



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PENALE

I PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI AMMINISTRATORI DI
SOCIETÀ

RELATORE:

Chiar. mo Prof.
MAURIZIO BELLACOSA

CANDIDATO:

GAETANA LUCENTE
Matr. 115833

CORRELATORE:

Chiar. ma Prof. ssa
Prof. ELISA SCAROINA

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

Gaetana Lucente

I profili di responsabilità penale degli amministratori di società.

LUISS – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

RUOLO E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ.

1. Il ruolo degli amministratori all'interno della società:
 - 1.1 L'analisi della normativa civilistica.
 - 1.2 I rischi di responsabilità penale.

CAPITOLO II

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ E L'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO.

1. Azione e omissione: introduzione, evoluzione e cenni storici.
2. Il reato omissivo: classificazioni e distinzioni. Reato omissivo proprio e reato omissivo improprio.
3. La fattispecie omissiva impropria ex art. 40 cpv. c.p. e la posizione di garanzia: evoluzione, presupposti e struttura.
4. Il concorso omissivo nel reato commissivo altrui: l'interferenza tra l'art.40 cpv. c.p e l'art 110 c.p..
5. La tesi restrittiva del concorso mediante omissione: la nozione di "evento" ex art.40 cpv. c.p..
6. Le diverse teorie fondative della posizione di garanzia: presupposti, validità e limiti.
 - 6.1 *La concezione formale;*
 - 6.2 *La teoria sostanzialistica-funzionale;*
 - 6.3 *La teoria "mista" o formale-sostanziale.*

7. La tesi estensiva del concorso mediante omissione
8. La figura del garante: definizione e requisiti.
9. Obbligo impeditivo e principi costituzionali.
 - 9.1 Principio di legalità - riserva di legge;
 - 9.2 Principio di legalità – tassatività;
 - 9.3 Principio di solidarietà (art 2 Cost.);
 - 9.4 Principio di libertà (art 13 Cost.);
 - 9.5 Principio della personalità della responsabilità penale (art 27 Cost.).
10. Le forme di responsabilità per omesso impedimento:
 - 10.1 Gli obblighi di impedimento nascenti da rapporti di parentela e cura;
 - 10.2 L’obbligo di impedimento gravante sui pubblici ufficiali;
 - 10.3 L’obbligo di impedimento gravante sulle forze dell’ordine;
 - 10.4 La posizione di garanzia dei medici: psichiatri.

CAPITOLO III

LA VECCHIA CONCEZIONE DELLA RESPONSABILITÀ OMISSIVA DELL’AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ.

1. La disciplina precedente alla riforma del diritto societario:
 - 1.1 La responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: il combinato disposto degli art 40 cpv. c.p. e del previgente art. 2392 c.c..
 - 1.2 Il caso del “*Banco Ambrosiano*”.
2. La responsabilità penale dei sindaci.
3. Amministratori di diritto e amministratori di fatto.

CAPITOLO IV

LE FORME DI RESPONSABILITÀ PER OMESSO IMPEDIMENTO DI ALTRUI REATI NEL NUOVO ORDINAMENTO SOCIETARIO.

1. La riforma del diritto societario: linee generali riflessi in ambito penale del *d.lgs. n. 6 del 2003*.
 - 1.1 Amministratori non esecutivi: la posizione di garanzia.
 - 1.2 L' 'accertamento del nesso causale negli illeciti societari.
2. La moderna concezione della responsabilità dell'amministratore di società:
 - 2.1 Il primo passo verso il ritorno al dolo: *Bipop Carire*.
 - 2.2 Il dolo dei controllori come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione della c.d. *Credito Commerciale Tirreno*.
3. La responsabilità omissiva dei sindaci.
4. Amministratori e gruppi di società: responsabilità, poteri e doveri.
5. Amministratori di diritto e amministratori di fatto.
6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

CAPITOLO I

RUOLO E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ.

SOMMARIO: 1. Ruolo degli amministratori all'interno della società. – 1.1. L'analisi della normativa civilistica. – 1.2. I rischi di responsabilità penale.

1. Ruolo degli amministratori all'interno della società.

Occorre partire da un dato di fatto; il decreto legislativo 61 del 2002 ha introdotto nel nostro ordinamento l'art. 2634 c.c. e l'art. 2635 c.c. rubricati rispettivamente infedeltà patrimoniale e infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità.

Era già parecchio tempo che la dottrina spingeva per l'introduzione di una fattispecie atta a punire le condotte di mala gestio degli amministratori.

Prima che fossero introdotte queste due fattispecie, le condotte di mala gestio da parte degli amministratori di società, venivano punite facendo riferimento sia all'art. 2631 c.c. sia a norme contenute nel codice penale, in maniera del tutto arbitraria e disordinata.

In questo ambito però la disciplina penale non può assumere un ruolo primario e autonomo ma deve coordinarsi con i principi e le disposizioni extra penali;

possiamo quindi dire che “diritto civile e diritto penale si collocano in un inevitabile rapporto di dipendenza e di interconnessione”¹.

“I recenti scandali finanziari, sia nazionali che internazionali, hanno determinato, al di qua e al di là dell’oceano, il sorgere di provvedimenti legislativi tesi a tutelare i vari soggetti coinvolti nel mercato dai possibili abusi ed illeciti posti in essere dagli amministratori di società di capitali”.²

Uno di questi provvedimenti sicuramente è il d.lgs 6 del 2003 che ha riformato il diritto societario cercando di attenersi agli standard Europei al fine di creare un mercato più flessibile e competitivo.

Questa riforma ha suggerito e conseguentemente determinato la riorganizzazione di tutto l’impianto societario, e la nascita di una nuova disciplina riguardo i poteri – doveri degli amministratori non esecutivi nell’ambito della loro responsabilità penale omissiva per i fatti commessi dagli executives.

Infatti prima della riforma, in capo agli amministratori senza delega sussisteva un ampio e indefinito dovere di vigilanza sull’andamento della gestione, e il dovere di non rimanere inerti, ma di impedire il compimento di eventi dannosi e pregiudizievoli per l’interesse dell’impresa sociale o di attivarsi per attuarne le conseguenze.

L’inerzia di fronte al compimento di atti di mala gestio comportava il sorgere di una responsabilità solidale degli amministratori per non aver esercitato tutti i poteri di cui disponevano per impedire il fatto illecito.

La riforma del 2003, ha modificato l’art. 2381 c.c.³ che disciplina i poteri e i doveri

¹ BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell’amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 4.

² MAURA A., *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, 2007, p. 11.

³ Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l’ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede

degli amministratori.

La Relazione che accompagna la riforma afferma infatti che la sostituzione del generale obbligo di vigilanza e controllo della gestione societaria con obblighi più specificatamente individuati e circoscritti risponde ad un unico obiettivo: conservare una responsabilità solidale degli amministratori ma, evitare la creazione di una responsabilità oggettiva slegata dalla prova dell'elemento psicologico.

La riforma ha quindi innovato sia il sistema dello standard di diligenza imposto all'amministratore nell'ambito delle proprie funzioni all'interno dell'impresa sociale, che deve essere oggi legato a due parametri ovvero la natura dell'incarico e le specifiche competenze, sia l'ambito dei poteri del singolo amministratore che deve quindi agire in modo informato ai sensi dell'art. 2381 c.c..

Infatti prima della riforma il legislatore non aveva descritto in maniera

affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis.

Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

meticola i poteri degli amministratori ma si era limitato a prendere in considerazione gli articoli 2384, comma 1, c.c.⁴ e 2364, comma 1, n. 4, c.c.⁵ Gian Franco Campobasso sottolineava come in questo contesto, si fossero determinati due diversi orientamenti:

a) secondo il primo orientamento gli amministratori hanno un potere esclusivo e autonomo in relazione alla gestione dell'impresa sociale e, quindi, l'assemblea ha solo il potere di emanare direttive non vincolanti in materia.

b) l'altro orientamento, invece, rivaluta il ruolo dell'assemblea in primo luogo circoscrivendo il potere degli amministratori nella gestione della società, in secondo luogo affermando il carattere vincolante delle direttive assembleari.⁶

⁴ Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale.

Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

⁵ Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria:

- 1) approva il bilancio;
- 2) nomina e revoca gli amministratori; nomina i sindaci e il presidente del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti;
- 3) determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto;
- 4) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
- 5) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti;
- 6) approva l'eventuale regolamento dei lavori assembleari.

L'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta l'anno, entro il termine stabilito dallo statuto e comunque non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale. Lo statuto può prevedere un maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato ovvero quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura ed all'oggetto della società; in questi casi gli amministratori segnalano nella relazione prevista dall'articolo 2428 le ragioni della dilazione.

⁶ CAMPOBASSO G. F., Diritto commerciale, 2, Diritto delle società, Torino, 2002, p. 369 ss.

ABBADESSA P., La gestione dell'impresa nelle società per azioni, Milano, 1975, p.

Altresì si sosteneva, quindi, che gli atti di gestione che avrebbero determinato una modifica sostanziale e irreversibile dell'impresa sociale, sull'interesse patrimoniale o sui diritti dei soci, avrebbero dovuto essere sottoposti al vaglio dell'assemblea per l'approvazione.⁷

Quanto alla natura di questo dovere, vi erano alcuni che lo ricomprendevano nel più generale obbligo di diligenza e correttezza, altri, invece, all'obbligo di perseguire l'interesse sociale e di comportarsi secondo buona fede alla luce di quanto stabilito dagli artt. 1375 e 1175 c.c.⁸

Oggi, l'art. 2380 bis c.c. afferma che la "gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Ancora, l'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., che sostituisce il vecchio n. 4, recita che "l'assemblea delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la

1 ss.; ABBADESSA P., L'assemblea: competenza, in Trattato di COLOMBO G. E. e PORTALE G. B., III, Torino, 1994, p. 19 ss.; CALANDRA BUONAURA V., Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nelle società per azioni, Milano, 1985, p. 27 ss.; CALANDRA BUONAURA V., Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori, in Trattato di COLOMBO G. E. e PORTALE G. B., IV, Torino, 1991, p. 27 ss.; questi autori nelle loro opere trattano dell'evoluzione dei rapporti tra amministrazione e assemblea prima dell'intervento del legislatore, ovvero prima della riforma del 2003.

Ancora CORSI F., Il concetto di amministratore nel diritto privato, Milano, 1974, p. 240 ss.; WEIGMANN G., Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Torino, 1974, 21 ss. E 71 ss.; BONELLI F., Gli amministratori di società per azioni, p. 2 ss.; BONELLI F., Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni, p. 5 ss.; GALGANO F., Diritto commerciale. Le società, Bologna, 2006, 7.1, p. 147 ss si trovano in una posizione contrapposta rispetto ai summenzionati.

⁷ PORTALE G.B., Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione, Torino, 2006, p. 6.

⁸ ABBADESSA P., L'assemblea: competenza, p. 20; PAVONE LA ROSA A., Le attribuzioni dell'assemblea della società per azioni in ordine al compimento di atti inerenti alla gestione sociale, in Riv. Soc., 1997, p. 16 ss.; CALANDRA BUONAURA V., Potere di gestione, p. 116.

responsabilità di questi per gli atti di gestione”.

2. L'analisi della normativa civilistica.

La riforma del 2003 ha significativamente innovato l'ambito della responsabilità civile degli amministratori di società:

a) l'art. 2392, comma 1, c.c. è stato modificato dal punto di vista dei parametri di diligenza degli amministratori nello svolgimento della gestione societaria;

b) l' art. 2391, comma 1, c.c., è stato innovato in riferimento alle deleghe, attribuite ad uno o più amministratori;

c) sempre in riferimento all'art. 2391, al comma 2, c.c. si è assistito al passaggio da un generale dovere di vigilanza degli amministratori non delegati, all'introduzione di un ampio dovere di informazione in capo agli stessi di cui all' art. 2381 c.c.;

d) la gestione dell'impresa sociale è stata affidata ai sensi dell'art. 2380 bis, agli amministratori, e inoltre sono state introdotte forti limitazioni al potere di intervento dell'assemblea per quanto riguarda le materie affidate agli amministratori alla luce dell' art. 2364 comma 1, n. 5, c.c.;

e) l'art 2393- bis c.c. ha introdotto la legittimazione delle minoranze dei soci ad esercitare l'azione sociale di responsabilità.⁹

Occorre a questo punto analizzare tutte i vari profili di riforma intervenuti.

⁹ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 3 ss.

Per quanto riguarda la lettera a abbiamo già detto che si è passati dalla diligenza del mandatario alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze.

