABILITA' PENALE DA MERA POSIZIONE
NELLE FATTISPECIE DI BANCAROTTA ED
APPLICAZIONE DI MISURE CAUTELARI

di FABIO FOGLIA MANZILLO (*)

Sommario: 1. La responsabilità penale collegiale; 2. La giurisprudenza di fronte al "reato collegiale"; 3. Rilevante interesse su alcune vicende societarie; 4. Conclusioni.

1. La prassi più diffusa impone che le società di capitali, in special modo quelle di maggiori dimensioni, siano governate non da un singolo amministratore, ma da un collegio, del quale fanno parte non solo soggetti che hanno poteri esecutivi, ma anche amministratori in capo ai quali non sono attribuite deleghe esecutive. L'attività di costoro è limitata ad una funzione di controllo sull'assetto organizzativo della società e sull'operato dei colleghi muniti di poteri esecutivi.

Gli amministratori non delegati, generalmente, sono consulenti della società, avvocati, commercialistici o tecnici specializzati nei settori nei quali opera l'impresa, il loro potere d'incidenza sulla effettiva gestione societaria è nella prassi assai scarso, anche perché essi sono espressione dell'azionariato di maggioranza e difficilmente possono essere autonomi dalle indicazioni del centro effettivo di comando¹.

(*) Docente di Diritto Penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università telematica "PEGASO". Lo scritto è destinato al Volume *Diritto delle Imprese e Tutela Cautelare*, a cura di F. Fimmanò, n. 5, Collana di *Ricerche di Law and Economics dell'Università telematica Pegaso*, Giuffrè, Milano, 2012, 373 ss.

¹ Segnala la differenza tra le tipologie di amministratori Abbadessa, Profili tipici della nuova delega amministrativa, in Abbadessa, Portale (diretto da), il Nuovo

Di fatto si è creata una particolare categoria di amministratori, non tanto forniti di poteri di gestione dell'ente, ma più che altro garanti della correttezza dell'operato altrui²

In tempi più recenti, la categoria degli amministratori non esecutivi si è arricchita della figura degli amministratori indipendenti, cioè di coloro i quali pur essendo nominati dall'assemblea, e, quindi, di fatto espressione delle maggioranze societarie dovrebbero essere indipendenti da chi li ha nominati, magari perché forti della loro autorevolezza scientifica e professionale.

La loro presenza dovrebbe, pertanto, garantire maggiormente i soci di minoranza o gli obbligazionisti, ciò in particolare nelle ipotesi delle quotazioni in borsa³.

Senza voler entrare nel merito delle capacità o concrete possibilità di controllo degli amministratori non esecutivi sull'operato degli esecutivi⁴, è interesse di chi scrive incentrare la propria attenzione sulle attribuzioni di responsabilità penale operata dalla giurisprudenza in danno degli amministratori non esecutivi in materia di reati fallimentari, alle quali conseguono nei casi di maggior rilevanza l'applicazione di misure cautelari personali e patrimoniali in danno di costoro.

Nell'esame della problematica non si può prescindere dalla peculiarità degli illeciti che si consumano nell'ambito dell'attività collegiali.

Le attività umane svolte in forma collettiva sono caratterizzate dall'unitarietà del risultato delle condotte. In tal caso la rilevanza esterna dell'agire è del gruppo e non del singolo.

Conseguentemente, la valutazione dell'operato dei singoli non può prescindere dall'esame del tutto. La porzione di attività del singolo si salda con quella del collega che temporalmente si pone prima, dopo o coevamente ad essa.

diritto delle società, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. II, Torino, 2007, 501 s.s.

² Rordoff, *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 144 s.s.

³ In argomento v. Regoli, *Gli amministratori indipendenti*, in *Abbadessa, Portale*, (diretto da) *cit.*, v. II, 385 s.s.

⁴ In argomento v. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 125 s.s.

La difficoltà dell'interprete, nella valutazione a posteriori, risiede, proprio nell'intersecarsi dell'operato dei singoli, ognuno dei quali è presupposto dell'altro.

Il giudizio sulla violazione della regola cautelare nell'ambito del lavoro di equipe deve necessariamente tenere in debito conto l'interconnessione esistente tra le singole condotte differenziate dalla settorializzazione delle attività, cristallizzata nelle deleghe funzionali a ciascuno attribuite.

La macchina organizzativa prevede, quindi, un sforzo comune finalizzato al risultato finale. Compito dell'interprete penale è quello di estrapolare la frazione di atteggiamento scorretto, contrastante con la regola cautelare di riferimento penalistico, isolarla dal contesto comune, e riferirla ad uno o più componenti del gruppo, delegati allo svolgimento di un preciso compito.

La struttura del collegio è, per l'appunto, caratterizzata dal vincolo operativo che unifica le condotte dei componenti dell'organo; l'atto finale unitario è rappresentativo della volontà dell'intero collegio, ed è la conseguenza di un procedimento pluripersonale complesso, contraddistinto dall'unitarietà delle decisioni finali.

La peculiarità del "reato collettivo" è, quindi, ravvisabile nella discrasia esistente tra l'unitarietà dell'atto pluripersonale e la individualità della responsabilità penale, ascrivibile ai singoli componenti del collegio per eventuali illiceità dell'atto stesso.

La teoria del reato collegiale⁵, elaborata in epoca ormai risalente, ha l'indiscutibile pregio di sottolineare per la prima volta la peculiarità delle fattispecie criminose inerenti le ipotesi collegiali.

La posizione di chi ha ritenuto di individuare nel "reato collegiale" un reato plurisoggettivo trae fondamento dalla circo-

⁵ In tal senso v. Grisogni, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, 233; in tal senso anche Rende, *Disposizioni penali su società e consorzi*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro V Del Lavoro* (art. 2555-2642) Bologna, 1947, 64 s. s. ; Idem *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, 44 s. s.

stanza che chi opera in un organo collegiale agisce in una struttura il cui operato si riverbera in un provvedimento unitario.

Proprio la struttura dell'organo porterebbe dunque a configurare il reato compiuto dai componenti dello stesso, come reato plurisoggettivo a concorso necessario e non a concorso eventuale.

Questo secondo uno schema assolutamente peculiare, individuandosi il fondamento della necessaria "plurisoggettività" nella qualifica dell'autore (componente del collegio), e non in caratteristiche strutturali dell'illecito.

La fattispecie collegiale, in quanto reato necessariamente plurisoggettivo, è individuata quale ipotesi autonoma rispetto le altre fattispecie a concorso necessario: il reato collegiale deve essere caratterizzato dalla necessaria attività comune ed unitaria dei componenti dell'organo.

Tale tesi, che tendeva a differenziare in modo netto l'ipotesi criminosa collegiale dalle fattispecie di concorso, non ha trovato successivo riscontro in dottrina ed in giurisprudenza, principalmente in conseguenza della eccessiva compressione dello spazio di autonomia delle posizioni dei singoli componenti del collegio.

L'appiattimento dell'una posizione sull'altra, ai fini dell'individuazione della responsabilità penale, rischia di compromettere la corretta applicazione del principio di colpevolezza, poiché, rende, oltre modo difficile, per l'interprete la valutazione della responsabilità individuale.

E' da osservare, infatti, che l'inquadramento della realtà collegiale nella struttura del reato a concorso necessario non consente spazio per una corretta focalizzazione delle responsabilità individuali.

Nell'ambito degli organismi pluripersonali dovrebbero essere, infatti, differenziate le diverse posizioni dei componenti degli stessi, caratterizzate da differenti mansioni e poteri funzionali ad essi attribuiti.

La mancata differenziazione delle posizioni individuali comporta per l'appunto la prevalenza della c.d. "dominante

collettiva” nel panorama giurisprudenziale attinente le valutazioni negli organismi complessi.

L'utilizzo della plurisoggettività quale criterio di valutazione per i comportamenti dei componenti degli organi complessi provoca inevitabili distorsioni interpretative in relazione al principio di colpevolezza.

La gestione della società di capitali, ad esempio, si concretizza, di fatto in capo ad uno o più amministratori riuniti nella giunta esecutiva, ai quali sono specificamente delegati i poteri di gestione effettiva dell'ente.

Gli altri amministratori deleganti svolgono una funzione consultiva rispetto a decisioni già sostanzialmente prese dai colleghi muniti dei poteri esecutivi. Gli amministratori sforniti di deleghe esecutive, nella quasi totalità dei casi, non posseggono, quindi, la conoscenza sufficiente a valutare la portata e le conseguenze dell'atto che va in approvazione.⁶

Nella prassi essi fondano la loro conoscenza sulla lettura di un ristretto fascicolo illustrativo dei capi all'ordine del giorno da discutere, predisposto dagli organi amministrativi, e fornito loro poco prima della riunione.

Sovente, quindi, anche atti di particolare rilevanza, quale l'approvazione del bilancio, la concessione di cospicue garanzie per operazioni finanziarie, la concessione o la richiesta di aperture di credito per somme ingenti, l'acquisizione o la vendita di partecipazioni in altre società, sono in realtà approvate dai componenti deleganti del consiglio di amministrazione sulla base di scarse conoscenze, acquisite poco tempo prima della votazione.

In buona sostanza, il voto favorevole alla delibera finisce per essere determinato esclusivamente dal rapporto personale, professionale, politico che lega gli amministratori forniti di poteri

⁶ V. in tal senso Centonze, *Controlli societari*, cit.136, il quale riporta quanto già descritto da Antolisei nel 1959: “Solo gli amministratori delegati fanno quello che bolle in pentola ed in definitiva fanno quello che vogliono, il bello ed il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono più che comparse, nomi risonanti per la loro posizione nella finanza, nella politica e nella professione oppure uomini di fiducia dei padroni dell'impresa. Essi sanno ben poco della situazione degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale.”

esecutivi con i colleghi senza deleghe esecutive o con deleghe funzionali per materie diverse.

La espressione di voto di quest'ultimi non è, in tali casi, supportata dall'effettiva conoscenza della materia in esame, con inevitabili ricadute sull'atteggiamento psicologico da ascrivere ad essi, qualora la delibera consiliare presenti aspetti di illiceità penale.

I collegi sindacali, ove i componenti "controllori interni della società" sono nominati dagli stessi controllati, e, pertanto, le reali capacità e volontà di controllo sono limitate, nella prassi raramente assumono un effettiva ruolo di controllo.⁷ Le funzioni di controllo sull'operato specialmente contabile degli amministratori non viene effettuata dal sindaco, ma dall'organo nella sua interezza. Come si esaminerà più approfonditamente, i poteri di impedimento riservati ai singoli sono essenzialmente residuali e poco incidenti se non quale attività di denuncia.