Mentre il primo profilo non si discosta particolarmente dalla diligenza del mandatario¹⁰ in quanto già prima della riforma si riteneva¹¹, che la diligenza dovesse essere parametrata non su quella del buon padre di famiglia, ma in relazione alla diligenza professionale "da valutarsi in virtù della natura del particolare apporto e dell'insieme delle circostanze di fatto che concorrono a determinarlo".¹²

Occorreva, infatti, secondo la dottrina maggioritaria, guardare alle peculiarità della fattispecie concreta; si fa riferimento a vari fattori quali:

¹⁰ VENTORUZZO M., Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma, in Riv. Dott. Com, 2004, II, p. 363 ss;

ANGELICI C., La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale, II ed., Padova, 2006, p. 163. Nel suo scritto, questo autore afferma come anche prima della riforma del 2003, l'opera di gestione dell'amministratore non potesse essere valutata sulla base della diligenza del mandatario, ma che si dovesse far riferimento a quanto prescritto dall'art 1176, c.c, che afferma che "Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia .

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata";

VASSALLI F., Commento all'art 2392, in Società di capitali. Commentario a cura di NICCOLINI G. e D'ALCONTRES A. S., Napoli, 2004, II, p. 674. Questi afferma che "il riferimento alla "natura dell'incarico" riflette la disciplina previgente (sotto la quale già di richiedeva non la semplice diligenza del buon padre di famiglia, ma la diligenza c.d. professionale del buon amministratore ex art. 1176, comma 2)".

¹¹ Ex multis BONELLI F., La responsabilità degli amministratori di spa, p. 351; MINERVINI G., Gli amministratori di società per azioni, Milano, 1956, p. 203; FRANZONI M., Gli amministratori e i sindaci, in Le società, trattato diretto da GALGANO F., Torino, 1992, p. 33 ss.; TINA A., Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.) in nota a Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in Giur. Comm., 2001, p. 334 - 339.

¹² MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 6.

- a) il tipo di società amministrata;
- b) le dimensioni;
- c) l'articolazione della struttura organizzativa dell'azienda;
- d) il settore di attività in cui si esplica l'attività economica;
- e) l'importanza dell'operazione compiuta;^{13 14}
- f) le particolarità e le finalità dell'incarico rivestito.

L'ultimo requisito è di fondamentale importanza in quanto il riferimento all'incarico e quindi ai poteri e ai doveri effettivamente attribuiti all'amministratore, fa sì che si prendano in considerazione le peculiarità e le specificità relative ad un determinato incarico.¹⁵

Secondo un autorevole autore, quale Galgano, è necessario che la diligenza sia sempre analizzata in relazione anche alla prudenza e alla perizia; la prudenza prescrive che non vengano compiute operazioni rischiose, la perizia invece, che l'impresa venga gestita tenendo conto delle dimensioni e dello specifico oggetto della stessa e del possesso delle capacità tecniche necessarie.¹⁶

L'obiettivo del legislatore del 2003, era quello di evitare comportamenti rischiosi e pregiudizievoli per l'interesse sociale e fare in modo che gli amministratori, compiano scelte informate e ponderate.

¹³ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 6.

¹⁴ BONELLI F., Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società, Milano, 2004, p. 181.

¹⁵ SANDULLI M., Commento all'art. 2392 c.c., ne La riforma delle società, a cura di SANDULLI M. e SANTORO V., Tomo I, Artt. 2325-2422 c.c., Torino, p. 473, questo autore sostiene che il criterio della natura dell'incarico non deve riguarda le attività poste in essere dalla società ma al contrario le condotte e le posizioni prese durante il consiglio di amministrazione; bisognerà perciò avere riguardo all'incarico effettivamente e concretamente esercitato: "amministratore con funzione di presidente, con delega, con delega componente di organo collettivo, ovvero amministratore senza delega o non titolare di particolari incarichi".

¹⁶ MAURA A., La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci, p. 47 ss.

Sembra, a questo punto, opportuno citare una sentenza della Cassazione in materia di revoca dell'amministratore.

La Corte afferma che nel caso in cui l'amministratore venga revocato per giusta causa è escluso, ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c., il diritto dello stesso al risarcimento del danno prodotto scioglimento del rapporto.¹⁷

Ancora, la Corte afferma che l'amministratore può essere sollevato dall'incarico solo nel caso in cui vi siano "situazioni sopravvenute (provocate o meno dall'amministratore stesso) che attentino il pactum fiduciae, elidendo l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e le capacità dell'organo di gestione, in modo da poter fondatamente ritenere che siano venuti meno, in capo allo stesso, quei requisiti di avvedutezza, capacità e diligenza di tipo professionale che dovrebbero sempre contraddistinguere l'amministratore di una società di capitali".¹⁸

In un altro provvedimento, invece, il Tribunale di Milano, afferma che "nell'adempimento delle obbligazioni verso la società l'amministratore deve osservare la diligenza del mandatario, che non può prescindere da un connotato di adeguata "perizia" consistente nella prudenza ed avvedutezza in relazione a quelle attività, negoziali e materiali, tipicamente implicate dalla gestione societaria-commerciale".¹⁹

È in relazione alla locuzione "specifiche competenze" che si nota il distacco rispetto al regime previgente.

Ai sensi dell' 2392 c.c bisogna avere specifico riguardo al livello di esperienza, delle conoscenze tecniche e delle capacità professionali dell' amministratore.²⁰

¹⁷ Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16526, in Giust. Civ. Mass., 2005, p. 7 ss.

¹⁸ Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16526, in Giust. Civ. Mass., 2005, p. 7 ss.

¹⁹ Trib. Milano, 10 giugno 2004, in Giustizia a Milano, 2004, p. 53.

²⁰ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 8; ROSSI A., La responsabilità degli amministratori verso la società per

Il legislatore della riforma non è intervenuto sul comma 3 dell'art. 2392 c.c.²¹. Il terzo comma infatti prevedeva e oggi prevede una sorta di clausola di salvaguardia per l'amministratore che abbia, con la necessaria diligenza e secondo le sue specifiche competenze, adempiuto i suoi obblighi; questi infatti non sarà responsabile ove faccia annotare nel libro delle adunanze deliberazioni del consiglio il suo dissenso, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.²²

L'altro obiettivo del legislatore della riforma era sicuramente quello di "precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi"; ciò è stato realizzato modificando l'impianto previgente e prevedendo un complesso di nuove norme con il fine ultimo di sottolineare le differenze tra i poteri e i doveri, le funzioni e le competenze di delegati e deleganti²³. L'art 2381 c.c. disciplina gli obblighi previsti per i delegati; questi devono, amministrare la società con i poteri loro attribuiti dalla delega, e assicurandosi e provvedendo a che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia

azioni, ne La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili, a cura di AMBROSINI S., Milano, 2007, p. 1-5.

²¹ Il testo dell'art. 2392 c.c. in vigore fino al 31 dicembre 2003 era il seguente: Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario [1710], e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

²² MAURA A., La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci, 2007, p. 53.

²³ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, p. 11-12.

adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" ex art. 2381, comma 5, c.c.²⁴

Tuttavia, in relazione alla delega sorgono notevoli problemi nel caso in cui sia circoscritta ad alcuni settori e non investa l'intera gestione.

Una parte della dottrina, ritiene che l'amministratore nella gestione societaria debba attenersi a quanto prescritto e previsto all'interno della delega e che quindi i suoi poteri debbano essere limitati alle aree di gestione dalla stessa previste.

Un altro orientamento invece, ritiene che una gestione frammentata sia poco coerente con la natura unitaria dell'assetto organizzativo, e che quindi la delega debba ricomprendere l'intera gestione e non aree limitate della stessa. I fautori di questo orientamento, si giustificano affermando innanzitutto che solo gli amministratori delegati possono, in virtù delle loro competenze e capacità tecniche, occuparsi della gestione societaria, e in secondo luogo che la delega fa riferimento agli organi delegati senza specificare ulteriormente.

Ancora un altro orientamento, ritiene che l'art. 2381, comma 5, c.c. faccia riferimento solo a casi di delega gestoria assoluta e che i poteri dell'amministratore delegato siano limitati dalla stessa. Stando a questa ricostruzione, nell'ipotesi in cui la delega sia solo parziale la gestione amministrativa, organizzativa e contabile dell'impresa sociale spetterebbe al consiglio di amministrazione.²⁵

²⁴ ABBADESSA P., Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 493; COLOMBO G.E., Amministrazione e controllo, in *Il nuovo ordinamento delle società*, p. 494; Questi sostengono che l'obbligo imposto per legge agli amministratori di curare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sia conforme al sistema precedente alla riforma in quanto si ritiene fino a prova contraria che nel più ampio obbligo di diligenza non possa rientrare quello di assicurarsi che la società sia dotata di un impianto organizzativo adeguato alle esigenze della stessa.

²⁵ ABBADESSA P., Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa, p. 496, afferma che una conclusione diversa potrebbe essere accettata solo nel caso in cui vi siano più deleghe parziali che possano essere

Tornando ai poteri – doveri degli amministratori questi devono informare periodicamente “sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società e dalla sue controllate”;²⁶ devono elaborare piani strategici, industriali e finanziari della società che poi dovranno essere sottoposti al vaglio e all’esame del consiglio di amministrazione.

Secondo l’orientamento maggioritario questo obbligo comporterebbe l’elaborazione di un progetto preliminare da sottoporre poi al consiglio di amministrazione per essere discusso e approvato.

Un’altra parte della dottrina²⁷, invece, ritiene che il consiglio di amministrazione non abbia un potere vincolante ma che debba procedere solo alla revisione e alle modifiche, quando necessarie, e che la formalizzazione e la stessa approvazione sia rimessa agli amministratori delegati.

La disposizione di cui al comma 3, ha suscitato critiche e dubbi in relazione all’inciso “quando elaborati”; ci si è chiesti infatti se l’articolo in questione, il 2381, volesse in questo modo sottolineare e quindi rivelare la natura solo facoltativa della previsione o se al contrario gravasse i delegati di un vero e proprio obbligo.

Questo contrasto dottrinario è stato risolto interpretando la disposizione come se si riferisse solo ai casi in cui fosse “necessario e opportuno” elaborare dei piani strategici, industriali e finanziari in base alle dimensioni e all’organizzazione

considerate come la divisione di una delega generale fra più soggetti posti tutti sullo stesso piano e congiuntamente considerati.

²⁶ ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 192.

²⁷ ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, p. 498.

gestionale della società.²⁸

Sembra a questo punto opportuno, esaminare le competenze i poteri e gli obblighi gravanti sul consiglio di amministrazione unitariamente considerato. Il consiglio deve, oltre a conferire la delega, e a deliberare su tutte le materie attribuitegli dallo statuto o dagli organi delegati:

- a) valutare “l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società” facendo fede delle informazioni ricevute dagli amministratori delegati;
- b) esaminare “i piani strategici, industriali e finanziari della società”
- c) valutare “il generale andamento della gestione” sulla base della relazione degli organi delegati.

Si ritiene, quindi, che tra il consiglio e gli amministratori delegati vi sia una sorta di rapporto di collaborazione e scambio che prevede appunto, che i delegati curino e assicurino che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni della società e dall’altro, e che il consiglio sovrintenda affinché i doveri in capo agli amministratori siano eseguiti nel rispetto del principio di corretta ed efficiente gestione societaria potendo in ogni caso e momento richiedere chiarimenti o ulteriori informazioni ai sensi dell’art. 2381, comma 6, c.c.

Ancora l’art. 2380 bis c.c. stabilisce, infatti, che “la gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale”.

Occorre precisare, però, cosa debba intendersi per “gestione dell’impresa” e “operazioni necessarie”.

In relazione alla gestione dell’impresa ci si è chiesti se questa dovesse essere

²⁸ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell’impresa sociale, p. 16.

intesa come qualsiasi atto che si renda necessario nell'ambito nell'impresa sociale in conformità all'interesse della stessa e alla tutela del patrimonio sociale oltre che ai diritti dei creditori dei soci e dei terzi.

Per dare una risposta a questo interrogativo è opportuno partire dal presupposto che la gestione della società è affidata ai membri della stessa che abbiano, in base allo statuto e ai conferimenti della legge poteri dirigenziali²⁹ e che alcune aree di gestione sono, vuoi per esperienza, vuoi per capacità e competenze tecniche, affidati a collaboratori esterni quali avvocati e commercialisti.

Si può concludere, quindi, che l'art. 2380 bis deve essere interpretato come una norma elastica che riserva agli amministratori poteri dirigenziali e un ruolo da protagonisti nell'ambito della gestione societaria senza escludere però un possibile intervento da parte di soggetti esterni³⁰.

Tutto ciò però non determina “una traslazione della titolarità del potere di gestione, che rimane pur sempre appannaggio esclusivo degli amministratori quali responsabili ultimi della gestione”.³¹

La locuzione “operazioni necessarie”, restringe, invece, l'ambito di operatività dell'art. 2380 bis c.c.