Inoltre, non si può trascurare che, nella prassi i vincoli di solidarietà tra i componenti, così come accade per gli organi di amministrazione attiva, espressione delle medesime realtà professionali, legate da solidi rapporti con gli azionisti di riferimento della società, provocano il totale appiattimento e conformità di orientamento dei sindaci.

Ed è proprio dalla parcellizzazione e settorializzazione delle competenze che nasce il necessario affidamento all'operato altrui, con conseguente limitazione della conoscenza e controllo del proprio operato, marginalizzando in larga misura la conoscenza ed il controllo di quello del collega.

Il prevalente atteggiamento giurisprudenziale, salvo recenti contrarie opinioni, non attribuisce alcuna rilevanza esimente dalla responsabilità penale, al componente del gruppo, che, rivestendo un ruolo non operativo rispetto una determinata condotta, ha fiducia nell'operato del proprio collega, esprimendo voto favorevole nei confronti di un atto da altri predisposto e

⁷ In tal senso Centonze, cit. 252 : "La questione ruota ancora intorno a quegli antichi vizi del collegio sindacale- i limiti di indipendenza ed i conflitti d'interessi, la carenza d'incentivi al controllo, la questione dell'eterogeneità e ampiezza dei compiti attribuiti ai sindaci-che continuano a pregiudicare il fisiologico funzionamento dell'istituto"

del quale non possiede l'approfondita conoscenza. L'atteggiamento giurisprudenziale mostra paritetico indirizzo riguardo la mancata esenzione di responsabilità penale per il componente dell'equipe medica, ed in particolare del capo-equipe in relazione alle condotte censurabili degli altri componenti del gruppo.

La valutazione interpretativa deve essere estesa al corretto inquadramento dell'atteggiamento negligente del componente del collegio non delegato, in relazione al mancato approfondimento dell'argomento da trattare in sede collegiale.

In particolare, se il comportamento negligente che si concretizza nel non documentarsi sulla decisione da prendere, affidandosi a quanto predisposto dal collega che prepara l'atto, in che limiti sia penalmente censurabile.

Tale quesito, ovviamente è strettamente interdipendente dalla rilevanza che penalmente si attribuisce alla delega conferita ad uno a più componenti della struttura di lavoro, in relazione ad un settore dei compiti da svolgere.

In particolare se tale delega possa avere efficacia liberatoria o meno nei confronti dei deleganti, quali obblighi permangano in capo ad essi, in seguito al conferimento ai delegati dei poteri connessi alla funzione, e per converso, infine quali obblighi ricadano su questi ultimi.

Possiamo sommariamente descrivere l'atteggiamento giurisprudenziale riguardo i reati collegiali:

1) l'individuazione di una posizione di garanzia, in capo agli amministratori non delegati ed ai sindaci

2) la qualificazione in termini di dolo dell'atteggiamento lato sensu negligente degli amministratori non delegati e dei sindaci

La giurisprudenza, quindi, tende a costruire una fattispecie omissiva impropria di natura dolosa in capo all'amministratore di società ed al sindaco sul quale graverebbe, quindi, l'obbligo di impedire eventi pregiudizievoli all'ente amministrato.

La fattispecie in oggetto, nella sua concreta applicazione, presenta dei margini di operatività che danno luogo ad incer-

tezza, in ragione della palese difficoltà che l'interprete incontra nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza.

Non si potrà prescindere da un'attenta valutazione critica dell'atteggiamento giurisprudenziale che postula l'esistenza di una posizione di garanzia a carico degli amministratori deleganti e dei sindaci nei confronti delle eventuali attività illecite commesse dagli amministratori incaricati di specifiche mansioni.

E' altresì opinabile la scelta giurisprudenziale di ampliare la soglia di punibilità in relazione all'atteggiamento psicologico dell'amministratore delegante e del sindaco

L'operazione ermeneutica tendente a centralizzare il criterio della negligenza nel controllo dell'operato del delegato, quale base per individuare un atteggiamento colpevole del delegante, o del controllore (sindaco) inevitabilmente comporta una confusione tra i due criteri soggettivi di imputazione del reato, con il risultato di ampliare notevolmente la soglia di punibilità nelle fattispecie criminose che si consumano nell'ambito di "attività collegiali".

2. L'impostazione della giurisprudenza in materia di "illeciti collegiali" nelle società di capitali è in larga misura riassumibile nel seguente ragionamento:

a) è da individuare una posizione di garanzia, in capo agli amministratori e sindaci di società commerciali fondata sugli obblighi di natura civile, contenuti negli artt. 2392 e 2403 c. c.;

b) l'atteggiamento psicologico dell'amministratore sprovvisto di deleghe funzionali, o del sindaco che, per negligenza, consente che si concretizzi un comportamento illecito dei colleghi con poteri delegati, integra gli estremi del dolo eventuale;

c) alla luce della posizione di garanzia in capo all'amministratore non delegato, o del sindaco sono ravvisabili gli estremi di un concorso di persone tra queste due figure e l'amministratore con poteri delegati.

Indicativa in tal senso è la giurisprudenza della S. C.⁸ che individua nell'art. 2392 c.c. la fonte della posizione di garanzia a carico degli amministratori della società commerciale, atteso che lo stesso “fa carico agli amministratori del dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, nonché di quello di fare quanto in loro potere per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, ovvero di eliminare o attenuare le conseguenze dannose”.

La S. C. rimarca la posizione di garanzia dell'amministratore, che ha il compito di impedire non solo atti pregiudizievoli per la società, ma anche per “i soci, i creditori ed i terzi”. Nel caso in cui l'amministratore delegante non adempia alla suo obbligo di garanzia, egli “concorre ex art. 40, comma 2 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”.⁹

Tale posizione di garanzia è estesa in capo ai sindaci “ poiché obbligati ex lege ad impedire la commissione di un reato, secondo l'espressa previsione dell'art. 40 cpv c.p.”¹⁰

In altra decisione¹¹ è individuata la responsabilità concorsuale ex art. 40 c. p. v. c.p. per il reato di bancarotta nei confronti dell'amministratore non delegato di una società di capitali. La responsabilità penale si concretizzerebbe per il solo fatto che questi, una volta investito della carica, “viola l'obbligo di vigilanza e di attivarsi” consentendo ad altri amministratori di compiere atti pregiudizievoli in danno della società.

Il ruolo di consigliere di amministrazione, quindi, a parere della citata giurisprudenza, comporta una posizione funzionale di tutela dei beni giuridici protetti nei reati di falso in bilancio e di bancarotta: per il semplice fatto di ricoprire la carica, all'amministratore non delegato viene fatto carico della respon-

⁸ Cass. sez. V, 27. 5. 96, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1996, 1394

⁹ Cass. sez. V, 8.4.2008, n.16778, in *Guida al diritto 2008*, fascicolo n. 6, giugno.

¹⁰ Cass. 22 aprile, 1998, in *Cass. pen.* 1999, 651

¹¹ Cass. sez. V, 6 settembre 1993, in *Riv. pen.*, 1994, 695

sabilità penale per tali reati poichè egli non ha impedito l'evento criminoso posto in essere.

Parimenti in capo ai sindaci la S.C. individua una posizione funzionale che si concretizza in tre momenti : a)ricognitivo, b)valutativo, c) dinamico-comminatorio. Il primo si realizza con il perfezionamento del flusso informativo, il secondo con l'esame dei dati raccolti, il terzo con l'adozione di quelle misure che dovrebbero allertare gli organi gerenti la società su aspetti di irregolare funzionamento della stessa (convocazione e relazione all'assemblea, espressione di dissenso nei confronti dell'operato degli amministratori) od opporsi a decisioni ritenute irregolari (impugnativa d'assemblea).¹²

In una recente sentenza¹³ la Corte di legittimità stigmatizza il comportamento di un amministratore, sfornito di deleghe , il quale avrebbe accettato l'incarico per “dar lustro alla società”, atteso che egli aveva ricoperto cariche in società di volontariamente di effettuare il dovuto controllo sulla gestione societaria.

Nella sentenza è ribadito l'obbligo di vigilanza degli amministratori non delegati, obbligo fondato sull'art. 2392 2°c.c, il quale prevede una responsabilità residuale degli amministratori per gli atti pregiudizievoli compiuti nei confronti della società, dei creditori e dei terzi. E', quindi, “correttamente configurabile il concorso doloso o colposo degli amministratori tutte le volte in cui l'amministratore di una società, violando l'obbligo di vigilanza e quello di attivarsi in presenza di atti pregiudizievoli, consenta ad altri amministratori o chiunque compia atti di gestione, di perpetrare delitti.”

Nel giudizio prognostico, effettuato dal Giudice, ed attinente la relazione causale tra l'inosservanza dell'obbligo ed il mancato impedimento dell'evento criminoso, è riservata l'individuazione del nesso di causalità nell'ambito del reato omissivo posto in atto dagli amministratori. Trattandosi di un reato omissivo improprio, il giudizio è modulato su coefficienti di probabilità¹⁴, che tengano in conto l'incidenza dell'atteggiamento passivo del garante sino a giungere alla

¹² Cass. sez. VI, 19 gennaio 2006, dep. 13 febbraio 2006, n.5398, p.5

¹³ Cass. sez. V, 24.5.2006, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2007, 1008

¹⁴ Cass. sez. V, 21 novembre 1989, in *Cass. Pen. 1991, 1537, 2046*

quasi certezza che l'evento si sia realizzato in conseguenza di tale inerzia.

La fonte giuridica dell'obbligo di impedire l'evento, così come configurato dalla giurisprudenza, è una norma del codice civile. Ma in nessuna decisione si pone in dubbio la compatibilità della posizione di garanzia degli amministratori con obblighi, la cui inosservanza è tipicamente contraddistinta da responsabilità civile.

Analogamente la S. C.¹⁵ ritiene che il controllo sindacale che si concretizza nella vigilanza sul rispetto formale delle norme da parte degli amministratori, abilitando i sindaci a chiedere notizie sull'andamento della società, crea in capo agli stessi sindaci una forma di posizione di garanzia, che, invece, sarebbe del tutto sprovvista di concreti poteri impeditivi del reato.

Le perplessità sulla correttezza di tale posizione di garanzia scaturiscono per l'appunto dalla mancata attribuzione all'agente dei poteri necessari ad impedire l'altrui commissione di un fatto penalmente rilevante.

I poteri conferiti all'amministratore o al sindaco si originano e si muovono nell'ambito di categorie civilistiche: in primo luogo, infatti, non è casuale il richiamo espresso alla diligenza, che nell'abrogata formulazione della norma deve essere quella propria del mandatario, mentre nel dettato vigente dell'art.2392 c.c., questa deve essere parametrata alla "natura dell'incarico", ed alle "specifiche competenze" degli amministratori.

Inoltre, la responsabilità degli stessi, prevista dal citato articolo è di carattere meramente patrimoniale e risarcitoria, e, quindi proveniente da categoria civilistiche.