Ci si riferisce, infatti, senz'altro a tutte quelle operazioni necessarie nell'ambito della gestione societaria e dell'interesse sociale.³²

²⁹ SANTOSUOSSO D. U., La riforma, p. 131.

³⁰ Tuttavia è bene ricordare che gli amministratori deleganti non possono delegare tutte i poteri e i doveri conferitigli dalla legge a soggetti estranei all'impresa sociale.

BONELLI F., Gli amministratori di S.p.A, p. 12; Cass., 12 ottobre 1992, n. 11115, in Foro it., 1993, I, p. 1913, con nota di FORMICA P.; Trib. Como, 30 ottobre 1998, decr., in Società, 1999, p. 463.

³¹ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 27-28.

³² PORTALE G.B., Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione, in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum CAMPOBASSO G. F., diretto da ABBADESSA P. e PORTALE G. B., Torino, 2007, II, p. 5 ss. – 7.

Sono escluse invece, tutte quelle operazioni “estranee all’oggetto sociale”.

Il legislatore nel 2003, ha modificato anche l’art. 2364, comma 1, n. 4, c.c.³³

Infatti, mentre prima del 2003 si riteneva che l’atto costitutivo potesse affidare alla competenza dell’assemblea determinati “oggetti attinenti alla gestione della società” oggi, il legislatore all’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. prevede che l’assemblea deliberi sugli oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza (“ancorché, come è stato osservato,³⁴ su iniziativa del consiglio, quale esclusivo detentore del potere - dovere di convocazione dell’assemblea”³⁵)³⁶, e sulle

³³ L’art. 2364 c.c., in vigore fino al 31 dicembre 2003 recitava:
L’assemblea ordinaria:

- 1) approva il bilancio;
- 2) nomina gli amministratori, i sindaci e il presidente del collegio sindacale;
- 3) determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito nell’atto costitutivo;
- 4) delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall’atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonché sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci.

L’assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta l’anno, entro quattro mesi dalla chiusura dell’esercizio sociale. L’atto costitutivo può stabilire un termine maggiore, non superiore in ogni caso a sei mesi, quando particolari esigenze lo richiedono.

³⁴ DE NICOLA A., Art 2380 bis, in Amministratori a cura di GHEZZI F., in Commentario alla riforma delle società diretto da MARCHETTI P., Milano, 2005, 79 ss., 91.

³⁵ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell’impresa sociale, 2013, p. 29.

³⁶ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell’impresa sociale, 2013, nota p. 29:

Il potere - dovere sussistente in capo agli amministratori di convocare l’assemblea trova solo due limiti:

il caso in cui gli amministratori oppongano un rifiuto ingiustificato e se un cospicuo numero di soci pari al 10% del capitale sociale o anche la minore percentuale di cui all’art. 2367 c.c. ne abbia fatto richiesta (in tal caso, infatti, sarà il tribunale ad ordinare con decreto la convocazione dell’assemblea, designando la persona chiamata a presiederla);

e l’ipotesi in cui sussistano una delle circostanze previste dall’ art. 2406 c.c. (cioè a dire, nel caso di omissione o grave ritardo da parte degli amministratori ovvero

“autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma restando in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”.

Oggi quindi sembra essere tutto cambiato; lo statuto può consentire all'assemblea il potere di autorizzare uno o più atti di gestione di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., ma occorre comunque aspettare l'organo amministrativo per attivarlo.

Questa autorizzazione ha una duplice natura; infatti da un lato rappresenta una *condicio sine qua non* per il compimento dell'atto, e dall'altro non essendo, per gli amministratori, assolutamente vincolante può rappresentare un'opzione a che l'atto non sia compiuto.³⁷

Considerando che il vecchio art. 2364, comma 1, n. 4, c.c. conteneva il riferimento agli atti gestori riservati dallo statuto o dall'atto costitutivo all'assemblea e che il nuovo articolo non lo contiene più, tenendo conto della lettura coordinata e sistematica dell'art. 2380 bis c.c. e del 2364, comma 1, n. 5, c.c., si può concludere che lo statuto possa attribuire all'assemblea esclusivamente il potere di autorizzare il compimento di atti o operazioni predeterminate da parte degli amministratori o su proposta degli stessi.³⁸

Tutto ciò conferma che la gestione dell'impresa sociale spetta esclusivamente agli

qualora nell'espletamento del suo incarico il collegio sindacale abbia ravvisato la sussistenza di fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere) e quindi questa sia convocata dal collegio sindacale.

³⁷ BONELLI F., Gli amministratori di S.p.A., p. 5; BONELLI F., Sintesi dei risultati del convegno; AA. VV., Sindacati di voto e sindacati di blocco, a cura di BONELLI F. e JAEGER P. G., Milano, 1993, p. 472 ss., 482; PORTALE G. B., Rapporti, p. 26; VENTORUZZO M., Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma, in Riv. Dott. Comm., 2004, p. 373.

³⁸ MATINO A., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, 2013, p. 29.

amministratori; ulteriore elemento a favore è la parte finale dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. che recita "ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti" sebbene questi siano stati previamente autorizzati dall'assemblea".

1.2 I rischi di responsabilità penale.

In conseguenza dell'emerso inquadramento "civilistico" bisogna procedere all'esame dei principi che sono posti a valle della responsabilità penale concorsuale dei deleganti per i reati commessi dai delegati.

Le forme possibili di concorso sono due:

a) "il concorso omissivo del delegante che mediante una partecipazione attiva, sia essa morale o materiale consente o agevola la realizzazione dell'illecito da parte del delegato;

b) il concorso omissivo improprio anche detto commissivo mediante omissione, che consiste nella inerzia di fronte all'obbligo giuridico imposto dall'ordinamento che prescrive di fare tutto ciò che è nei propri poteri per impedire che si verifichino eventi pregiudizievoli per l'impresa sociale.³⁹

Quest'ultima forma/tipologia di concorso, che si costruisce sul combinato disposto dell'art. 40 cpv. c.p. e una disposizione incriminatrice di parte speciale, ha generato e continua a generare notevoli problemi in ordine alla delimitazione della posizione di garanzia del garante sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

Esiste infatti un obbligo determinato in capo al garante di attivarsi e esercitare i poteri conferitigli dall'ordinamento per impedire il verificarsi di fatti di reato o quantomeno attuarne le conseguenze dannose.

Questo obbligo giuridico trova la sua fonte primaria nell'art. 2392 c.c. che prescrive una serie di obblighi all'amministratore.

³⁹ MENARDO N., La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziale e spunti di riflessione, in *Penale contemporaneo*, p. 4.

La norma infatti, afferma che nel caso in cui lo stesso venga a conoscenza di fatti di reato deve fare tutto ciò che può per evitare il compimento dello stesso. In caso di inerzia sarà responsabile a titolo di concorso ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 cpv. c.p.

Il primo criterio da esaminare è quello della coscienza e volontà dell'illecito e quindi l'accertamento dell'elemento psicologico che ha creato notevoli problemi e un dibattito ancora aperto in dottrina e giurisprudenza.

Il problema ruotava intorno all'individuazioni di determinati requisiti che permettessero, quindi, di distinguere tra una omissione cosciente e volontaria e quindi penalmente rilevante in questo ambito e inerzie meramente colpose e quindi al più passibili di un rimprovero dal punto di vista civile.⁴⁰

Come sappiamo, l'amministratore deve provvedere a tutelare l'interesse e il patrimonio della società e ha un obbligo giuridico di impedire qualsiasi evento possa arrecare un danno alla stessa, sancito dalla legge. Precedentemente, quindi, si riteneva che dopo aver appurato e misurato i poteri del singolo e dopo aver dimostrato la possibilità concreta che fosse a conoscenza dell'illecito in itinere, l'inerzia costituisse una compartecipazione nel reato.

Questo sistema è stato modificato e il nuovo art. 533 del codice di procedura penale⁴¹ afferma che "il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato

⁴⁰ MENARDO N., La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziale e spunti di riflessione, in Penale contemporaneo, p. 5.

⁴¹ Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza. Se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Nei casi previsti dalla legge il giudice dichiara il condannato delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza.

risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio". Da ciò ne consegue che nel caso in cui ci sia una ragionevole dubbio sulla conoscenza dell'illecito da parte dell'amministratore, questi dovrà essere assolto.

Questa norma però non è stata sempre applicata e infatti molte sentenze di condanna si sono basate sulla formula del "non poteva non sapere", ponendosi in contrasto con i principi del diritto penale.

Un grande problema in materia societaria è costituito dai "reati collegiali". Infatti le società di capitali di grandi dimensioni, non sono governate da un solo amministratore ma da un collegio in cui vi sono sia amministratori con poteri esecutivi ma anche amministratori che hanno poteri circoscritti al controllo dell'organizzazione della società e al controllo degli amministratori esecutivi.

Bisogna considerare che nelle società di capitali le decisioni più importanti per l'interesse sociale e per la salvaguardia del patrimonio vengono generalmente prese dall'organo collegiale, in specie il consiglio di amministrazione. Ciò determina, quindi, che nel caso in cui si verificano fatti di reato, la responsabilità e il rimprovero penale colpiranno l'organo unitariamente considerato, senza però dimenticare l'art. 27 della Costituzione e il principio per cui la responsabilità penale è personale; ai sensi dell'art. 110 Cod. Pen., in caso di concorso, ciascuno dei concorrenti risponderà penalmente del reato che ha commesso.

È bene precisare che nonostante il nostro ordinamento non preveda una

Quando il giudice ritiene di dover concedere la sospensione condizionale della pena o la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, provvede in tal senso con la sentenza di condanna.

3- bis Quando la condanna riguarda procedimenti per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), anche se connessi ad altri reati, il giudice può disporre, nel pronunciare la sentenza, la separazione dei procedimenti anche con riferimento allo stesso condannato quando taluno dei condannati si trovi in stato di custodia cautelare e, per la scadenza dei termini e la mancanza di altri titoli, sarebbe rimesso in libertà.

distinzione a livello sanzionatorio tra l'autore del reato e il concorrente, il nostro legislatore ha previsto la possibilità di una graduazione della pena da parte del giudice in sede di accertamento penale in base alle azioni effettivamente poste in essere.

È proprio questo il momento più difficile per il giudice in quanto egli dovrebbe "estrapolare a posteriori 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".⁴²

Nel contesto dei reati societari la giurisprudenza ha individuato tre linee guida: a) innanzitutto è necessario indicare e determinare una posizione di garanzia in capo agli amministratori e ai sindaci; questa si fonda su obblighi derivanti dalla disciplina civile di cui agli artt. 2392 e 2403 c.c.;

b) in secondo luogo il rimprovero che può essere mosso all'amministratore o al sindaco che restano inerti di fronte al verificarsi dell'illecito contravvenendo all'obbligo giuridico imposto dalla legge di impedire qualsiasi evento pregiudizievole per l'impresa sociale, sarà a titolo di dolo eventuale;

c) nel caso in cui non si adoperino per impedire il fatto di reato, potranno essere considerati concorrenti nel reato dell'amministratore delegato.

Ciò che ha determinato più problemi e destato maggiori dubbi è il caso in cui l'amministratore delegante, in presenza di un illecito in itinere non si adoperi per evitarlo; infatti nel caso in cui gli amministratori partecipino in forma attiva ad un reato societario realizzato da altro soggetti, nulla queastio.

⁴² MANZILLO F. F., Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari, in *Diritto penale dell'impresa*, 2013, p. 3.

La giurisprudenza ha avuto un approccio sempre molto rigido; tuttavia mentre prima della riforma era plausibile perché giustificato dal fatto che le norme erano indefinite, generali e astratte oggi invece sembra non essere più coerente con il nuovo apparato normativo.

Infatti prima della riforma il legislatore aveva elaborato norme che comportavano obblighi di vigilanza e controllo sulla gestione societaria; si trattava comunque di obblighi del tutto generali e troppo ampi per fornire agli stessi poteri per evitare l'illecito o attuarne le conseguenze dannose.