Dall'esame delle sentenze, pari perplessità emergono in relazione all'individuazione dell'elemento psicologico, ascritto alla categoria del dolo eventuale, nonostante l'atteggiamento psicologico del reo sia contraddistinto unicamente dalla mera rappresentazione dell'evento illecito¹⁶.

¹⁵ Cass. sez.II 12 febbraio 2009, dep. 15 maggio 2009, n.2515, p.11

¹⁶ V. in tal senso Crespi, *op. ult. Cit.*, 530 s. s. .

La S. C. identifica, altresì, i criteri di accertamento del dolo nei doveri di diligenza nell'informarsi propri della colpa, e nel rappresentarsi, se pur astrattamente, il pericolo di accadimenti che integrano gli estremi di reato, mediante presunti "campanelli d'allarme" desumibili da atteggiamenti degli amministratori con poteri esecutivi.

Infatti, a parere della S. C. sussisterebbe "il dolo richiesto dall'art. 2621 c. c. , nel semplice configurarsi la messa in pericolo di beni di soci o nei terzi."¹⁷

"Per la sussistenza del dolo, è, in altri termini, sufficiente che l'agente, (sindaco) pur non perseguendo direttamente il danno, sia in condizione di prefigurarsi una situazione di concreto pericolo".¹⁸ La capacità di configurarsi il concreto pericolo viene desunto dalla Corte non da concreti atteggiamenti del sindaco, ma dal fatto che questi abbia ricoperto numerosi incarichi nell'ambito del gruppo, e, pertanto, aveva ben conoscenza delle dinamiche interne del gruppo stesso.

In tema di bancarotta semplice documentale altra sentenza riconosce la responsabilità del sindaco per la irregolare tenuta delle scritture contabile da parte del soggetto preposto, atteso che "coloro che svolgono professionalmente una determinata attività hanno l'obbligo di conoscenza della norma e rispondono dell'illecito anche in virtù della colpa lieve"¹⁹

Da un punto di vista probatorio è richiesta la prova della generica consapevolezza della condotta di distrazione, occultamento, dissimulazione o dissipazione di beni sociali o di dissimulazione o riconoscimento di passività inesistenti imputabile alla condotta di altro amministratore di fatto o di diritto.²⁰

Altra recente sentenza²¹, prendendo spunto dall'esame della posizione di garanzia dei responsabili di una scuola religiosa, in relazione alle violenze sessuali subite da un alunno, rinvia alla posizione di garanzia ravvisabile in capo agli amministratori di società, individuandone il dolo eventuale nella mancata

¹⁷ Cass. sez. V, 27. 5. 96 *cit.*, 1934.

¹⁸ Cass. sez. V, 24.5.2006, n.36764, *cit.*, 1013.

¹⁹ Cass. sez. V, 19. 4.2005, in *Cass. pen.*2006, 1052

²⁰ Cass. sez. V, 08.4.2008, n.16778, *cit.*, 67.

²¹ Cass. sez. III, 12 maggio 2010, in *Cass. pen.* 2011, 1347

percezione dei segnali di allarme ravvisabili nelle condotte altrui.

Dalla presunta inosservanza di obblighi connessi alla carica deriverebbero, quindi, indici presuntivi del dolo.

In linea con le massime della giurisprudenza di legittimità sono le decisioni delle magistrature di merito.

In una, il Tribunale di Milano²² si occupa di ipotesi di falsità in bilancio, ascritta ad amministratori e sindaci di società di capitali, facente parte del gruppo imprenditoriale di un finanziere scomparso.

L'atteggiamento psicologico degli amministratori delegante è individuato nel dolo eventuale, che si concretizzerebbe nella generica rappresentazione dei rischi di determinate operazioni e nella probabilità che l'evento illecito si concretizzi.

La rappresentazione della probabilità del verificarsi della situazione rischiosa viene individuata dal Tribunale in una serie di indici rivelatori che avrebbero dovuto sensibilizzare i sindaci e gli amministratori deleganti.

Il primo di essi è “la genericità delle classificazioni di certe poste che avrebbe dovuto balzare evidente a chi rivestiva una carica professionale”. A carico del quale, il giudice individua un vero e proprio obbligo di indagare “se la fiduciaria avesse effettivamente ricevuto ed entro quali limiti ordine dai fiduciari per compiere operazioni di importi così rilevanti...rispetto alle quali non era neppure riscontrabile un movimento bancario o finanziario” .

L'adempimento di tale obbligo di controllo avrebbe “potuto far emergere l'arbitrarietà dei comportamenti, posti in essere da chi amministrava”.

La responsabilità dei sindaci e degli amministratori non delegati è, quindi, individuata nell'aver effettuato solo un controllo superficiale, e non aver approfondito lo stesso. “Gli indici di rischio”, così come rappresentati, sono espressione di un atteggiamento ai limiti tra il dolo e la colpa, ma che non può essere definito tout court come doloso.

²² Trib. Milano, sez. II, 24 novembre 1999, in *Giur. it.* 2000, II, 2638.

Infatti, la mera previsione dell'evento, la probabilità del verificarsi del dissesto dell'impresa, desunta da "operazioni rischiose", il comportamento negligente dell'amministratore che non interviene per sanare situazioni "ai limiti del consentito", per alcuni versi potrebbero rientrare più correttamente nella nozione di atteggiamento colposo, tutt'al più aggravato dalla previsione dell'evento, che non doloso.

In una recente la S.C.²³ affrontando il tema dell'identificazione personale del datore di lavoro in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, individua tale figura nei "soggetti effettivamente titolari dei poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda", ovvero Presidente del C.d.A., amministratore delegato o componente del C.d.A., a cui siano state delegate le funzioni gestorie. Precisa, inoltre, che gli altri componenti del C.d.A., seppur deleganti, rispondono del fatto illecito laddove "abbiano dolosamente omesso di vigilare o, una volta venuti a conoscenza di atti illeciti o dell'inidoneità del delegato, non siano intervenuti".

Nel seguito del lavoro, andranno, pertanto, verificate in maniera approfondita decisioni nelle quali si afferma apoditticamente l'esistenza della responsabilità concorsuale, quasi di natura "collettiva" dei componenti senza deleghe esecutive del consiglio di amministrazione e dei sindaci di una società, "per aver appostato in bilancio una mera aspettativa e non già un credito²⁴", o qualora nel bilancio sia inserita una posta inesistente, con il risultato di alterare il quadro rappresentativo della società e di occultare una perdita di esercizio²⁵

3. Alcune vicende giudiziarie, verificatesi negli anni '90, assumono un particolare aspetto in relazione ai riflessi che il dissesto di banche e finanziarie di rilievo nazionale ha comportato per l'economia italiana, nonché per lo scalpore che le modalità di gestione di tali aziende (in particolare raccolta e gestione del denaro in modo estremamente disinvolto) ha suscitato nell'opinione pubblica.

²³ Cass. Sez. III, 9 marzo 2005, in *Cass. Pen.* 2006, 1926, 2261.

²⁴ Trib. Ragusa 15 maggio 1999, in *Riv. pen.* 2000, 170

²⁵ Trib. Piacenza 5 novembre 1996, in *Foro It.*, 1997, II, 792

Quali espressioni di vicende sintomatiche verranno esaminate le sentenze relative agli episodi di bancarotta delle finanziarie “Cultrera”, della Banca Privata Italiana (Sindona) e del Banco Ambrosiano (Calvi).

Tali vicende sono tutte contraddistinte dalla presenza di un amministratore personaggio “forte” e reale gestore dell’azienda, imputato di reati societari e fallimentari, imputazione estesa ai componenti del consiglio di amministrazione non delegati e del collegio sindacale, per lo più personaggi estranei alla concreta gestione dell’impresa. Le decisioni, seguendo lo stesso filo logico-giuridico, pervengono alle medesime conclusioni di condanna degli imputati.

Viene, poi, esaminata la vicenda relativa alla determinazione della responsabilità penale dell’amministratore delegato della più importante Holding privata italiana (Fiat), per falsità contenute nel bilancio di una controllata (Cogefar). La sentenza individua, infatti, la posizione di garanzia in capo all’amministratore della capogruppo per illeciti compiuti nell’ambito di società controllate.

Viene, infine, esaminata una delle sentenze che si pronunziano sulla vicenda Bipop-Carire, nella quale il Giudice di legittimità, conformemente a quello di merito offre una nuova chiave di lettura della posizione degli amministratori deleganti, alla luce della normativa societaria, introdotta con il d.l.gsvo, n. 6 del 2003.

a) La prima vicenda in ordine cronologico è quella relativa al gruppo “Cultrera”, costituito da società finanziarie emittenti certificati rappresentativi del capitale sociale, da collocarsi presso il pubblico dei risparmiatori.

Nel portafoglio delle finanziarie vi erano società immobiliari: gli investimenti nei certificati avrebbero dovuto essere garantite dagli immobili in carico a tali società.

In buona sostanza, le quote di partecipazione nelle finanziarie erano garantite da una sorta di titoli atipici di società immobiliari, all’epoca non ancora regolamentati legislativamente.

Le finanziarie del gruppo Cultrera erano formalmente gestite da consigli di amministrazione, ma nella realtà le decisioni venivano prese dal Cultrera e da pochi fidati collaboratori.

I primi comportamenti di rilevanza penale nei confronti degli amministratori furono individuati nelle erronee indicazioni nei prospetti contabili inviati alla Consob relativamente alle emissioni dei predetti titoli atipici.

Ne conseguì l'imputazione di falso in bilancio e di truffa nei confronti degli amministratori e sindaci

Inoltre, l'incapacità di far fronte agli impegni presi con i risparmiatori portò alla liquidazione delle società con gravi danni nei confronti degli stessi, che non poterono recuperare neanche l'intero capitale versato.

Il procedimento penale per i reati di falso in bilancio e truffa aggravata furono aperti nei confronti di tutti gli amministratori, anche quelli non muniti di delega operativa, e dei sindaci.

Poiché il grado di partecipazione alla gestione della società era differente tra il Cultrera, i suoi più stretti collaboratori e gli altri amministratori, dalle difese degli imputati amministratori non delegati e sindaci venne eccepita la mancanza di capacità e potere gestionale in capo agli stessi, poiché non forniti dei necessari poteri funzionali atti ad impedire reati altrui.

A parere, invece, della S. C.²⁶, il principio della personalità della responsabilità penale non esclude l'obbligo dell'amministratore delegante e dei sindaci di vigilare e controllare l'operato dei delegati.

In forza di tale principio, viene individuata la responsabilità penale di un amministratore (Cordini), che, pur avendo delegato al Cultrera la partecipazione in assemblea per deliberare l'aumento di capitale, avrebbe dovuto controllare l'operato di questo, per evitare il compimento di attività illecite. Il mancato controllo viene qualificato concorso omissivo nel reato a condotta attiva.