Ma questa generalità e astrattezza ma soprattutto la indeterminatezza dei doveri e dei poteri in capo agli amministratori, aveva determinato una serie di problemi; in primis il fatto che la giurisprudenza e la dottrina cominciarono a ritenere che non avendo il legislatore tipizzato i poteri di questi, gli amministratori avrebbero potuto comportarsi come meglio credevano senza dover dar conto a nessun non essendovi alcuna prescrizione a riguardo. Tutto ciò però ebbe conseguenze negative dal punto di vista della responsabilità penale poiché estese il perimetro della responsabilità di ciascun amministratore.⁴³

Si sosteneva, quindi, prima dell'intervento del legislatore nel 2003, che l'inerzia di fronte al compimento di operazioni illecite, congiuntamente alla violazione del generale dovere di vigilanza e controllo imposto agli amministratori dalla legge, fosse indicativa dell'accettazione del rischio che il fatto di reato si verificasse e quindi della presenza dell'elemento soggettivo.⁴⁴

Non era necessario quindi valutare e dimostrare in questo caso l'effettiva conoscenza e percezione da parte degli amministrazioni degli indici rivelatori dell'illecito in itinere, essendo sufficiente ad integrare gli estremi del dolo di partecipazione la mera inerzia e inosservanza degli obblighi previsti dalla legge. Tuttavia, questa impostazione è palesemente in contrasto con i principi

⁴³ C. App. Milano, sezione II, sent 10/6/1996, in Riv. Dir. pen. Econ., 1998, p. 571.

⁴⁴ Cass. Pen., sezione V, sent 27/5/1996, in Riv. Trim. Dir. pen. Econ., 1996, p. 1394.

costituzionali in tema di responsabilità penale.

Con la riforma, viene invece inaugurato un nuovo metodo per l'accertamento dell'elemento psicologico che pone alla base della responsabilità degli amministratori non operativi la manifestazione la percezione da parte degli stessi dei cosiddetti segnali d'allarme.

La Corte di Cassazione accoglie questa impostazione proprio nel procedimento relativo al fallimento del Banco Ambrosiano⁴⁵ e ritiene che affinché un amministratore possa essere considerato responsabile per il reato commesso da altri, quindi, ai fini della sussistenza di una responsabilità penale concorsuale omissiva, occorre che il singolo amministratore abbia effettivamente percepito questi segnali come indici rivelatori dell'illecito in itinere e che non abbia fatto nulla né usato i poteri conferitigli dalla legge per impedirne la verifica. Questo giudizio secondo la Corte deve essere basato sull'id quod plerumque accidit e sul grado di diligenza⁴⁶ imposto al singolo amministratore; spetta al giudice infatti verificare se sulla base di questi criteri egli avrebbe potuto impedire il fatto di reato o comunque attenuarne le conseguenze.

Tuttavia, quello che più fa specie in queste sentenze, soprattutto nell'impostazione della giurisprudenza è che i giudici fondano la sentenza di condanna non sulla base di un accertamento e sulla reale dimostrazione in concreto della presenza dell'elemento soggettivo ma sulla semplice inerzia e omissione della vigilanza e del controllo sull'andamento societario, senza verificare se fossero o meno titolari di poteri impeditivi e senza dar prova della necessità dell'intervento ai fini dell'impedimento del fatto di reato. Dal punto di vista dell'elemento psicologico poi, si "dilata" l'ambito del dolo

⁴⁵ Trib. Milano, 16/4/1992, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995, p. 1477; Corte d'Appello di Milano, sezione II, sent. 10/6/1996, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1998, p. 571; Cass. Pen., sezione V, sent. 14/7/1998, in Cass. pen., 1999, p. 278, 652 e in Cass. pen., 2001, p. 165, 292; CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 1149 ss.

⁴⁶ C. App., Milano, 26 maggio 2010, n. 1728.

eventuale.

La Corte di Cassazione ritiene, per quanto riguarda la responsabilità penale omissiva degli amministratori e dei sindaci, che al fine di considerare penalmente rilevanti le condotte degli amministratori non operativi e dei sindaci è necessario che questi abbiano percepito i segnali d'allarme e si siano rappresentati l'evento, in quanto illecito, e siano consapevolmente e volutamente rimasti inerti (Cass., Sezione V, n. 23838 del 2007).

Solo nel caso in cui vi sia la dimostrazione della conoscenza del fatto di reato o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo di cui gli amministratori dispongono e vi siano segnali d'allarme precisi e peculiari allora sarà possibile muovere un addebito penale nei confronti degli amministratori non operativi e dei sindaci per non essersi attivati e avendo la loro inerzia determinato o contribuito a determinare il fatto di reato.⁴⁷

Tuttavia, la Corte, dopo aver sostenuto tutto ciò, afferma che se si dovesse far propria questa impostazione si rischierebbe di circoscrivere esageratamente la responsabilità di questi soggetti senza poter mai giungere, in via di fatto, ad una condanna definitiva in sede penale. Proprio per questo motivo la Corte afferma che l'esistenza di una posizione di garanzia è condizione necessaria e sufficiente per la sussistenza di una responsabilità penale e equipara "la conoscenza del fatto alla concreta conoscibilità dello stesso".

Infatti la Corte di Cassazione prosegue affermando che non solo la "conoscenza" ma anche la "conoscibilità" del reato in itinere da impedire può dar prova della presenza dell'elemento psicologico e quindi fondare un addebito doloso in capo all'amministratore o al sindaco. Tuttavia la corte ulteriormente precisa che questa conoscibilità deve essere "concreta"; infatti non basta dimostrare che la

⁴⁷ Cass. pen. sezione V, 16 aprile 2009, 22 settembre 2009, n. 36595.

mancata conoscenza sia stata determinata dall'inosservanza dei propri doveri di vigilanza e controllo, in quanto in questo caso l'unico rimprovero possibile sarebbe a titolo di colpa.⁴⁸

La riforma del 2003 ha segnato una svolta ai fini della regolamentazione della posizione di garanzia degli amministratori di società anche grazie al fatto che la teoria dei "segnali d'allarme" ha preso sempre più piede nel nostro ordinamento. Molto importante in questo percorso è la sentenza n. 23832⁴⁹ del 2007 della Corte di Cassazione nella quale questa si è dovuta occupare di un caso di responsabilità penale degli amministratori del gruppo bancario Bipop – Carire. Risulta emblematica in quanto applica per la prima volta le disposizioni del codice civile così come modificate dal legislatore nel 2003.⁵⁰ La corte, infatti, afferma che l'oggetto del ricorso non sono le singole posizioni di ciascun membro, ma "il profilo astratto di interpretazione della norma giuridica al fine di ricostruire la qualifica soggettiva dell'organo gestorio e il corredo di doveri su di esso incombente".

Tuttavia, seppur questo rappresenti il primo caso, la prima pronuncia in cui vengono utilizzati nuovi strumenti per l'accertamento dell'elemento psicologico

⁴⁸ Cass. pen. Sezione V, 27 gennaio 2011, n. 7088.

⁴⁹ La pronuncia è stata inserita in:

Guida dir., 2007, p. 71, con nota di BRICHETTI R., Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi; in Giur. It., 2008, p. 434, con nota di BURZI E., Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza;

Cass. Pen., 2008, p. 109, con nota di CENTONZE F., La suprema corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario; Dir. e prat. Soc., 2008, p. 60, con nota di CERQUA L. D., Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti; in Giur. Comm., 2008, II, p. 369, con nota di SACCHI R., Amministratori deleganti e dovere di agire informato.

⁵⁰ Il principio di diritto affermato in questa sentenza è stato fatto proprio anche da altre successive pronunce di legittimità: Cass., sezione V, 5 novembre 2008, n. 45513, in Società, 2009, p. 1305 con nota di CERQUA F.; Cass., sezione V, 10 febbraio 2009, n. 9736, in Fallimento, 2009, p. 1479; Cass., sezione V, 16 aprile 2009, n. 36595, in Fallimento, 2010, p. 742 e in Società, 2010, p. 886 con nota di CARAVIGLIO P.; Cass., sezione V, 28 aprile 2009, n. 21581, in Riv. Trim. Dir. Pen. Economia, 2010, p. 989 e in Società, 2009, p. 873.

è corretto dire che anche prima di questa sentenza, la dottrina, in particolare, avesse messo in discussione i metodi utilizzati prima della riforma.⁵¹

Infatti, la dottrina aveva già da tempo sostenuto che non bastasse per la prova del dolo, dimostrare l'omissione da parte dell'amministratore e la mera inosservanza dei doveri di vigilanza e controllo in quanto ciò avrebbe determinato la creazione di un dolo di posizione, basato sulla locuzione "non poteva non sapere".

Nel caso di specie, la Cassazione ha smentito quanto asserito nelle precedenti pronunce circa l'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità e ha esaminato, sulla base delle modifiche apportate dal d. lgs 6/2003, nuovamente i requisiti e i criteri da adottare per dimostrare la sussistenza del dolo⁵² e della responsabilità concorsuale penale omissiva degli amministratori.

La Corte di Cassazione, ritiene, in questo ambito, che il dolo nel reato omissivo improprio degli amministratori è costituito da due momenti che devono essere tenuti distinti tra loro ma che sono fra loro complementari; si tratta della rappresentazione del fatto di reato che si sta verificando e la partecipazione, il concorso al progetto criminoso che si realizza con l'inadempimento dei doveri e l'omissione dei poteri previsti dalla legge in capo agli stessi, atti ad impedire il verificarsi del fatto illecito o ad attenuarne le conseguenze pregiudizievoli.

Ulteriori precisazioni promanano dalla Corte, inoltre, in riferimento al dolo eventuale, affermando che neanche in questo caso vi sia una equiparazione tra conoscenza e conoscibilità del fatto illecito da impedire in quanto la conoscenza riguarda il momento volitivo e rappresentativo, la seconda invece attiene all'ambito della colpa intesa quale inottemperanza ai doveri imposti dall'ordinamento, in particolare al dovere di diligenza.⁵³

⁵¹ MERCONE G., L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme, nota a Cass. pen. N. 41136/2010.

⁵² Cass. Pen., sezione V, sent. 4/5/2007, n. 23383.

⁵³ Cass. Pen., sezione V, sent. 4/5/2007, n. 23383.

Pertanto, a suo dire, ai fini della prova del dolo di partecipazione o di concorso, che dir si voglia, è indispensabile dimostrare la conoscenza dell'illecito in itinere da parte dell'amministratore privo di delega mediante la prova dell'effettiva e concreta percezione da parte di questi dei segnali d'allarme⁵⁴ che devono essere "perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito".

Il problema che a questo punto si pone riguarda le pronunce successive che non hanno seguito questo schema disattendendo i principi affermati nella sentenza Bipop Carire.

Merita a questo punto di essere citata la sentenza la sentenza n. 41136/2010 della Quinta Sezione della Suprema Corte⁵⁵ nella cui motivazione leggiamo che ai fini della prova del dolo è sufficiente dimostrare la conoscibilità del rischio di verificazione dell'illecito.⁵⁶

Ancora un altro esempio lo si rinviene nella sentenza n. 7088/2011; la Suprema Corte, infatti, afferma che ai fini della dimostrazione di una responsabilità penale in capo agli amministratori e di un rimprovero doloso è sufficiente provare che i segnali d'allarme "fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente

⁵⁴ La cassazione nell'ambito dei criteri da adottare affinché i segnali d'allarme possano essere considerati rilevanti ai fini del dolo, ha ripreso dalla fattispecie del delitto tentato i requisiti della idoneità ed inequivocità degli indici rivelatori dell'illecito manifestatisi agli amministratori privi di delega. In questo modo avrebbe raggiunto un più ampio coefficiente di certezza processuale.

⁵⁵ Cass. Pen., sez. V, sent. 19/10/2010 – 22/11/2010, n. 41136, in diritto penale contemporaneo, 2 febbraio 2012, con nota di MERCONE M.

⁵⁶ Con la sentenza n. 45513/2008, la Quinta Sezione esamina attentamente l'ambito della prova del dolo eventuale, sottolineando che per la sussistenza della responsabilità penale basta dimostrare la conoscenza da parte dell'amministratore "salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno condotto il soggetto all'inerzia". Ciò determina un'inversione dell'onere della prova in capo all'amministratore non esecutivo, che per discoltarsi dovrà provare di non aver effettivamente e concretamente percepito i segnali d'allarme o anche dimostrare che l'omissione e l'inerzia nulla hanno a che fare con l'adesione al proposito criminoso.

appalesare anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci"⁵⁷.

Non sono mancate, però, pronunce che si sono uniformate agli schemi di accertamento dell'elemento psicologico, inaugurati dalla Suprema Corte con la sentenza bipop carire; un esempio è, la sentenza n. 42519/2012⁵⁸ nella cui motivazione la Corte ribadisce la presenza dei due momenti del dolo, rappresentativo e volitivo e ne sottolinea la necessaria presenza ai fini dell'accertamento dell'elemento psicologico. Ancora afferma l'importanza dei segnali d'allarme che è necessario vengano conosciuti dall'amministratore e che questi li percepisca e se li rappresenti come rivelatori dell'illecito in itinere.

Secondo la Corte, quindi, i segnali d'allarme, in sede di accertamento del dolo, devono essere esaminati sia dal punto oggettivo, in quanto è necessario che siano oggettivamente percepibili e quindi che si siano effettivamente e concretamente manifestati, sia dal punto di vista soggettivo occorrendo che l'amministratore privo di delega li abbia effettivamente percepiti e qualificati come indici rivelatori del rischio di verifica di un fatto di reato pregiudizievole per l'interesse sociale.

È proprio per lo sforzo probatorio che questo metodo presuppone, che molte delle pronunce si sono rivelate non in linea con i principi affermati nella pronuncia sul caso Bipop- Carire.

Tuttavia è bene sottolineare che i segnali d'allarme rappresentano un valido aiuto ai fini della prova del momento rappresentativo, ma non sono, invece, adatti per la dimostrazione di quello volitivo in quanto in questo caso occorre prendere in considerazione tutte le circostanze verificatesi durante la gestione dell'impresa sociale che diano prova dell'adesione dell'amministratore al proposito e alla

⁵⁷ Cass. Pen., sezione V, sent. 27/1/2011, n. 7088. CENTONZE F., Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari, in Riv. Soc., 2012, p. 333 ss. ha criticato la Suprema Corte in questa occasione.

⁵⁸ Cass. Pen., Sezione. V, sent. 8/6/2012 - 2/11/2012 n. 42519.

condotta criminosa.

Merita di essere citata, la sentenza n. 32352/2014, in merito al crac Parmalat.

Molto importante in quanto ha seguito i principi summenzionati in relazione alla prova dell'elemento psicologico, ponendosi, però, in un'ottica meno garantista.

La Corte, partendo dall'analisi della normativa civilistica ha delineato i punti fondamentali della posizione di garanzia degli amministratori; ha poi riproposto la distinzione tra momento rappresentativo e momento volitivo presenti nel dolo di partecipazione; infine ha ribadito la necessità di dimostrare la conoscenza dei segnali d'allarme che nulla ha a che vedere con la mera conoscibilità.

A questo punto, la Suprema Corte, ha rielaborato e rimodulato questi principi e in generale la teoria dei segnali d'allarme.

Gli argomenti trattati e gli spunti forniti, in questa sede, dalla Corte sono numerosi:

a) in primo luogo si è concentrata sul significato da attribuire a "perspicui e peculiari" in merito ai segnali d'allarme ritenendo che dovessero essere considerati tali tutti quegli indici rivelatori che "secondo massime di esperienza, costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti dell'effettiva conoscenza, da parte dell'amministratore privo di deleghe, del compimento del fatto illecito".

b) in secondo luogo ha affermato che nell'ottica di operare una distinzione tra concorso doloso e semplice inerzia colpevole è necessario ricollegarsi alla suddivisione dei segnali d'allarme tra segnali consentono al soggetto di rappresentarsi la possibilità dell'evento, e quelli che invece preannunciano con indici di probabilità alti, il verificarsi dell'evento illecito.

La scelta di individuare i segnali d'allarme in base a criterio possibilità dell'illecito contro probabilità dello stesso ha generato qualche perplessità.

c) il momento in cui, però, la Corte sembra distaccarsi maggiormente dall'impostazione inaugurata con Bipop Carire, è quello in cui la stessa afferma che, posto che i segnali d'allarme rappresentano sintomi dell'illecito in itinere, spetta all'imputato fornire, in sede di accertamento una giustificazione "convincente e legittima" in merito al suo comportamento, ovvero all'omissione e all'inerzia.

La Corte, quindi, implicitamente afferma che ai giudici spetta dar prova esclusivamente del momento rappresentativo eclissando invece quello volitivo. Occorre sottolineare, però, che bisogna sempre porsi in conformità con i principi del giusto processo.

CAPITOLO II

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ E L'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO.

SOMMARIO: 1. Azione e omissione: introduzione, evoluzione e cenni storici. – 2. Il reato omissivo: classificazioni e distinzioni. Reato omissivo proprio e reato omissivo improprio. – 3. La fattispecie omissiva impropria ex art. 40 cpv. c.p. e la posizione di garanzia: evoluzione, presupposti e struttura. – 4. Il concorso omissivo nel reato commissivo altrui: l'interferenza tra l'art.40 cpv. c.p e l'art 110 c.p.. – 5. La tesi restrittiva del concorso mediante omissione: la nozione di "evento" ex art.40 cpv. c.p.. – 6. Le diverse teorie fondative della posizione di garanzia: presupposti, validità e limiti. – 6.1 La concezione formale; - 6.2 La teoria sostanzialistica-funzionale; - 6.3 La teoria "mista" o formale-sostanziale; - 7. La tesi estensiva del concorso mediante omissione. - 8. La figura del garante: definizione e requisiti. -9. Obbligo impeditivo e principi costituzionali. - 9.1 Principio di legalità - riserva di legge; - 9.2 Principio di legalità – tassatività; - 9.3 Principio di solidarietà (art 2 Cost.); - 9.4 Principio di libertà (art 13 Cost.); - 9.5 Principio della personalità della responsabilità penale (art 27 Cost.). – 10. Le forme di responsabilità per omesso impedimento: - 10.1 Gli obblighi di impedimento nascenti da rapporti di parentela, cura, convivenza o custodia; - 10.2 L'obbligo di impedimento gravante sui pubblici ufficiali; - 10.3 L'obbligo di impedimento gravante sulle forze dell'ordine; - 10.4 La posizione di garanzia dei medici: psichiatri.

1. Azione e omissione: introduzione, evoluzione e cenni storici.

Nell'ottica di definire il concetto di posizione di garanzia, occorre analizzare alcuni istituti propri del diritto penale generale.

Nel nostro ordinamento, le tipologie delittuose possono essere divise in diverse categorie.

In base alle due forme tipiche della condotta umana, i reati si distinguono tra reati di azione⁵⁹ e reati di omissione.

L'azione può essere definita quale condotta attiva o positiva dell'uomo, che consiste cioè in uno o più movimenti corporei oggettivamente rilevabili, idonea a offendere o a porre in pericolo un interesse penalmente tutelato;

Per omissione, invece deve intendersi, una condotta passiva o negativa che consiste nel non compiere una certa azione prevista dalla legge come doverosa, ossia in una inerzia corporea.

Sotto il profilo storico, fino a metà ottocento, in coerenza con l'ideologia individualistico-liberale, pensiero comune era ritenere che il modello tipico dell'illecito penale fosse il reato di azione e che al contrario l'omissione avesse

⁵⁹ Per questa distinzione, cfr. RONCO M., Commentario sistematico al codice penale, Bologna, 2007, p. 110; FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2007, p. 209; MANTOVANI F., Diritto penale. Parte generale, Padova, 2007, p. 124; ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, pre-art 39, Milano 1995, p. 290; ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2003, p. 225; FIORE S., FIORE C., Diritto penale. Parte generale, Vol. I, Torino 2004, p. 230; RAMACCI F., Corso di diritto penale, Torino, 2005, p. 286; GAROFOLO R., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano 2005, p.228.

soltanto un ruolo ancillare;⁶⁰

Anselm Feuerbach⁶¹, infatti, scrive: “L’obbligazione originaria del cittadino riguarda solo le astensioni”.

Negli ordinamenti giuridici continentali i reati omissivi impropri fanno il loro ingresso sulla scena contestualmente all’affermazione del concetto di welfare state, che ha sostituito l’ideologia individualistico-liberare già negli ultimi anni del diciannovesimo secolo.

In un primo momento l’esigenza di introdurre queste fattispecie era stata determinata dalla necessità di proteggere beni particolarmente meritevoli di tutela in ambito di diritti fondamentali della persona. Tuttavia, successivamente anche l’innovazione nonché l’evoluzione tecnologica hanno incentivato la commissione di attività pericolose sia pur socialmente lecite. Ciò ha fatto scaturire la necessità di introdurre fattispecie destinate a proteggere determinati beni che assumono importanza rilevante nel nostro ordinamento. Si tratta di beni di carattere strettamente pubblicistico. Questa crescita esponenziale di interesse, e il ricorso sempre più frequente a queste fattispecie ha generato un problema particolare: occorre verificare se questo bene giuridicamente meritevole di tutela sia effettivamente vulnerabile tanto da legittimare il ricorso alla tutela penale.

Dopo vari tentativi di identificare l’omissione alla stregua dell’azione, oggi si ritiene che questa abbia una propria identità⁶² e debba essere qualificata come il

⁶⁰ FIANDACA G., MUSCO F., Diritto penale. Parte generale, p. 584.

⁶¹ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento, p. 20

⁶² RONCO M., Commentario sistematico al codice penale, p. 11. L’autore nel suo scritto evidenzia le particolarità dei reati omissivi rispetto a quelli commissivi. Nella sentenza Franzese (Cass. Pen., sezioni Unite, 10 luglio 2002, in Foro it., 2002, II, p. 601) viene analizzata sia l’autonomia del reato omissivo improprio, o commissivo mediante omissione, che la sua origine dalla combinazione della clausola generale di equivalenza causale stabilita dall’art. 40, comma 2 c.p. e le disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi-base di reato commissivo”.

comportamento di chi non fa ciò che è prescritto dalla legge (“*non facere quod debetur*”).

Quindi, l’omissione si sostanzia nel mancato compimento di un’azione che era prescritta da una norma.⁶³

⁶³ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 581. L’omissione viene definita come “mancato compimento di un’azione che si attendeva da un uomo”. ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte generale, p.227; SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento, Padova, 1975, p. 90 afferma che l’omissione è una categoria normativa che viene in rilievo solo in relazione ad una norma che disciplina un comportamento attivo. Ancora l’autore afferma che “il problema dell’individuazione del fatto omissivo è – in generale – il problema dell’individuazione di quella norma di cui appunto l’omissione rappresenta l’antitesi”.

RAMACCI F., Corso di diritto penale, p. 287, ritiene che l’omissione, debba essere qualificata essenzialmente come inerzia del soggetto garante di fronte ad un’azione prevista dalla legge come doverosa.

2. il reato omissivo: classificazioni e distinzioni. Reato omissivo proprio e reato omissivo improprio.

I reati omissivi si suddividono in due gruppi aventi caratteristiche diverse: reati omissivi propri (o puri) e reati omissivi impropri (o impuri) ovvero commissivi mediante omissione.

La linea di demarcazione tra queste due fattispecie delittuose non è per niente chiara; vari sono stati i criteri utilizzati al fine di trovare un *discrimen* tra le due fattispecie: un primo orientamento utilizza un criterio di tipo materiale secondo cui i reati omissivi propri sono quei reati che si esauriscono nel mancato compimento di un'azione ritenuta doverosa dalla legge nel quale l'evento si rappresenta come esterno alla condotta e per tanto non rappresenta un elemento della fattispecie; un esempio si potrebbe trovare nell'art. 593 c.p. che punisce l'omissione di soccorso e che nel caso di morte del soggetto che si trovava in pericolo prevede al più una circostanza aggravante senza che l'evento morte successivo al mancato soccorso, determini una responsabilità per omicidio; nei reati omissivi impropri, invece, l'evento rappresenta un requisito strutturale del fatto tipico⁶⁴. Un esempio pratico si ha nel caso del bagnino che deve garantire aiuto e soccorso in caso di necessità e pericolo; qualora dal mancato soccorso di questi derivi la morte del soggetto in pericolo, il bagnino sarà penalmente

⁶⁴ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 8 si pone in contrasto con questo criterio di distinzione tra reati omissivi propri e impropri in quanto non considera per nulla il fatto che i reati omissivi impropri, contrariamente a quelli propri, non sono tipizzati dal legislatore ma nascono dal combinarsi di una disposizione di parte speciale, che disciplina un comportamento attivo, con una clausola di parte generale di cui all'art. 40 cpv. c.p..

perseguibile per omicidio mediante omissione.

A questo orientamento se ne è aggiunto un altro, che risulta ad oggi quello più utilizzato e meno criticato. Alla stregua di questo orientamento, di tipo formale, nei reati omissivi propri, sia o meno presente un evento come conseguenza dell'omissione, è punito "il mancato compimento di una azione giuridicamente doverosa"⁶⁵. Infatti sarà responsabile solo e solamente chi non ha posto in essere l'azione doverosa che la legge penale imponeva di realizzare.

Occorre a questo punto fare due precisazioni; anzitutto è necessario affinché il soggetto ponga in essere quella determinata azione prevista come doverosa dalla legge, che lo stesso abbia in concreto la "possibilità di agire". Questa possibilità si ritiene venga meno sia in presenza di particolari circostanze che determinano o hanno in precedenza determinato una incapacità psico-fisica (non si può assolutamente pretendere che un soggetto che non sa nuotare abbia l'obbligo giuridico di soccorrere un bagnante in pericolo) sia in caso di condizioni esterne avverse (ad esempio in caso di omissione di soccorso non sarà penalmente responsabile colui che si trova a notevole distanza dal luogo dell'incidente in quanto è concretamente impossibilitato a prestare soccorso).