A differenza di quanto affermato dalle difese, a parere della Corte, la funzione di controllo appartiene anche ai sindaci, se pur fondata su basi giuridiche differenti rispetto quella degli

²⁶ Cass. sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. Pen.* 1991, 1406, 1849

amministratori. Infatti, gli artt. 2403, 2405, 2407 c. c. predispongono un ampio reticolo normativo che impone ad essi di vigilare sull'operato di chi ha la gestione della società.

In particolare, questi sono obbligati:

- 1) a controllare l'amministrazione della società,
- 2) a vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo,
- 3) ad accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 c.c., per la valutazione del patrimonio sociale;
- 4) a controllare almeno ogni trimestre, la consistenza di cassa e l'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà sociale o ricevuti dalla società;
- 5) ad intervenire alle adunanze del consiglio di amministrazione ed alle assemblee, ed operare il controllo sui conferimenti in natura. Sono, infine, responsabili in solido con gli amministratori per il mancato controllo.

La magistratura di legittimità ritiene che i poteri-doveri dei sindaci non siano quindi meramente formali, risultando contraddistinti da effettività e pregnanza degli stessi rispetto la gestione della società.

Da qui discenderebbe l'esistenza di una effettiva posizione di garanzia.

L'omissione del controllo ed il conseguente mancato impedimento dell'illecito dà luogo a responsabilità penale di natura omissiva, in concorso con la condotta attiva degli amministratori.

L'accertamento del nesso di causalità tra la condotta omissiva e l'evento criminoso si concretizzerebbe nel giudizio valutativo della rilevanza del mancato intervento del garante rispetto il verificarsi dell'evento illecito.

Tale giudizio, a parere della Corte, non deve limitarsi alla probabilità del verificarsi dell'evento, ma alla certezza del verificarsi dello stesso in conseguenza della mancata attivazione dei poteri di controllo e di prevenzione del sindaco.

La certezza può essere raggiunta dal giudice in forza della valutazione di circostanze di fatto e dei criteri di ordine logico, mediante i quali esaminare lo svolgimento dei fatti.

In forza di tali assunti si pervenne alla declaratoria di responsabilità degli amministratori non delegati e sindaci.

b) Il processo per bancarotta a carico degli amministratori della Banca Privata Italiana costituisce la prima di alcune vicende giudiziarie con risvolti economico finanziari, susseguite nel corso degli anni.

Il fondatore del gruppo, di cui faceva parte la Banca, Michele Sindona, negli anni '70 era reputato uno dei più importanti finanziari italiani, che godeva del prestigio e di buona reputazione presso i vertici istituzionali e politici della nazione.

La messa in liquidazione della Banca, l'omicidio del liquidatore avv. Giorgio Ambrosoli, per il quale il Sindona fu condannato dalla Corte di Assise di Milano, costituiscono ancor oggi una delle pagine più nere della storia politico-istituzionale italiana.

La vicenda trae origine dalla gestione "disinvolta" che il banchiere Sindona operava nel suo Istituto di credito, ed in particolare dalle distrazioni di fondi che lo stesso, personalmente o a mezzo dei suoi più stretti collaboratori, operava dalle casse dell'Istituto di credito a favore di finanziarie o altri istituti esteri, in dispregio della normativa in materia bancaria.

In seguito ad ispezioni della Banca d'Italia, originate su denuncia di piccoli risparmiatori, soci e clienti della Banca, furono rilevate irregolarità gestionali e conseguenti rilevanti distrazioni di denaro dalle casse dell'istituto. Tale situazione portò alla liquidazione coatta dell'istituto di credito. Durante tale fase il liquidatore avv. Giorgio Ambrosoli fu ucciso. Per tale omicidio, il Sindona fu condannato alla pena dell'ergastolo.

In conseguenza della procedura di liquidazione coatta, fu aperto un procedimento penale per i reati bancarotta fraudolenta e falso in bilancio, nel quale furono imputati i vertici amministrativi della Banca.

La responsabilità per i fatti-reato di natura societaria veniva ascritta al Sindona, ai componenti del comitato esecutivo ed ai i membri del consiglio di amministrazione, anche a quelli non muniti di specifica delega, o meglio che avevano rilasciato deleghe in favore di Sindona e dei suoi più stretti collaboratori.

Il Tribunale di Milano, nella sentenza di primo grado, determina la responsabilità penale non solo di quelli con deleghe operative, ma anche degli altri, e dei sindaci ravvisando per questi ultimi la posizione di garanzia in forza dell'art. 2392 c. c. per i delegati e del combinato disposto degli artt. 2403 e 2407c.c.per i sindaci.

L'inerzia degli amministratori non delegati, e die sindaci a fronte dell'operato illecito dei loro colleghi sarebbe costitutivo di responsabilità penale ai sensi dell'art. 40, comma 2° c. p. .

Il dolo eventuale nell'atteggiamento dei "deleganti" e die controllori è ravvisato nella conoscenza o quanto meno conoscibilità da parte di costoro delle prassi operative utilizzate dal reale dominus della Banca, Sindona, il quale violava, per prassi comportamentale, qualsiasi regola e disciplina nella gestione dell'istituto di credito, diminuendo in misura rilevante il patrimonio dello stesso, e mettendo in serio rischio la stabilità economica dell'azienda.

Tale consapevolezza degli amministratori, e sindaci a parere del Tribunale, si desumeva dalla conoscenza di una serie di episodi che avrebbero dovuto rappresentare indici di rischio non tollerabili per l'impresa.

In particolare: 1) dalla molteplicità e simultaneità degli interventi delle due banche a favore delle aziende del gruppo stesso; 2) dalla risonanza che la stampa specializzata aveva dato dei rialzi delle quotazioni dei titoli del gruppo, in contrasto con la generale caduta dei titoli del listino di borsa; nonché da articoli di stampa nel quale si riportava l'intervista del direttore generale della B. U. che la banca avesse sostenuto il rialzo di titoli del gruppo; 3) dalle segnalazioni del Comitato direttivo degli agenti di cambio relativo all'andamento anomalo dei titoli del gruppo Sindona; 4) dai rilievi mossi dagli ispettori della Banca d'Italia alle modalità di gestione del gruppo.

Il Giudice di Appello ribadiva che la fonte della posizione di garanzia per gli amministratori della società dovesse essere individuata nell'art. 2392 c. c. e dei sindaci negli artt. 2403 e 2407c.c. Ritenendo, in particolare, che il non attivarsi, per impedire il compimento di atti pregiudizievoli per la società, dovesse essere fondamento non solo della responsabilità civile, ma anche di quella penale.

Il dissesto della Banca era conseguenza di un serie reiterata di operazioni poste in essere dal Sindona e dai suoi più stretti collaboratori, consistite in finanziamenti a fronte di garanzie palesemente fittizie, in depositi bancari i cui titolari erano meri "fiduciari", in fittizie operazioni di borsa effettuate con i fondi della banca, e, finalizzate ad effettuare erogazioni a favore di terzi ed in particolare di partiti politici.

A parere della Corte, quindi, il dissesto non era addebitabile ad una occasionale operazione distrattiva, ma era il frutto di un'attività ripetuta e continuativa posta in essere dagli amministratori delegati. Pertanto sarebbe stato facile per gli altri amministratori acquisire la consapevolezza delle attività illecite ed attivarsi per impedirle.

Infine, la S. C., nel rigettare il ricorso proposto dagli amministratori deleganti, ribadisce la posizione di garanzia di costoro. Infatti, a parere della Corte, tutti i componenti del consiglio di amministrazione hanno obblighi di gestire la società secondo criteri di correttezza e diligenza, avendo avuto la nomina dall'assemblea della società a cui essi rispondono.

La Corte ritiene, altresì che la responsabilità degli amministratori e sindaci non si concretizzi unicamente nei confronti della società per non aver impedito atti pregiudizievoli nei confronti della stessa, ma anche nei confronti dei soci, creditori e terzi, e cioè "quegli atti pregiudizievoli per quella rete di relazioni societarie la cui integrità è affidata dalla legge alle cure dell'organo amministrativo".

A parere della Corte, dalla norma si evince un principio di ordine generale in forza del quale gli amministratori hanno l'obbligo di tutelare non solo i soci, ma l'intero complesso di relazioni non solo strettamente economiche interessanti per la società.

Nell'ambito di tali interessi, facenti capo alla società, vi sono anche quelli tutelati dalle norme penali societarie e fallimentari. Pertanto, la mancata attivazione degli amministratori in difesa degli stessi, avverso atti pregiudizievoli compiuti da altri, integra la responsabilità penale ex art. 40 2° c. p.

La Corte ravvisa, altresì, nei comportamenti degli amministratori non delegati la sussistenza del dolo, elemento qualificante del reato di bancarotta fraudolenta.

c) Particolarmente significativa nell'esperienza giurisprudenziale italiana è la vicenda giudiziaria relativa alla bancarotta del Banco Ambrosiano. Ciò a motivo della rilevanza che l'Istituto di credito rivestiva nel panorama bancario italiano, dell'interesse che suscitò nell'opinione pubblica la morte in circostanze oscure del suo Presidente dott. Roberto Calvi, nonché per le implicazioni di natura politica che i risvolti della vicenda ebbero nei rapporti tra lo Stato Italiano e lo Stato Città del Vaticano.

In tale vicenda ebbe grande risonanza, inoltre, l'intervento della Corte di Cassazione, che ritenendo l'extraterritorialità dello IOR, annullò il mandato di cattura nei confronti di due dirigenti laici e di un Prelato presidente dello stesso Istituto²⁷.

La vicenda processuale ruota intorno alla figura chiave del Presidente dell'Istituto di credito, dott. Roberto Calvi, il quale, avendo, peraltro, percorso la sua intera carriera professionale

²⁷ Cass. Sez. V, 3932, 17 luglio 1987, in *Riv. pen. ec. N. O.*, 1988, 15: "L'art. 11 del Trattato del Laterano fra la Santa Sede e lo Stato Italiano, con lo stabilire che gli enti centrali della Chiesa Cattolica sono esenti da ogni ingerenza da parte dello stato italiano, impone a quest'ultimo di non invadere la sfera dell'altra, con tutte le esplicazioni di poteri pubblici ed ovviamente anche con la giurisdizione. L'istituto per le Opere di Religione (IOR) è ente centrale della chiesa Cattolica, cioè ente costituzionalmente rilevante nell'ordinamento giuridico della Chiesa Cattolica, avente personalità giuridica, autonomia patrimoniale, competenza funzionale universale, cioè estesa a tutto l'ordinamento, per il raggiungimento dello scopo ad esso connaturalmente essenziale". Tale decisione fu emessa dalla Suprema Corte che cassò, senza rinvio, l'ordine di custodia cautelare emesso dal G. I. di Milano nei confronti dei dirigenti dello IOR, istituto bancario del Vaticano, coinvolto nelle operazioni estere del Banco Ambrosiano. I tre dirigenti furono imputati del reato di bancarotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano. La Corte di Cassazione affermò il principio per il quale l'Istituto bancario del Vaticano non era soggetto alla giurisdizione italiana.

all'interno dell'Istituto, ne conosceva perfettamente i meccanismi di funzionamento e ne era padrone assoluto.