In secondo luogo, occorre precisare che nel caso in cui il soggetto si sia impegnato e adoperato al fine di compiere l'azione prevista come doverosa dalla legge, e non vi sia riuscito a causa di circostanze esterne e indipendenti, la sua condotta non potrà essere considerata penalmente rilevante e qualora ci sia stata condanna ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Nei reati omissivi impropri, invece, è indispensabile che si verifichi un evento a seguito del mancato compimento dell'azione dovuta, in quanto l'omittente, che riveste il ruolo di garante della salvaguardia di quei beni particolarmente meritevoli di tutela, sarà penalmente responsabile dei risultati della sua mancata

⁶⁵ MARINUCCI G.-DOLCINI E, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano,2003, p. 131.

azione.

Altra importante distinzione tra i reati omissivi propri e i reati omissivi impropri la si trova nel fatto che, mentre le fattispecie omissive improprie sono espressamente descritte dal legislatore, e quindi tipizzate, quelle improprie sono “carenti di una previsione legislativa espressa”^{66 67}.

Poiché si ritiene che il legislatore non sia in grado di tipizzare tutti i possibili casi in cui si abbia una equivalenza tra il causare un evento e il non impedirlo, ha previsto nel nostro codice penale la cosiddetta “clausola di equivalenza”⁶⁸ di cui all’ art. 40 cpv. c.p., così che la disciplina del reato omissivo improprio sarà ricavabile dal combinarsi della disposizione di parte generale, ora richiamata, con le norme di parte speciale inerenti ad un reato di azione.

Tuttavia il risultato di tale combinazione sarà una fattispecie del tutto nuova.

⁶⁶ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale generale, p. 589.

⁶⁷ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 9 è favorevole a questo criterio. Su una posizione contraria si pone il MANTOVANI F., Diritto penale. Parte generale, p. 130 che ritiene questa classificazione non idonea a trovare un discrimen tra le due fattispecie di reato.

⁶⁸ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale generale, p. 593; MARINUCCI G., DOLCINI E., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 133 ss.

3. La fattispecie omissiva impropria ex art 40 cpv. c.p e la posizione di garanzia: evoluzione, presupposti e struttura.

Nel paragrafo precedente abbiamo descritto il reato omissivo improprio; si tratta quindi di una figura di illecito molto particolare⁶⁹. Questo perché ciò che ha rilevanza penale non è l'omissione in quanto tale, ma un comportamento positivo.

Tipico esempio di scuola è quello dell'omicidio di cui all' art. 575 c.p. alla luce del quale "chiunque "cagiona" la morte di un uomo è punito con...". Ciò su cui dobbiamo concentrare la nostra attenzione è sicuramente il verbo "cagionare"; questo implica un' azione, che può essere svolta nei più svariati modi, ma pur sempre un'azione. Come abbiamo precedentemente constatato, il legislatore per legittimare la presenza nel nostro ordinamento dei reati omissivi impropri ha creato la cosiddetta "clausola di equivalenza". Considerando, dunque, che l'art. 40 cpv. c.p. afferma che "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo" e che i reati omissivi impropri nascono dal combinarsi dell'art. 40 cpv. c.p. con una disposizione di parte speciale inerente ad un reato di azione che nel caso di specie è l'art. 575 c.p., dal combinarsi di queste due norme avremo quindi una fattispecie del tutto autonoma che recita: " chiunque non impedisca la morte di un uomo, avendo l'obbligo giuridico di impedirla, è punito con..."⁷⁰.

⁶⁹ È stata definita "problematica" da FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 592.

⁷⁰ MARINUCCI G., DOLCINI E., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 133; GALLO M., Appunti di diritto penale, Vol. II, Il reato, Torino, 2001, p. 126

L'omissione si presenta dal punto di vista concettuale come un concetto sia di relazione⁷¹, sia normativo⁷².

Per quanto riguarda la prima caratteristica questa si desume dal fatto che l'omissione non rileva "in se" e quindi in relazione al comportamento di inerzia tenuto dal soggetto preposto alla salvaguardia del bene giuridico particolarmente meritevole di tutela dal parte dell'ordinamento giuridico, ma al contrario, è giuridicamente rilevante e penalmente perseguibile in virtù di un'azione determinata, pretesa dall'ordinamento.

Il bagnino deve prestare soccorso in caso di pericolo, si rende conto che un bagnante sta affogando ma non si adopera per salvarlo ma si limita ad assistere alla scena.

Dall'altro lato, l'omissione è definita quale concetto normativo in quanto l'azione omessa è predeterminata dal legislatore e attesa dalla generalità dei cittadini in virtù del principio di affidamento e certezza del diritto. Per spiegare meglio questo concetto potremmo fare due esempi: nel caso del bagnino e del bagnante che sta affogando, possiamo dire che lo stesso abbia omesso di prestare soccorso in quanto rivestendo quel ruolo, tutti si aspettavano e pretendevano che soccorresse il bagnante in pericolo; al contrario nel caso di uno studente negligente che invece di studiare esce a fare shopping non ha senso dire che ha omesso di studiare poiché non si tratta di un'omissione penalmente rilevante dal momento che nessuno dei consociati si aspetta che egli studi invece di uscire.

La pretesa o la semplice attesa da parte dei consociati di una determinata azione, che concretamente viene omessa, si legittima in base a norme giuridiche o alla semplice consuetudine solo nella misura in cui l'omissione determini un

⁷¹ PALAZZO F. C., Corso di diritto penale: parte generale, p.220.

⁷² PALAZZO F. C., Corso di diritto penale: parte generale, p.220.

particolare disvalore sociale.

Un aspetto su cui è necessario soffermarsi, prima di procedere all'analisi degli elementi costitutivi e dell'ambito applicativo dei reati omissivi impropri, riguarda la collocazione dell'art. 40 cpv. c.p.⁷³

Questa infatti è la disposizione dalla quale nasce la fattispecie omissiva impropria tuttavia in maniera infelice, secondo la dottrina sarebbe collocata all'interno di una norma che disciplina il rapporto di causalità: "siffatto inserimento confonde due problemi diversi: il problema della causalità con quello della illiceità dell'omissione, problemi che devono essere tenuti distinti, perché una cosa è la connessione eziologica fra la condotta omissiva e l'evento ed altra cosa la contraddizione tra la condotta stessa e la norma giuridica".⁷⁴

Tuttavia anche questa collocazione è strumentale a delimitare l'ambito di operatività della fattispecie omissiva impropria ai casi in cui "affiora il problema del nesso causale tra condotta ed evento lesivo". Si delinea così la regola per cui l'art. 40 cpv. c.p. è applicabile solo alle fattispecie di evento.⁷⁵

Infatti per quanto riguarda l'ambito applicativo della fattispecie omissiva impropria innanzitutto è opportuno sottolineare che le fattispecie che si prestano alla conversione in forma omissiva non siano tutti i tipi di reato; al contrario l'ambito di operatività dell'art. 40 va limitato soltanto a determinate categorie di reati: questi sono, soltanto i reati causalmente orientati ovvero quelle fattispecie in cui ha rilevanza penale soltanto l'evento che si configura come risultato della mancata azione, indipendentemente dalle modalità di produzione dello stesso.

Non rientrano nell'ambito di applicazione dei reati omissivi impropri non solo le

⁷³ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 596.

⁷⁴ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 37 il quale riporta un pensiero di Antolisei.

⁷⁵ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 596.

fattispecie di mera condotta, ma anche quelle di evento a forma vincolata, ovvero quelle in cui si viene puniti solo quando il fatto viene commesso nella forma e con le modalità predeterminate dal legislatore; ad esempio, nella norma sulle false comunicazioni sociali e il falso in bilancio, il legislatore considera rilevanti solo le falsità commesse nei bilanci, nelle relazioni o in altre comunicazioni sociali, a nulla rilevando le altre falsità; o ancora basti pensare al delitto di truffa, nel quale l'induzione in errore è cagionata mediante artifici o raggiri. In questo caso, cioè in relazione ai reati a forma vincolata è il principio di tassatività ad impedire la conversione in forma omissiva.⁷⁶

Un altro limite alla conversione si ha nel caso di norme incriminatrici che espressamente menzionano la condotta omissiva poiché ciò sarebbe in contrasto con il fine ultimo dell'art. 40 cpv. c.p. che è quello di legittimare la configurabilità di una responsabilità penale in caso di comportamenti omissivi non espressamente tipizzate dal legislatore.

Quid iuris nel caso dei reati omissivi impropri plurisoggettivi ovvero nel caso di compartecipazione per omesso impedimento del reato commesso da altri? Oggi, la dottrina prevalente ritiene che nel caso di reati commessi da altri soggetti non si debba più far fede alla regola secondo cui i reati che si prestano alla conversione in forma omissiva impropria, siano solo le fattispecie di evento.

Ancora, vi sono, a parere della dottrina, una serie di tipologie di reati che per la loro particolare struttura o natura risultano incompatibili con la conversione in forma omissiva: i reati abituali, i delitti di mano propria cioè quei delitti che richiedono un comportamento personale del reo come ad esempio l'incesto o quelle fattispecie inerenti a comportamenti esclusivamente attivi⁷⁷; oppure i reati cosiddetti d'obbligo nei quali la disposizione stessa indica la necessità di una

⁷⁶ LEONCINI I., Reato omissivo, p. 36.

⁷⁷ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 36; GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 154 ss..

condotta omissiva.⁷⁸

A questo punto, il campo di applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. sembra essere solo quello dei reati cosiddetti causali puri; si tratta cioè di quei reati che tutelano beni di rango elevato, quali la vita, l'incolumità fisica, personale e pubblica. Dunque, le fattispecie che si prestano alla conversione in forma omissiva sono fattispecie che tutelano i beni più importanti e preziosi. Anzi si potrebbe addirittura affermare che è proprio l'elevato rango dei beni a giustificare una responsabilità anche in forma omissiva.

Ma può l'ambito applicativo del summenzionato articolo essere circoscritto esclusivamente a queste fattispecie?

Su questo punto la dottrina appare decisamente divisa.

Infatti una parte risponde affermativamente⁷⁹ sostenendo che la tutela rafforzata offerta al reato omissivo improprio non si spiegherebbe se non fosse per la particolare importanza e vulnerabilità di determinate tipologie di beni.

Al contrario, altra parte della dottrina afferma che l'importanza e la vulnerabilità di determinati beni non è condizione sufficiente per delimitare così drasticamente l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. sostenendo anche che se il legislatore avesse voluto tale restrizione l'avrebbe sicuramente esplicitata nella lettera della legge.⁸⁰

Meritevole e forse anche indispensabile, a questo punto, la citazione del Giunta, il

⁷⁸ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 215.

⁷⁹ FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, p. 48-52; SEMERARO P., *Il concorso mediante omissione nel reato*, *L'indice penale*, 2006, p. 585 ss.; RISICATO L., *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, p. 382.

⁸⁰ ROMANO M. *Commentario sistematico del codice penale*, p. 381; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 220.

quale d'accordo con il secondo orientamento, sostiene che il legislatore nulla abbia detto in merito alla delimitazione della sfera di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. alle sole fattispecie a tutela di beni di rango elevato. Ma l'autore si spinge oltre e afferma che non tutte le fattispecie causalmente orientate sarebbero convertibili in reati omissivi impropri, ma solo quelle che sono previste dal legislatore anche come colpose.⁸¹ L'autore, altresì, afferma che a differenza dei reati di azioni o di omissione propri, le fattispecie omissive improprie lasciano ampi spazi al "libero arbitrio" degli interpreti.

Questa del tutto nuova e autonoma fattispecie omissiva impropria si compone di vari elementi che si caratterizzano in modo del tutto peculiare rispetto alle componenti strutturali della corrispondente fattispecie commissiva di base⁸² e tutti affidati alla libera ricostruzione del giudice al quale spettano svariati compiti; questi, infatti, deve innanzitutto selezionare le disposizioni da parte speciale inerenti ad un reato di azione che possono essere convertite in altrettante ipotesi omissive; infatti occorre precisare che a non tutte le fattispecie commissive può essere assimilata una corrispondente fattispecie imperniata sul mancato impedimento; in secondo luogo ha il compito di cercare soltanto quelle azioni previste come doverose dalla legge e che pertanto, giustifichino una responsabilità penale in caso di mancato compimento e quindi omesso impedimento dell'evento.⁸³

Gli elementi della fattispecie omissiva impropria sono da un lato l'evento non impedito e dall'altro la condotta omissiva, che si sostanzia sia nel mancato compimento di un'azione volta all'impedimento di tale evento sia nella

⁸¹ GIUNTA F. La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, *Diritto penale e processo*, 1999, p. 629.

⁸² Fino a buona parte dell'Ottocento si riteneva che le fattispecie omissive improprie ricoprissero soltanto un ruolo ancillare rispetto ai reati di azione. Soltanto solo negli ultimi decenni del XX sec, la dottrina, in particolare FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 72,73 e MANTOVANI e F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, p. 985, ha preso atto dell'autonomia dei reati omissivi impropri;

⁸³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 594.

situazione di obbligo che impone il compimento di quella determinata azione (posizione di garanzia) e il nesso causale tra condotta e evento.

Occorre ora esaminare gli elementi costitutivi della fattispecie omissiva impropria.

La fattispecie omissiva impropria di cui all'art. 40 cpv. c.p. esige la presenza di un evento; deve trattarsi di un evento naturalistico e inoltre deve essere previsto dalla norma di parte speciale inerente un reato di azione.

La fattispecie omissiva impropria richiede accanto all'evento una condotta di mancato impedimento dello stesso.⁸⁴

Tuttavia, dal momento che l'art. 40 cpv. c.p. non descrive il comportamento che è stato omesso in violazione della legge, l'individuazione dell'azione doverosa da parte degli interpreti non è cosa facile.

Altro elemento costitutivo della fattispecie omissiva impropria è il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento in concreto verificatosi.

In primis, occorre dire che solo determinati soggetti possono essere autori di un reato omissivo improprio; si tratta di soggetti dai quali l'ordinamento pretende un intervento impeditivo e che data la loro particolarità, e dal momento che vengono scelti in base alla capacità di proteggere determinati beni particolarmente meritevoli di tutela possiamo affermare che la fattispecie omissiva impropria sia un reato di tipo proprio.⁸⁵ Pertanto un'omissione potrà essere considerata causale rispetto ad un evento, cioè potrà sussistere un nesso causale, se e solo se l'autore si configura come un soggetto scelto dall'ordinamento per rivestire il ruolo di garante.

⁸⁴ GRASSO G. Il reato omissivo improprio, p. 133 e ss..

⁸⁵ LEONCINI I., Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, p. 60.

L'art. 40 cpv. c.p. seleziona oltre ai soggetti obbligati ad impedire l'evento, anche le condotte omissive rilevanti:⁸⁶ «tra le innumerevoli omissioni concorrenti alla produzione dell'evento lesivo, l'individuazione di quella penalmente rilevante avviene sulla base della sua contrarietà ad un obbligo giuridico di impedire l'evento».

A questo punto, occorre fare delle precisazioni; *necesse est*; è opportuno sottolineare che, secondo la dottrina oggi prevalente, il rapporto di causalità esistente nelle fattispecie omissive improprie è palesemente e nettamente diverso da quello riscontrabile nei reati di evento commessi mediante azione; ciò perché, in primo luogo, l'omissione altro non è che una forma di condotta criminosa consistente in un comportamento passivo, negativo ed inattivo del soggetto e che si evidenzia nella mancanza di azione o reazione, ovvero di un *non facere* contrario a ciò che la norma prescrive, che pertanto può essere solo ipotizzato; e in secondo luogo perché mentre nei reati di azione il nesso causale si instaura tra dati reali (la condotta umana e l'evento verificatosi), nelle fattispecie omissive improprie, invece, occorre procedere ad un giudizio ipotetico per stabilire se e in quale modo l'azione omessa, qualora compiuta, avrebbe influito sull'evento, evitandolo.

Nelle fattispecie omissive improprie, ai fini della determinazione del nesso causale tra la condotta omessa e l'evento in concreto verificatosi deve procedersi secondo un giudizio ipotetico o prognostico⁸⁷, condizionale di tipo controfattuale⁸⁸ che sicuramente comporta un "aggravio degli oneri

⁸⁶ Cassazione penale, sezione IV, 38991/2010.

⁸⁷ FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 600.

⁸⁸ Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno ritenuto che questo criterio sia l'unico in grado di determinare il nesso omissione- evento. In dottrina sia STELLA F., La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione necessaria, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1988, p. 1254, che ha sostenuto equivalenza tra causalità attiva e causalità omissiva, che PALIERO C. E., La causalità dell'omissione, p. 841, che al contrario ne ha evidenziato le divergenze hanno accolto questo criterio. In particolare PALIERO ritiene che "occorre distinguere fra criterio del giudizio, in entrambi i casi in effetti imperniato su di un sillogismo controfattuale, e base del

dimostrativi”⁸⁹ per il giudice: occorre infatti che lo stesso, immagini che la condotta doverosa omessa sia stata in realtà realizzata, e che a questo punto si chieda se effettivamente questa avrebbe inciso sul venir meno dell’evento lesivo.

Tuttavia, affinché il giudizio risulti veritiero, oltre alle conoscenze tecniche dovute all’esperienza, il giudice dovrà utilizzare altri criteri di giudizio che sono quelli della sussunzione sotto leggi scientifiche.⁹⁰ Ad esempio nel caso di un ferito in pericolo di morte per un’infezione tetanica e del medico che non ha fatto l’iniezione antitetanica, prima di procedere alla condanna del medico occorre verificare se sussista il nesso causale tra la condotta e l’evento e nel caso di specie verificare se l’iniezione è indicata per neutralizzare le tossine rilasciate dai batteri.

A questo punto, cioè dopo aver individuato la “legge di copertura” alla stregua della quale si può affermare che dati determinati antecedenti, non si verificheranno determinate conseguenze, il giudice potrà fare la cosiddetta “prova del nove” mediante la formula della *condicio sine qua non*: “l’omissione è causa dell’evento quando non può essere mentalmente sostituita dall’azione

giudizio, cioè il tipo di antecedenti selezionati come oggetto del predicato (controfattuale) esplicativo del nesso di condizionamento, oggetto, in particolare della protasi controfattuale. Ed è sotto questo secondo aspetto che i due paradigmi a mio avviso divergono”.

La giurisprudenza, in primis con la sentenza Franzese delle Sezioni Unite, afferma, che “anche per i reati omissivi impropri resta valido il descritto paradigma unitario di imputazione dell’evento. Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell’omissione (è tuttora controversa la natura reale o meramente normativa dell’efficienza condizionante di un fattore statico negli sviluppi della catena causale), si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del “condizionale controfattuale”, la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell’azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento lesivo, hic et nunc verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo “coperto” dal sapere scientifico del tempo”. (Cassazione penale, Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n.30329).

⁸⁹ PALIERO C. E., La causalità dell’omissione, p. 843.

⁹⁰ GRASSO, Il reato omissivo, p. 385.

doverosa senza che l'evento venga meno. Nell'esempio precedente possiamo affermare che sussiste un nesso di causalità se avendo fatto l'iniezione, l'evento morte non si sarebbe verificato.⁹¹

In merito al nesso causale nelle fattispecie omissive improprie può liberamente parlarsi sia di "causalità ipotetica" sia di "causalità in senso normativo", considerando sempre che non si tratta di un rapporto di causalità vero e proprio come quello che caratterizza i reati di azione ma di un suo "equivalente".^{92 93}

⁹¹ Un altro esempio particolarmente significativo è la sentenza n. 25233 della Cassazione Penale, sezione IV, 25 maggio 2005; la Corte esclude la responsabilità del primario del reparto di ematologia dell'ospedale di San Salvatore di Pesaro poiché ritiene che non sussiste un nesso causale tra la condotta del medico e l'evento verificatosi; infatti, afferma che: " (...) nella ricostruzione del nesso eziologico, non può assolutamente prescindere dall'individuazione di tutti gli elementi concernenti la causa dell'evento: solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia, è poi possibile analizzare la condotta (omissiva) colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, l'evento lesivo sarebbe stato evitato "al di là di ogni ragionevole dubbio".

⁹² FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 601.

⁹³ Alcuni come PALIERO C. E., La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici, riv. It. Med. Leg., 1992, p. 841 ss, hanno addirittura parlato di una "causalità doppiamente ipotetica". Lo stesso autore afferma che: "se infatti la formula che esplica la causalità attiva - in quanto "controfattuale" - è certamente ipotetica, la formula euristica della causalità omissiva è però doppiamente ipotetica"; ciò, in quanto "nella griglia controfattuale esplicativa della causalità omissiva, l'interloquente può collocare soltanto un dato storicamente reale, posizionato nell'apodosi -ed è ovviamente l'evento effettivamente integratosi; mentre nella protasi, di dati reali (...) non se ne ravvisano, giacché l'omissione è sì antecedente (statico) reale, ma solo a condizione di essere integrata (...) dall'azione impeditiva, che però è del tutto immaginaria".

Inoltre, la tesi della "causalità ipotetica" è stata ampiamente criticata da STELLA F., La nozione penalmente rilevante di causa, p. 1249 ss. L'autore, infatti, nel suo scritto ha cercato di superare quelle differenze tra causalità attiva e causalità omissiva affermando che "il processo esplicativo utilizzato per rendere conto della causalità dell'omissione (...) è identico nella sua struttura a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione (...). Ciò che è diverso è solo la natura della condizione necessaria costituita dal comportamento dell'uomo: nel caso dell'omissione siamo in presenza di una condizione statica".

Tuttavia oggi continua a dominare l'orientamento che distingue tra causalità omissiva come causalità ipotetica e causalità attiva come causalità reale.

Altro problema da affrontare riguarda il grado di certezza da considerare in sede di determinazione del nesso causale proprio in virtù del fatto che si tratta di un giudizio ipotetico. Precedentemente alla sentenza Franzese vi sono stati vari orientamenti della giurisprudenza che non hanno garantito un terreno stabile su cui lavorare.

In alcuni casi, infatti, si riteneva che i giudici desumevano la presenza del nesso causale tra l'azione omessa e l'evento semplicemente dalla sussistenza di un obbligo giuridico impeditivo.⁹⁴

Un'altra parte della giurisprudenza, ritiene che la dimostrazione del nesso causale possa essere affidata a leggi scientifiche di copertura dotate di coefficienti probabilistici medio-bassi, intorno al trenta per cento.⁹⁵

Nel 2000 tutti questi orientamenti sono stati abbondantemente criticati; si è ritenuto di dover basare il giudizio prognostico del giudice soltanto su leggi

⁹⁴ PALIARO C.E., La causalità dell'omissione, p. 847 e VENEZIANI P., Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale e accertamento processuale, Studi in onore di Giorgio Martimucci, II, Milano, 2006, p. 1983 definiscono questo modo di procedere come "volatizzazione del nesso". Un altro caso in cui non si procedeva ad alcun giudizio prognostico per determinare la presenza o meno del nesso causale è rappresentato dalla sentenza della Cassazione penale, Sezione IV, 7 novembre 1988; nel caso di specie, di un medico che a seguito del risveglio del paziente dopo l'intervento, impedisce agli infermieri di intervenire, la corte desume la presenza del nesso causale dalla semplice e mera posizione di garanzia rivestita dal medico e afferma che il medico "qualora ometta tale comportamento, tenendo, invece, condotta inerte e inadeguata, sicchè il paziente venga a morte, di ciò ne risponde sia sotto il profilo della causazione diretta, sia in relazione all'inerzia, connotata dal referente normativo ex art. 40 cpv. c.p., essendogli addebitabile la verifica di un evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire".

Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte, nella famosa Sentenza Franzese sostengono che la presenza di una posizione di garanzia e di specifici doveri di diligenza basta a determinare e dimostrare la presenza del nesso causale senza dover procedere al giudizio ipotetico.

⁹⁵ Cassazione penale, 7 marzo 1989, si afferma che "anche limitate probabilità di successo (...) sono sufficienti" a dimostrare la sussistenza dell'obbligo giuridico; Cassazione penale, 12 luglio 1991: "non già con certezza o elevate probabilità, ma solo con probabilità apprezzabili nella misura del trenta per cento". Ancora Cassazione penale, 11 novembre 1994.

scientifiche con coefficienti prossimi alla certezza.⁹⁶

A questo punto le Sezioni Unite hanno cercato di dirimere il contrasto tra chi sosteneva che i giudici dovessero basarsi su coefficienti probabilistici medio-bassi e chi riteneva necessaria una probabilità tendente alla certezza. Questa infatti ha affermato che oltre alle leggi di copertura scientifiche, a prescindere dal coefficiente probabilistico del trenta per cento o prossimo al centro, l'accertamento del nesso omissione- evento, debba essere fatto anche verificando la validità nel caso concreto, della legge statistica, così che, "all'esito del giudizio prognostico risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"⁹⁷. Si tratta del cosiddetto metodo bifasico che è stato utilizzato sino quasi ai nostri giorni non lasciando spazio alcuno al modello della causalità agevolatrice

Tuttavia, parte della dottrina oggi ritiene che il modello prospettato nella sentenza Franzese non sia valido, e anzi del tutto inefficace e impraticabile in riferimento alle fattispecie omissive improprie⁹⁸ proprio in relazione al secondo step del metodo bifasico.