La Banca, peraltro, godeva di notevole prestigio e considerazione, essendo ritenuta importantissimo punto di riferimento della finanza cattolica.

La "gestione Calvi" fu caratterizzata da numerose irregolarità che sfociarono nella violazione di norme penali.

Lo stesso, insieme all'intero consiglio di amministrazione, fu imputato e condannato per violazione delle norme valutarie, avendo gestito, a mezzo dei canali finanziari dell'Istituto, l'esportazione di capitali, che nel 1980 costituiva reato.

Da quella vicenda si susseguirono numerose ispezioni e controlli della Banca d'Italia, che portarono all'individuazione di illeciti penali commessi nell'amministrazione della Banca fra i quali risaltano distrazioni di notevoli somme di denaro della stessa in favore di società estere e dell'Istituto per le Opere di Religione.

Fatto dal quale conseguì un contenzioso avente ad oggetto richieste di risarcimento da parte dello Stato Italiano nei confronti dello Stato Città del Vaticano di cui lo IOR ne era organo.

Il Banco Ambrosiano fu posto in amministrazione controllata. Dalla procedura scaturì un procedimento penale per bancarotta fraudolenta nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale.

La questione in esame s'incentra sulle posizioni dei consiglieri che rilasciarono deleghe operative ad altri e dei sindaci, cioè di coloro i quali non sono muniti di concreti poteri gestionali.

Dalle difese di costoro si contestava l'individuazione di responsabilità a loro carico, assumendosi la mancanza di effettivi poteri gestionali dell'azienda.

Le tre sentenze, che si occuparono del procedimento per bancarotta nei confronti degli amministratori dell'Ambrosiano, rispettivamente del Tribunale di Milano, della competente Corte di Appello, e della Corte di Cassazione, sono state più volte edite e commentate, suscitando notevole attenzione da parte

della dottrina²⁸, in particolare in relazione alla sussistenza o meno del dolo²⁹, nell'atteggiamento degli amministratori deleganti.

La sentenza del Tribunale³⁰ si incentra sullo sviluppo di tre problematiche: 1) la sussistenza di un obbligo di garanzia a carico degli amministratori; 2) l'esame dell'atteggiamento psicologico di questi; 3) la responsabilità penale dei sindaci.

In ordine al primo punto, la sentenza afferma in modo inequivocabile la sussistenza di un preciso ed ineludibile dovere di vigilanza in capo agli amministratori per impedire il compimento di atti pregiudizievoli nei confronti della società.

A parere del Tribunale, l'affidamento in capo ad un comitato ristretto di amministratori (comitato esecutivo) o ad un amministratore delegato di specifici poteri, non esonera i restanti componenti del consiglio di amministrazione da responsabilità penale.

Infatti, l'obbligo di garanzia, individuato in forza dell'interpretazione congiunta degli artt. 2392 c. c e 40 2° c. p. assume un aspetto cogente di ordine pubblico non derogabile dalla volontà privata.

Dal mancato rispetto dell'obbligo di vigilanza deriverebbe la condotta concorsuale dei componenti del consiglio, che rilasciano delega, nella fattispecie di bancarotta, secondo il modello del reato omissivo improprio.

L'obbligo di controllo si concretizza nel diritto-dovere dell'amministratore delegante della società di verificare la documentazione dalla quale evincere l'andamento gestionale della stessa.

Dall'altra parte, i soggetti che detengono l'effettivo potere gestionale hanno l'obbligo di favorire l'accesso a tale documentazione, rendendo in tal modo effettivo il potere di controllo.

²⁸ Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 s. s.

²⁹ Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 1265 s. s.

³⁰ Trib. Milano, 16. 4. 92, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1995, 1477

Pertanto, viene individuato un vero e proprio dovere di attivarsi da parte del delegante per verificare la correttezza di quanto rappresentatogli dal delegato. La sua inattività viene trasformata dal Tribunale in concorso nell'attività criminosa altrui.

L'obbligo di informarsi diviene, quindi, il vero fulcro della posizione di garanzia, che per essere esercitata in pieno presuppone il preventivo esame della documentazione societaria.

A riprova della responsabilità penale degli amministratori non delegati, il Tribunale indica quale circostanza pregnante che le riunioni del consiglio di amministrazione, su delibere di rilevante interesse, si tenessero in modo frettoloso, senza approfondite discussioni.

Inoltre, il Tribunale supera, non approfondendola sufficientemente, la problematica relativa alla delega di funzioni, affermando che obblighi di carattere pubblicistico non possono essere derogati da accordi pattizi di natura privata in forza dei quali vengono delegate determinate funzioni ad uno o più amministratori.

Per il Tribunale, esigenze di organizzazione interna, finalizzate ad un miglior funzionamento dell'ente, non possono portare alla deroga di obblighi la cui inosservanza sarebbe sanzionata penalmente.

A parere del Tribunale, l'inerzia degli amministratori deleganti è, altresì, penalmente rilevante, poiché contraddistinta dall'elemento psicologico del dolo eventuale.

Sarebbe sufficiente la ragionevole possibilità che l'amministratore estraneo alla gestione sociale, funzione delegata ad altri, possa rilevare l'illiceità dell'agire del delegato, perché si configuri una situazione di consapevolezza del componente del consiglio riguardo l'illecito commesso dagli altri.

Il dolo nel reato di bancarotta si concretizza nella rappresentazione e nella volontà di compiere fatti distrattivi in danno dell'azienda, indipendentemente dalla rappresentazione e volontà di provocare con tali atti il conseguente stato di decozione.

Una volta desunti precisi indicatori che rappresenterebbero atteggiamenti gestionali atti a configurare fatti distrattivi nei confronti della società, a parere del Tribunale, “la ragionevole possibilità per l'amministratore estraneo alla concreta gestione delegata, di rilevare l'illiceità del comportamento distrattivo, addebitabile al delegato, è senz'altro equiparata alla consapevolezza concretamente raggiunta dal singolo componente del Consiglio”.

Il Tribunale ritiene che una volta provate le anomalie più o meno gravi nella gestione della società, l'amministratore diligente abbia l'obbligo di controllare l'operato degli amministratori delegati alla gestione, di accertare tali anomalie, e di impedire che tali anomalie si verifichino.

La semplice accettazione di operazioni rischiose, di fronte alle quali o vi è un precedente atteggiamento inerte da parte dell'amministratore non delegato o una successiva ratifica da parte di questi, si concretizzerebbe in un atteggiamento colpevolmente doloso.

La responsabilità dei Sindaci, infine, viene desunta dalla violazione degli obblighi imposti dall'art. 2403 c. c., in relazione all'art. 40 cpv. c. p.

Infatti, anche per i sindaci viene individuata una posizione di garanzia in relazione alle attività di controllo ed ispettive sull'attività di gestione della società di cui tali soggetti vengono fatti carico.

Il fulcro di tale posizione di garanzia si concretizzerebbe nel controllo che i componenti del collegio sindacale devono effettuare sull'operato di componenti del collegio degli amministratori.

Sulla stessa falsariga si muove la sentenza di appello³¹ che ritiene essere la posizione di garanzia degli amministratori posta a tutela di un insieme di interessi che fanno capo non solo alla società, ai soci ed ai creditori, ma anche ai terzi in genere ed all'economia nazionale.

³¹ Corte App. Milano, sez. II, 10. 6. 1996, in *Riv dir. pen. ec.* 1998, 571, con commento di D. Proverbio, *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, ibidem

La concretizzazione dell'attività di salvaguardia degli interessi menzionati non può essere ristretta ad una condotta attiva corretta del singolo amministratore, ma deve necessariamente essere ampliata all'attività di impedire che altri amministratori commettano reati.

A parere della Corte, l'obbligo di garanzia deriva dall'art. 2392 c. c., in forza del quale la gestione della società deve necessariamente fondarsi sull'operato diligente degli amministratori, nell'ambito del quale rientra il controllo sulle attività delegate ai colleghi.

Il non attivarsi per esercitare tale controllo configura una responsabilità penale, sotto forma di concorso, ex art. 40 cpv. cp.

I Giudici ravvisano nei poteri istruttori di verifica e di accertamento sull'operato degli altri amministratori quei poteri funzionali necessari ad esercitare il loro obbligo di garanzia, il cui esercizio effettivo si deve estrinsecare nel segnalare agli organi competenti della società (assemblea, consiglio di amministrazione, collegio sindacale) gli eventuali illeciti commessi dagli altri amministratori delegati.

In particolare, la Corte osserva che le modalità di intervento degli amministratori per esercitare il loro potere di controllo non è tipizzato dalla legge. Pertanto l'atteggiamento del garante può estrinsecarsi secondo le modalità più ampie.

Nella motivazione, i Giudici di appello premettono che la prova della responsabilità degli amministratori non può essere ricercata nel fatto che l'Istituto di Credito si sia ritrovato in un grave stato di decozione, poiché il giudizio dovrebbe essere "storicizzato", e, pertanto, le responsabilità dei singoli esaminate in rapporto alla diligenza da essi adoperata nelle singole operazioni finanziarie.

La diligenza, quindi, diviene il metro con il quale misurare il comportamento degli amministratori deleganti. Ad essi, infatti, si fa carico di usare la diligenza non solo nella gestione attiva dell'ente, ma anche nel controllo sull'operato del collega.

L'identificazione di un atteggiamento psicologico penalmente rilevante porta il Giudice a rappresentare un'ipotesi di concorso dell'amministratore delegante con quello delegato.

La previsione dell'evento lesivo si concretizzerebbe nella mera consapevolezza di operazioni anomale ed in pregiudizio per l'Istituto, per i soci, i creditori. In quanto si ravvisa l'accettazione del rischio, tipica del dolo eventuale, nella "conoscenza di fatti potenzialmente generatori di danno e la previsione degli sviluppi innescati da un determinato comportamento".

L'elemento essenziale del dolo è identificato nella mera consapevolezza di operazioni rischiose ed anomale poste in essere dai vertici gestionali della Banca, che avrebbero dovuto costituire dei veri e propri "segnali di allarme" sulle eventuali malefatte degli amministratori delegati.

La Corte premette che il dolo eventuale consiste nella rappresentazione dell'eventualità del verificarsi di un dato evento pur non voluto direttamente dall'agente, ma previsto da questo, che ha accettato il rischio del suo verificarsi.

La stessa Corte, però, ravvisa la sussistenza di tale atteggiamento psicologico, per gli amministratori non delegati, nella mera consapevolezza di fatti "allarmanti" per l'azienda, tralasciando del tutto qualsiasi considerazione rispetto all'elemento volitivo.

Infine, la Corte di Cassazione³² si mantiene sulla stessa falsariga delle sentenze dei Giudici di merito, affermando la correttezza dei principi giuridici enunciati nelle sentenze del Tribunale e della Corte.

Le massime edite della S. C. incentrano anche la propria attenzione sulla responsabilità penale dei Sindaci, a carico dei quali si configura la posizione di garanzia in forza dell'obbligo civilistico di controllo sull'operato degli amministratori ex art. 2403 c. c.

Il controllo non sarebbe meramente formale, ma deve necessariamente estendersi anche all'operato gestionale.

Infatti, l'art. 2403 c. c. conferisce ai Sindaci il potere-dovere di chiedere notizie sull'andamento della gestione, non limitando, pertanto, il potere di controllo ad aspetti unicamente conta-

³² Cass., sez. V, 14 luglio 1998, in *Guida al Dir.* 29 agosto 1998, 91 s. s.; in *Cass. pen.* 1999, 278, 652; in *Cass. pen.* 2001, 165, 292.

bili, ma consentendo all'organo sindacale di intervenire nell'amministrazione della società, interferendo nelle operazioni che possono suscitare "perplexità".

A tal riguardo il Collegio sindacale è l'organo deputato a ricevere eventuali denunce dei soci sui fatti dell'ente, nonché a riferire nella relazione di accompagnamento al bilancio, sul comportamento non corretto degli amministratori o su operazioni "arrischiate".

Il concorso del sindaco con l'amministratore scaturisce, quindi, dall'inosservanza dello stesso principio di diligenza che deve contraddistinguere l'operato degli amministratori in forza delle regole civilistiche sul mandato, che accomuna gli artt. 2392 e 2403 c. c.

Entrambe le vicende hanno notevoli punti fattuali in comune: presenza di personaggi "forti", veri proprietari delle banche, che, insieme con un nucleo ristretto di fidati collaboratori, amministratori con delega, gestivano in assoluta autonomia gli istituti, con contestuale emarginazione dei restanti amministratori deleganti.

In entrambi i processi, nei tre gradi di giudizio, il Tribunale e le Corti si attestano sulla declaratoria di responsabilità di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale dell'istituto di credito, usando parametri di valutazione tutt'al più rispondenti al paradigma della colpa, ma certamente non del dolo³³.

³³ Il Crespi, *op. ult. cit.*, 1163, evidenzia che nelle decisioni giurisprudenziali si va ben oltre ipotesi di responsabilità di negligenza colposa: "Ma l'equiparazione di fondo tra dolo e colpa non esaurisce i termini del problema, perché, anche, quando, al solo scopo di addebitare un atteggiamento dolorosamente orientato, non si abbiano a disposizione dichiarazioni plaudenti o solidarizzanti di sindaci o amministratori, l'inquirente non si sentirebbe per quanto disarmato: al traguardo delle affermazioni di colpevolezza egli perverrebbe ugualmente in base al principio che nei consigli di amministrazione tutto si sa perché tutto viene detto e di ogni cosa si è dettagliatamente informati. È anzi diffuso convincimento che non vi può essere iniziativa delittuosa o comunque pregiudizievole agli interessi sociali che non sia stata previamente ordita nel consiglio di amministrazione. Senza possibilità di salvezza neppure per l'amministratore che risultasse normalmente assente nelle riunioni di consiglio, nulla importando che per quella posizione di latitante egli fosse all'oscuro di ciò che nel frattempo in seno all'organo collegiale si stava tramando: se, in omaggio all'obbligo di diligente esecuzione del mandato affidatogli dall'assemblea, quell'amministratore avesse

Infatti, nella sentenza del Tribunale relativa alla bancarotta dell'Ambrosiano si rinvennero circostanze di fatto a carico degli amministratori senza funzioni gestorie che porterebbero ad individuare una loro negligenza nel vigilare sull'operato dei vertici esecutivi della Banca:

a) l'approvazione di delibere particolarmente impegnative sul piano finanziario mediante una frettolosa lettura del verbale predisposto, nonostante

b) l'accendersi sempre più frequente, via via che si manifestava l'approssimarsi del dissesto, di segnali di allarme relativamente al settore dell'esercizio del credito, e, nonostante, ancora, che

c) in quello stesso periodo il Presidente del consiglio di amministrazione della banca fosse stato arrestato per violazione di norme valutarie, con conseguente

d) intensificarsi della campagna della Banca d'Italia per ottenere notizie sul comparto estero e un riassetto del medesimo in linea con le esigenze di legalità e trasparenza".

Tali "segnali di allarme" potrebbero, come è evidente, costituire indizi di una colpevole, negligente omissione di controllo, plausibilmente inquadrabile nell'ambito di un eventuale responsabilità colposa, ma non di certo dolosa³⁴. Per il Tribunale, al contrario, si tratterebbe di indizi rilevatori dello stato di dissesto, che avrebbero dovuto far scattare l'obbligo di attivarsi ex art. 2392 c. c. .

Di qui, praticamente senza analisi ulteriori, viene individuata una responsabilità concorsuale dell'amministratore delegante con quello delegato.

Il Giudice di appello, nel confermare la decisione di quello di prima istanza, operava, poi, una - quantomeno problematica-

scrupolosamente partecipato alle riunioni consiliari avrebbe potuto rendersi conto di quanto si andava perpetrando ai danni della società, ed una volta che se ne fosse reso conto avrebbe potuto fare il possibile per impedire il verificarsi del danno o quantomeno per attenuarne le conseguenze".

³⁴ Crespi, *op. ult. cit.*, 1150: "Un quadro complessivo, pertanto, di colpevole inerzia oggettivamente inquadrabile nei parametri della negligenza, e possibile fonte, quindi, di una responsabilità - a tutto concedere - meramente civile: come hanno potuto, quei giudici, individuare invece un comportamento improntato a dolo, anzi fraudolentemente orientato?"

equiparazione tra la responsabilità civile degli amministratori ex art. 2392 c. c. e quella penale, ritenendo automaticamente il sussistere della seconda quale conseguenza della prima.

La Corte di Cassazione, infine, nell'indicare gli "indici rivelatori del dolo" nel reato di bancarotta dei componenti privi di delega del consiglio di amministrazione, elenca le seguenti circostanze di fatto:

1) aver manifestato solidarietà con l'amministratore delegato per tutte le iniziative da lui assunte

2) non aver preso alcuna iniziativa, per contro, neppure quando la stampa aveva diffuso gli elenchi degli affiliati ad una nota loggia massonica, nonostante taluni di loro avessero fruito di cospicui finanziamenti per portare a termine l'operazione di controllo di una società editoriale da parte dell'amministratore delegato della banca finanziatrice;

3) aver solidarizzato con l'amministratore delegato anche quando fu incarcerato per infrazioni valutarie connesse alla gestione della banca, opponendosi altresì alla sua sostituzione onde evitare che potessero apparire fondate le accuse che in quel procedimento la Procura aveva formulato;

4) aver manifestato stupore ed indignazione allorché l'istituto centrale, presa cognizione delle ragioni per le quali un consigliere si era dimesso da amministratore, ebbe a manifestare dubbi sulla capacità degli organi collegiali preposti alla amministrazione della banca da assumere, responsabilmente, autonome decisioni;

5) non aver formulato rilievi e proposte che in qualche modo potessero costituire motivo di ripensamento o, per lo meno, di maggiore attenzione, venendo meno in tal modo ai propri doveri di ufficio, pur non potendo non aver percepito il pregiudizio che talune operazioni avrebbero provocato all'istituto di credito".

Per la Corte di legittimità, così come per i magistrati di merito, degli indici fattuali, a malapena in grado di inferire la plausibile presenza della colpa, vengono dunque ancora una volta – assunti quali criteri logici per desumere l'atteggiamento doloso,

incentrato sull'accettazione del rischio del dissesto dell'impresa, da parte dei componenti del consiglio di amministrazione.

Questo, in assenza di qualsiasi accertamento della previsione dell'evento delittuoso, presupposto razionale indefettibile rispetto all'accettazione del rischio di una successiva verifica dello stesso: ma la responsabilità penale dovrebbe essere accertata volta per volta e non dovrebbe essere demandata a criteri statistici³⁵.

In realtà, nell'esame dell'atteggiamento psicologico è riscontrabile una evidente forzatura: la raffigurazione del dolo eventuale nei confronti di coloro i quali, essendo completamente estranei all'attività gestionale esecutiva, vengono fatti carico, con un giudizio a posteriori su circostanze di fatto ritenute sintomatiche, di aver accettato il rischio di operazioni penalmente illecite poste in atto dall'amministratore.

d) Più recentemente, la S. C.³⁶ si è pronunciata sul reato di false comunicazioni sociali, vecchia formulazione, contestato agli amministratori della capogruppo per la redazione del bilancio consolidato.

La rilevante posizione occupata nel mondo economico dagli imputati, rispettivamente Amministratore delegato e direttore

³⁵ Crespi, *op. ult. cit.*, 1159: “ E’ certamente vero che nei giudizi di merito non si è fatta alcuna confusione tra la conoscibilità degli effetti pregiudizievoli e la concreta previsione degli stessi: anche in quei precedenti giudizi si è infatti data per scontata la concreta previsione di quegli effetti per il solo fatto che apparivano a tal punto prevedibili da poterli ritenere concretamente previsti: . Un criterio meramente statico, scopertamente basato, in quanto tale, sull'*id plerumque accidit*: che con l'accertamento del dolo non ha nulla a che spartire. Perché si può anche concedere – con tutte le riserve del caso – che nessuna norma incriminatrice richiede un nesso causale tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa e che, quindi, né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la prescrizione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto, possono essere condizioni essenziali dell'antigiuridicità penale della condotta: ma nessun accorgimento dialettico potrà mai legittimare l'introduzione di un criterio a sfondo statistico in luogo del concreto accertamento volta per volta in capo all'amministratore, dalla previsione dell'effetto dannoso do ogni singola operazione deliberata dal consiglio di amministrazione”.

³⁶ Cass. sez. V, 19 ottobre 2000, in *Cass. Pen. 2001*, 1262, 2494

generale (di fatto) della FIAT s.p.a., ha suscitato notevole interesse riguardo la vicenda giudiziaria.

L'imputazione del reato di cui all'art. 2621 c. c. prende origine dall'occultamento nel bilancio della Holding (FIAT s.p.a.) di fondi neri, utilizzati o da utilizzarsi per pagare tangenti a pubblici ufficiali, da parte degli amministratori delle controllate FIAT, in particolare da quelli della Cogefar, impresa di costruzioni di rilevanti dimensioni.

La vicenda non sarebbe dissimile da molte altre che hanno dato luogo a procedimenti giudiziari nei quali viene contestata agli amministratori di società l'ipotesi di cui all'art. 2621 c. c., in relazione alla creazione di provviste occulte finalizzate al pagamento di "tangenti".

La peculiarità della vicenda attiene da una parte alla notorietà ed al ruolo ricoperto dal principale imputato (Cesare Romiti), dall'altra all'estensione in via concorsuale dell'imputazione dai componenti del C. d. A. della società controllata a quelli della controllante.

Dell'accantonamento di riserve occulte nel bilancio della Cogefar (controllata) avrebbe dovuto rispondere l'amministratore della stessa (Mattioli), atteso peraltro che la Cogefar era società di capitali, di rilevanti dimensioni, con giro di affari particolarmente significativo, e del tutto autonoma dalla gestione della FIAT (controllante).

Il giudice penale, invece, ravvisa ulteriore responsabilità penale in capo al Romiti, amministratore delegato della Holding FIAT, e persona non coinvolta nella diretta gestione della Cogefar.

L'interesse giuridico della vicenda s'incentra sulla configurazione, da parte della Corte, di una vera e propria posizione di garanzia a carico degli amministratori della capogruppo, derivante dall'obbligo di impedire che dati falsi provenienti dai bilanci delle controllate vengano trasferiti nel bilancio consolidato.

Atteso che il bilancio consolidato è il risultato dei bilanci delle controllate, gli eventuali dati falsi contenuti nei bilanci

della partecipata incidono nel consolidato. La Corte individua due possibili situazioni alternative:

1) gli amministratori della capogruppo non sono a conoscenza della falsità dei dati che vengono trasmessi, sono estranei alla gestione di questa, pertanto, è configurabile una responsabilità penale per falso in bilancio a carico degli amministratori della controllata per aver indotto in errore ex art. 48 c. p. i redattori del bilancio della Holding, i quali sono ingannati dal comportamento dei primi.

2) la falsità dei dati emerge nel corso del consolidamento; vi è consapevolezza, ma inerzia da parte degli amministratori della controllante, i quali non si adoperano affinché vengano corrette le falsità. In tale evenienza vi sarebbe responsabilità penale degli amministratori della controllante.

La Corte, quindi, pone il proprio interesse sull'elemento psicologico dell'illecito, individuando a carico degli amministratori della controllante l'obbligo di impedire l'evento in forza degli artt. 40 cpv. c. p. e 2392 c. c. , poiché gli amministratori della Holding sono garanti della correttezza e trasparenza del bilancio societario, pertanto, infedeltà dello stesso sono a loro ascrivibili qualora vi sia consapevolezza dell'inserimento di dati falsi da parte di altri amministratori, con i quali è configurata una fattispecie concorsuale.

L'esistenza di un potere-dovere di controllo si evince anche dall'onere che gli amministratori della capogruppo hanno di comunicare alle consociate le modalità di redazione del bilancio secondo i principi e le direttive della legge³⁷ (29 bis).

La particolarità di tale sentenza risiede nel passaggio che la giurisprudenza effettua nell'inquadrare una posizione di garanzia ulteriore rispetto quello già evidenziata degli amministratori non delegati: vi sarebbe un obbligo di controllo, per così dire "di secondo grado", in capo ai gestori della Holding, sull'operato di quelli della partecipata.

Tale decisione presenta degli aspetti del tutto nuovi rispetto alle sentenze dapprima esaminate: la Corte opera un passaggio

³⁷ La Corte evince ciò, dalla Relazione Ministeriale accompagnatoria del D. l. 127/91 Cass. sez. IV, 11 luglio 2002, in *Cass. Pen.* 2004, 1532, 3765.

logico attributivo di responsabilità penale, effettuando un vero e proprio salto da una società all'altra. Da un obbligo di controllo in capo ad amministratori della stessa società, si passa alla configurazione di ulteriore posizione di garanzia degli amministratori di una società differente dalla prima.

La configurazione di tale posizione di garanzia ingenera ulteriori dubbi.

In capo agli amministratori della holding sono attribuiti quei poteri di controllo necessari per poter effettivamente esercitare il ruolo tipico del garante? O, piuttosto, la loro posizione funzionale è radicata in una società terza rispetto quella in cui vi è stato l'accantonamento illegale di denaro, e la conseguente alterazione contabile. E, pertanto, non è ad essi ascrivibile la violazione di un obbligo di controllo, atteso la mancanza dei relativi poteri?

Diviene, inoltre, oltremodo difficile raffigurare quale atteggiamento psicologico il dolo, seppur eventuale, in capo agli amministratori della holding che, non possedendo il controllo della società da cui provengono i dati falsati, dovrebbero fondare le loro convinzioni su sospetti.

e) Interesse suscita una recente sentenza della Suprema Corte³⁸, che individua la responsabilità penale di tutti i componenti del consiglio di amministrazione di una società di capitali, per violazione delle norme sulla sicurezza e l'igiene sul lavoro, nonché delle derivanti ipotesi di lesioni ed omicidio colposo.

Il fatto dal quale nasce il processo penale attiene alla continua e reiterata esposizione alle scorie di amianto dei dipendenti di un'impresa gestita da una società di capitali.

La Corte supera la delega conferita ad alcuni degli amministratori da parte del consiglio, quale limite di responsabilità penale per i deleganti, ed individua una posizione di garanzia in capo a tutti i componenti dell'organo.

Tale posizione di garanzia si concretizza in obblighi di controllo sull'attività gestoria ed esecutiva dell'ente, obblighi che

³⁸ Cass. sez. IV, 11.7.2002, in *Cass. Pen.* 2004, 1532, 3765.

permangono per gli amministratori nonostante la delega conferita ad alcuni di essi.

Infatti, a parere della Corte, non possono essere trasferiti in toto gli obblighi di controllo per la sicurezza e l'igiene sul lavoro atteso che anche gli amministratori deleganti hanno l'obbligo di controllare l'effettivo rispetto delle regole in materia. In particolare, è compito precipuo del consiglio di amministrazione verificare che i dipendenti svolgano la loro attività in luoghi sicuri e sani, nel rispetto delle norme sulla sicurezza.

La sentenza, per quanto attiene all'elemento psicologico, si differenzia dalle sentenze precedentemente commentate.

Infatti, in comune con le altre decisioni vi è l'individuazione della posizione di garanzia, in capo ai consiglieri di amministrazione deleganti, ai sensi dell'art. 2392 c. c. Mentre le altre ipotesi di reato sono di natura dolosa, in quest'ultima le previsioni normative violate sono di carattere colposo.

Le fattispecie di reato, interessate da quest'ultima sentenza in esame, sono, infatti, di natura tipicamente colposa e si fondano sull'inosservanza di specifiche norme cautelari poste a tutela della sicurezza e della salute del lavoratore. Pertanto il dovere di controllo del garante che si fonda sul suo obbligo di diligenza nel seguire l'operato dei colleghi delegati, ed intervenire lì dove riscontri carenza nell'attività di questi, ben si concilia con la struttura del reato colposo.

Un obbligo di diligenza di tal fatta sembrerebbe essere maggiormente compatibile con una responsabilità di natura colposa.

f)La configurazione giurisprudenziale della posizione di garanzia in capo agli amministratori non delegati ed ai sindaci suscita perplessità lì dove manchi l'attribuzione in capo a costoro di un potere funzionale che li metta nella concreta possibilità di esercitare il controllo e la vigilanza presupposti necessari per impedire i reati all'interno dell'ente.

Al riguardo, è da segnalare una più recente sentenza della S. C. che si muove in senso avverso rispetto la giurisprudenza dominante.

La decisione attiene la responsabilità dei sindaci per omesso controllo dell'operato degli amministratori imputati di reati fallimentari³⁹.

La Corte effettua un preventivo esame riguardo i reali poteri che costoro hanno nello svolgimento dell'attività societaria.

Questi sono poteri di controllo postumo sulla gestione altrui. Controllo che, in linea di massima, non si estrinseca nel corso dell'attività gestoria vera e propria, ma si realizza, per l'appunto, in un momento posteriore alle decisioni già prese dagli organi di amministrazione attiva, mediante l'esame di documenti contabili.

Pertanto, l'obbligo di controllo dei sindaci è limitato ad un mero e posteriore esame di legalità sulla conformità degli atti e documenti alle disposizioni di legge e statutarie. Gli stessi non entrano nelle decisioni gestionali dell'ente, che appartengono in via esclusiva agli amministratori, e non possono sostituirsi ai primi in caso di inadempienza di questi ultimi.

Ne consegue che, a parere della Corte, non è ipotizzabile il concorso dei sindaci con gli amministratori nel reato di bancarotta per omessa vigilanza sull'effettivo adempimento da parte degli amministratori di obblighi gestionali dell'ente.

La Corte esclude la configurabilità di una vera e propria posizione di garanzia in capo ai sindaci, non rilevando la sussistenza dei poteri funzionali in capo a questi.

Tale sentenza non può costituire un vero e proprio contraltare alla giurisprudenza dominante, ma, indubbiamente offre spunti interessanti, inquadrando in senso corretto la posizione di garanzia e collegandola in particolare alle concrete attività di cui i sindaci sono fatti carico.

Ovviamente i principi espressi, pur essendo collegati al caso concreto esaminato dalla Corte, possono essere utilizzati anche per la posizione degli amministratori deleganti, mediante la verifica da una parte dell'effettività della delega attribuita al singolo o a più amministratori delegati, e, dall'altra, la verifica della permanenza dell'obbligo di impedire l'evento illecito, in capo agli amministratori deleganti.

³⁹ Cass. sez. V, 12 novembre 2001, in *Cass. Pen.* 2003, 409, 1314)

g) Di particolare interesse, per la ricerca in corso, è una recente sentenza del S.C.⁴⁰ che chiude una delle plurime vicende processuali relative al dissesto del gruppo bancario Bipop-Carire.

La particolarità della sentenza risiede nel fatto che la decisione prende, per la prima volta, in esame la responsabilità penale degli amministratori deleganti per condotte dei delegati, alla luce delle modifiche apportate alla normativa societaria dal d.l.gs.vo n. 6/2003. Altre sentenze successive alla riforma non si sono minimamente interrogate sull'eventuale rilevanza che le modifiche alle norme civilistiche, sulle quali si fonda la posizione di garanzia, potrebbero avere nella configurazione di un obbligo di impedire l'evento, la cui inosservanza è penalmente sanzionata.

In particolare le contestazioni riguardano l'omessa contabilizzazione delle gestioni di patrimoni, assistite da anomale garanzie, con forti rischi per l'azienda di credito, dalle quali operazioni ne scaturivano i reati di false comunicazioni sociali e di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

Il Gup di Brescia, giudice di primo grado, assolve gli amministratori non delegati, o meglio deleganti, riservando la responsabilità penale in via esclusiva ai componenti del c.d.a., forniti di deleghe, ritenendo da una parte che la riforma ha alleggerito la responsabilità degli amministratori senza delega, e dall'altra l'insussistenza di un atteggiamento doloso da parte di costoro.

La Corte, nel confermare la decisione impugnata dal P.M., respinge le argomentazioni del rappresentante della Pubblica Accusa.

⁴⁰ Cass. sez. V, 4.5.2007, n.23838, in *Cass. Pen.* 2008, 2.6, 103, con nota di Centonze, La suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario, *ibidem*, 2.6, 109.

A parere del quale la nuova formulazione degli art. 2381 e 2392 c.c sarebbe fondante della posizione di garanzia per gli amministratori deleganti, parimenti delle abrogate norme.

Di contrario avviso, il rappresentante della pubblica accusa impugna la decisione.

Per il P.M. è sufficiente la conoscibilità da parte dei deleganti di meri “indici di rischio,” ravvisabili nell’operato dei colleghi, per configurare il dolo, se pur eventuale.

Il Procuratore, quindi, condivide l’orientamento prevalente della giurisprudenza, in forza del quale è sufficiente che l’amministratore delegante individui dei generici “campanelli di allarme” nel comportamento dei colleghi delegati per definire come doloso l’atteggiamento del primo.

La decisione della Corte si segue due linee direttrici.

Da una parte, offre una chiave di lettura degli artt. 2381 e 2392 c.c in forza della quale la responsabilità degli amministratori senza deleghe operative sarebbe notevolmente alleggerita, rispetto la previgente normativa.

L’art. 2381 impone agli amministratori delegati l’obbligo di informare i colleghi dante incarico, al quale corrisponde l’obbligo per i deleganti di agire informati. La sentenza, quindi, riconosce centralità al flusso informativo. In forza delle cognizioni acquisite, i deleganti debbono valutare e controllare l’operato dei delegati, la mancanza o l’insufficienza di tali cognizioni mettono il delegante nell’impossibilità di svolgere diligentemente il suo mandato.

L’art. 2392 restringe la responsabilità dell’amministratore rispetto la vecchia formulazione. Non vi è più rinvio, infatti, ad una generica responsabilità del mandatario, ma la diligenza va rapportata alla natura dell’incarico ed alle specifiche competenze dell’amministratore.

Viene, quindi, individuato un obbligo di diligenza specifico, rapportato alla natura dell’incarico ed alla competenza dell’amministratore. L’eventuale responsabilità di costui è, pertanto, ristretta all’inosservanza non più di obblighi generici, ma degli obblighi derivanti da quella specifica inosservanza.

Al riguardo la Corte fa riferimento alla relazione di accompagnamento allo schema di Legge delega, che, per l'appunto, esplicitamente afferma che intento del legislatore è limitare la responsabilità degli amministratori senza deleghe operative⁴¹. La individuazione di tali ulteriori requisiti, per l'individuazione di ipotesi di responsabilità a carico degli amministratori, ovviamente restringe il possibile campo di applicazione della norma penale.

A differenza di quanto affermato dalla giurisprudenza, quasi unanimemente, la Corte riconosce, per la prima volta, l'esistenza di limiti alla responsabilità penale degli amministratori deleganti, in forza del conferimento di deleghe operative ai c.d. amministratori esecutivi.

Nonostante tali affermazioni, la Corte non ritiene che limiti oggettivi incidano nel caso di specie, ma ritiene che sia individuabile l'obbligo di controllo da parte dei deleganti, nei confronti dei delegati, che non esonera i primi da responsabilità penale per le condotte degli operativi.

Sotto tale punto di vista la Corte, come detto, non si discosta dalla giurisprudenza costante. Non vengono posti, infatti, interrogativi riguardo l'eventuale valenza o meno di limiti oggettivi in ipotesi delega di funzioni, né tantomeno interrogativi riguardo l'effettivo riconoscimento, in capo ai deleganti di poteri impeditivi degli eventuali illeciti dei delegati⁴². La sentenza, invece, individua, nel caso in esame, limiti di natura soggettiva, e, pertanto, dipendenti dall'atteggiamento psicologico dell'amministratore, quali limiti alla responsabilità penale dei deleganti.

⁴¹ Relazione di accompagnamento allo schema di d.l.g.svo 17.1.2003, n. 6, III, n. 4.

⁴² Sottolinea tale lacuna della sentenza, Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità amministrativa degli amministratori*, cit., 116, il quale evidenzia che ai fini del corretto espletamento del giudizio controfattuale necessario per l'individuazione del rapporto di causalità ex art. 40 2° c.p., diviene essenziale individuare dei poteri realmente impeditivi in capo agli amministratori.

Ritiene la Corte, infatti, che l'atteggiamento di costoro non sia contraddistinto dal dolo, se pur nella forma del dolo eventuale, ma corrisponda ai criteri propri della colpa.

Nel caso in esame, vin capo ai deleganti si può tutt'al più ravvisare un "astratta possibilità" di aver conoscenza di eventuali indici di rischio nella condotta degli amministratori.

I c.d. campanelli di allarme, individuati dal rappresentante della Pubblica Accusa e riassumibili: a) nella consapevole approvazione di ogni iniziativa della dirigenza; b) nel fatto che dopo poco tempo dall'approvazione del bilancio, vi sono state sostanziose rettifiche; c) nella riduzione del c.d.a. ratificatore di decisioni altrove prese; d) nella patologia connessa al riconoscimento di stock options; e) nella reciproca stretta relazione di amicizia tra alcuni protagonisti; f) nell'evenienza che alcuni aspetti illeciti erano palesemente rilevabili; non sono ritenuti dalla Corte sufficienti ad individuare un atteggiamento doloso degli amministratori deleganti, neppure a livello di dolo eventuale.

A parere del S.C., non è da equiparare la conoscenza con l'astratta conoscibilità del fatto illecito compiuto dai colleghi. Le circostanze di fatto addotte dal P.M. non possono essere elevate al grado di indici di conoscenza, di rappresentazione dell'evento illecito, né tantomeno, per la Corte, sono indici di una volontarietà di partecipazione allo stesso, neppure a livello di mancato impedimento.

Per essere integrato il dolo, il delegante deve avere piena conoscenza dell'illiceità del comportamento del collega e condiderlo. La mancanza di tale conoscenza non può essere supplito da un vago concetto di conoscibilità.

Né dalla Corte è condiviso l'assunto del P.M., in forza del quale la violazione l'obbligo di agire informati, ai sensi dell'art. 2381 6° c.c., deve essere inteso quale indice di un atteggiamento doloso dei deleganti, i quali agirebbero dolosamente non informati.

La mancanza di diligenza nell'informarsi può essere ritenuto tutt'al più atteggiamento rimproverabile come non diligente e colposo.

L'obbligo di informare da una parte, e di agire informati dall'altra, viene inteso dalla Corte come obbligo di diligenza, la cui inosservanza rientra nel campo della colpa e non del dolo.

La Corte, quindi, se pur prendendo le mosse dal restringimento del campo di azione della posizione di garanzia dei deleganti, non affronta esplicitamente i possibili limiti oggettivi alla responsabilità dei dante incarico, in forza del conferimento della delega, ma individua tali limiti nell'atteggiamento psicologico dei deleganti, escludendo la ravvisabilità del dolo in questi.

Indubbiamente, la sentenza in oggetto esprime posizioni nuove e maggiormente compatibili con il corretto esame dei requisiti del dolo e della colpa di quanto non abbia fatto la giurisprudenza in argomento⁴³

E' da segnalare che, nonostante tale presa d'atto in una parte della giurisprudenza degli effetti delle riforme legislative in materia di società di capitali, recente decisione della S.C.,⁴⁴ tratta dell'elemento soggettivo da ascrivere in capo al titolare di una posizione di garanzia, se pur per altre fattispecie criminose, fondando la propria motivazione sulla sussistenza dei "campanelli d'allarme" quali elementi essenziali nei quali ravvisare il dolo eventuale.

La decisione della Corte fonda siffatta operazione ermeneutica sul richiamo alla giurisprudenza attinente le posizioni di garanzia degli amministratori delle società commerciali.

In particolare, la Corte afferma la non incidenza della riforma societaria sulla configurazione dell'elemento psicologico attinente il dolo eventuale, assumendo che determinati segnali (c.d. campanelli d'allarme) portano alla conoscibilità da parte del l'amministratore, titolare di una posizione di garanzia, degli illeciti penali consumati nell'ambito degli organi gestori della società. A parere della Corte si concretizzerebbe, pertanto,

⁴³ In tal senso Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva* cit. 124. Nondimeno, all'interprete non può sfuggire l'esistenza di lacune nell'affrontare la configurazione di un eventuale posizione di garanzia degli amministratori deleganti.

⁴⁴ Cass. sez. III 12.5.2010, In Cass. pen. 2011, 1347

l'accettazione del rischio da parte del garante, della concreta possibilità che l'evento che lo stesso sarebbe obbligato ad impedire si verificasse.

4. Da quanto esaminato emerge, in modo chiaro, salvo qualche rara eccezione, un atteggiamento giurisprudenziale che valuta in modo non corretto la posizione dei componenti non delegati degli organi collegiali delle società, ai quali viene attribuita un posizione di garanzia, senza che essi siano titolari di effettivi poteri d'impedimento di illeciti commessi da colleghi.

Inoltre, da parte della stessa giurisprudenza vi è una valutazione dei criteri ascrittivi dell'atteggiamento doloso, più vicino ai criteri propri della colpa che non del dolo.

I reati fallimentari sono contraddistinti dall'applicazione di misure cautelari personali e patrimoniali in danno degli amministratori della società decotta, che comportano conseguenze devastanti sulla libertà patrimoniale e personale dei soggetti che occupano cariche apicali nell'ente senza spesso essere muniti di effettivi poteri di controllo sull'ente stesso, e senza che ad essi siano imputabili comportamenti effettivamente sanzionabili penalmente.

Non può, pertanto che essere segnalata e stigmatizzata questa tendenza giurisprudenziale ad unificare la responsabilità penale dei componenti degli organi gestionali dell'ente-società omettendo accurate ed approfondite verifiche sul concreto e reale ruolo di partecipazione dell'amministratore non delegato alle effettive scelte gestionali della stessa. Infatti, l'attuale corso giurisprudenziale, di fatto crea un evidente compressione delle garanzie essenziali di libertà personale per favorire esigenze di natura politico-criminale tendenti a reprimere e sanzionare fenomeni di criminalità economica, attribuendo responsabilità penali a determinati soggetti, esclusivamente per al posizione da essi ricoperta.