La dottrina sostiene infatti che la circostanza che nel giudizio prognostico si debba procedere ad una "aggiunta mentale" della condotta doverosa omessa perché questa non essendo stata compiuta può essere solo immaginata, mal si

⁹⁶ Cassazione Penale, Sezione IV, 28 settembre 2000; Cassazione Penale, Sezione IV, 29 novembre 2000 (Musto); Cassazione Penale, Sezione IV, 29 novembre 2000 (Di Cinto). STELLA F. La nozione penalmente rilevante di causa, e CENTONZE F., Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità. Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2011, p. 277 ss..

⁹⁷ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328.

⁹⁸ La pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 riguardava il caso di un medico, il dottor Franzese che era stato accusato di aver omesso comportamenti prescritti dalla legge. Come abbiamo già avuto modo di riscontrare, il risultato dell'analisi delle Sezioni Unite è stato poi usato come paradigma sia nell'ambito della causalità omissiva che nell'ambito di quella attiva. È proprio con riferimento alla causalità omissiva che si sono sviluppati i dubbi di parte della dottrina.

concilia con l'operazione descritta nel suddetto metodo.⁹⁹

Non è un azzardo sostenere di essere ritornati indietro di dieci anni, e sembra infatti di dover riaffrontare quell'annoso e insidioso problema: quale grado di probabilità deve essere utilizzato dal giudice per dimostrare l'esistenza del nesso causale?

Si ritiene a questo punto, di poter affermare la sussistenza del nesso causale e della responsabilità penale solo quando questo potrà essere accertato "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Per quanto riguarda, invece, l'elemento psicologico nei reati omissivi impropri, questo presenta analogie con la colpevolezza dei reati di azioni. Innanzitutto per quanto riguarda i reati omissivi impropri la dottrina ha dovuto affrontare un problema fondamentale alla stregua della graduazione della colpevolezza; si è ritenuto infatti che in queste fattispecie "la minore quantità di energia fisica esplicitasi, come pure il minore sforzo richiesto dalla decisione intesa a lasciare le cose nello stato in cui si trovano" debba legittimare un trattamento punitivo in capo al reo sicuramente meno gravoso rispetto a quello previsto per le corrispondenti fattispecie commissive.¹⁰⁰ Le fattispecie omissive sono fattispecie dolose nelle quali ai fini della responsabilità penale dovrà essere provato il dolo del fatto di reato posto in essere. Nei reati omissivi impropri il dolo comprende i presupposti di fatto della posizione di garanzia; ciò significa che dovrà essere provata la coscienza della propria posizione di garanzia, la consapevolezza della sussistenza di una situazione di pericolo e la conoscenza dei mezzi atti a raggiungere il risultato

⁹⁹ A sostegno di tale tesi vi sono: MASERA L., Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva, in *Diritto penale e processo*, 2006, p.493; STELLA F., Causalità omissiva, probabilità, giudizio controfattuali, Studi in onore di Giorgio Martimucci, II, Milano, 2006, p. 1893; PIERGALLINI C., La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 1679 ss.; BLAIOTTA R., Il sapere scientifico e l'interferenza causale, *Cass. Pen.*, 2010, p. 1265 ss.

¹⁰⁰ GUARNIERI G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 34 ss.

impeditivo;¹⁰¹ occorrerà inoltre accertare la volontà di rimanere inerti di fronte alla consapevolezza del pericolo imminente per il bene che si deve tutelare.

¹⁰¹ Affinchè sussista una responsabilità penale dolosa per la baby sitter assunta per sorvegliare il minore affidatole, è necessario innanzitutto del contratto di assunzione, di tutti i suoi elementi e delle clausole apposte; tuttavia questa non risponderà in caso di morte del bambino neanche di omicidio colposo qualora non riconosca che il bambino in pericolo sia proprio quello per il quale è stata assunta.

DE FRANCESCO G., Diritto penale, p. 406 afferma che: “dovrà, in primo luogo, riconoscere nel bambino proprio la persona affidata alle sue cure; dovrà inoltre essere consapevole delle possibilità di attivarsi per salvarlo da eventuali pericoli (...); dovrà, infine, avere consapevolezza della giuridicità del vincolo intercorso”; FIANDACA G., MUSCO E., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 623.

4. Il concorso omissivo nel reato commissivo altrui: l'interferenza tra l'art. 40 cpv. c.p. e l'art. 110 c.p..

La fattispecie del concorso omissivo nel reato commissivo altrui è caratterizzata da diversi elementi. Innanzitutto trattandosi pur sempre di un'ipotesi di concorso di persone nel reato è necessaria la partecipazione di più soggetti; lo stesso art. 110 c.p. recita che "Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti".

Tuttavia nell'ambito del concorso omissivo è necessario combinare insieme l'art. 110 c.p. con l'art. 40 cpv c.p. in tema di posizione di garanzia: "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Non si può in merito non citare il PELISSERO il quale con una opportuna, colorita ed altrettanto espressiva allegoria sostiene che la combinazione tra l'art. 40 cpv c.p. e l'art 110 c.p sia paragonabile ad un " Incrocio senza semaforo, senza regole in precedenza precostituite, nel quale la soluzione del singolo caso è totalmente rimessa alla volontà dell'interprete, che potrà far valere ora le esigenze della legalità, ora quelle della tutela".¹⁰²

I punti su cui occorre soffermarsi in questa analisi sono essenzialmente l'ambito operativo del concorso omissivo nel reato commissivo altrui e le modalità di interferenza dei summenzionati articoli.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo un primo orientamento,¹⁰³ ritiene che il

¹⁰² PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, p. 978 ss..

¹⁰³ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, p. 1349; FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 181 ss.;

concorso omissivo nel reato commissivo altrui possa interessare soltanto reati commissivi di evento in quanto solo questa tipologia di fattispecie si presterebbe ad essere interpretata alla luce dell'art. 40 cpv. c.p.

I reati di mera condotta invece non potrebbero rientrare nel raggio d'azione del concorso omissivo poiché in primo luogo si tratta di fattispecie che sanzionano il compimento di una determinata azione vietata dalla legge ma nei quali l'evento non rientra tra gli elementi costitutivi e in secondo luogo non sussisterebbe alcun obbligo giuridico di attivarsi se non vi fosse un determinato evento da da impedire.

Un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁰⁴, diventata oggi maggioritaria, invece, si pone in una posizione diversa, sostenendo che anche i reati di mera condotta potrebbero rientrare nell'ambito applicativo del concorso omissivi nel reato commissivo altrui dal momento che anche rispetto ai reati commissivi di mera condotta può sussistere l'obbligo giuridico di attivarsi per evitarne la realizzazione. Questa estensione sarebbe giustificata da siffatto orientamento solo se si considera l'evento in senso giuridico e non naturalistico. L'evento sarebbe riscontrabile in tutte le fattispecie come messa in pericolo del bene da tutelare.

Questo orientamento, però, si spinge oltre fino a ritenere che l'obbligo di attivarsi sussista anche in relazione ai reati omissivi propri ovvero quei reati

SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, p. 237; RISICATO L., La partecipazione mediante commissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco, p. 1274 ss.; RISICATO L., Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato, p. 453; SEMERARO P., Il concorso mediante omissione nel reato, p. 585, ritiene che qualora si dovesse espandere l'ambito applicativo dell'omesso impedimento a qualsiasi tipologia di reato "i confini dell'art. 40 cpv. cp. verrebbero tracciati nei confronti della responsabilità concorsuale in maniera illogicamente più ampia di quelli stabiliti per la responsabilità monosoggettiva". In ogni caso vedremo che successivamente l'autore si convertirà alla tesi estensiva.

¹⁰⁴ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, p. 1343 ss.; LEONCINI I., Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, p. 133 ss.; ROMANO M.- GRASSO G., in Commentario sistematico del codice penale, Art. 85-149, p. 179; MANTOVANI F., Diritto penale, Parte generale, Padova, 2007, p. 169; MARINUCCI G.- DOLCINI E., Manuale di diritto penale, Parte generale, cit., p. 205.

espressamente tipizzati dal legislatore.

In ogni caso, sia che si aderisca alla tesi restrittiva, sia che si faccia propria quella estensiva una responsabilità potrà sussistere solo laddove vi siano determinati elementi richiesti dallo stesso art. 40 cpv. c.p.

Così come abbiamo precedentemente visto, l'art. 40 cpv c.p. potrebbe essere descritto come una "clausola in bianco, da estendere o restringere in funzione di esigenze di politica criminale".¹⁰⁵ Tuttavia è proprio la struttura dello stesso a delimitare il suo stesso campo di applicazione; si ritiene che infatti l'omissione diventi penalmente rilevante solo e solo quando entrano in gioco beni e interessi che occupano posizioni primarie all'interno dell'ordinamento. Tuttavia il perimetro della responsabilità per omissione può essere dilatato e ristretto a seconda delle scelte dell'interprete.

Occorre però sottolineare che, in ogni caso è necessario che sussista un obbligo previsto dalla legge in capo ad un determinato soggetto che si sostanzia nell'attivazione dello stesso per impedire il compimento di fatti di reato e evitare la lesione o la messa in pericolo dei suddetti beni, o per renderne le conseguenze meno gravose per la collettività e l'integrità degli stessi.

Questi obblighi che sono previsti in capo ai cosiddetti "garanti" possono essere di due specie: gli obblighi di protezione (in base a cui un soggetto deve tutelare un certo bene giuridico rispetto a tutte le possibili fonti di pericolo e lesione)¹⁰⁶ e gli obblighi di controllo (che si sostanziano nel controllo di determinate fonti di pericolo e lesione, imponendo la tutela di tutti i beni giuridici che possano esserne oggetto)^{107,108}

Questa precisazione è strumentale alla qualificazione del concorso omissivo nel

¹⁰⁵ FIANDACA G., Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, Arch. Pen., 1983, p. 25.

¹⁰⁶ Cass. Pen. IV sez., 04/03/2004 in Riv. It. Medicina Legale, 2004, p. 231.

¹⁰⁷ FIANDACA G.-MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 565.

¹⁰⁸ FIANDACA G.-MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, p. 565 ss; SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, Padova, Cedam, 1975, 165 ss.

reato commissivo altrui.

Alcuni ritengono che debba essere inserito tra gli obblighi di protezione in quanto il garante deve preservare quei determinati beni da tutte le possibili fonti di pericolo e anche perché la condotta delittuosa viene qualificata come Da un lato, ipotesi di pericolo.

Altri invece ritengono che l'obbligo di impedire il reato commissivo altrui non possa essere considerato né alla stregua degli obblighi di controllo né degli obblighi di protezione ma, che debba essere elaborata una nuova categoria.¹⁰⁹

Un altro elemento necessario è la sussistenza di un nesso eziologico tra la condotta omissiva e l'evento ovvero il fatto di reato che deve essere accertato secondo un giudizio ipotetico o prognostico del giudice.

Come abbiamo precedentemente detto, è necessario perché si possa addebitare al soggetto una responsabilità penale che questi avesse la possibilità di agire, intesa come possibilità materiale. Qualora infatti il soggetto si trovi nella impossibilità di agire per la presenza di circostanze esterne avverse, il reato viene meno.

Al fine di meglio esplicitare quanto sostenuto e detto possiamo elencare una serie di casi in cui può essere ravvisato il concorso mediante omissione nel reato commissivo altrui:

a) art. 147 c.c.: Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro

¹⁰⁹ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, Milano, Giuffrè, 1983, p. 293 ss; App. Milano, 10/06/1996 in Riv. Trim. Dir. Pen. Economia, 1998, 571.

capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315-bis [107, 155, 279, 330, 333; 30 Cost.; 570-572c.p.] Si fa riferimento all'ipotesi in cui un genitore rimanga inerte di fronte ai maltrattamenti perpetrati ad opera del proprio compagno sul figlio.

b) in ambito societario l'art. 2403 c.c. che al primo comma prevede che il collegio sindacale debba vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sul suo concreto funzionamento; ma anche l'art. 2409 c.c. che attribuisce al collegio sindacale il potere di denunciare le gravi irregolarità compiute dagli amministratori ai danni della società. In questo caso, il sindaco che rimanga inerte di fronte alla commissione di illeciti da parte degli amministratori sarà imputabile per concorso omissivo nel reato commissivo altrui.

c) stesse considerazioni si possono fare in relazione all'amministratore delegante nei confronti dei reati commessi dall'amministratore delegato ex art. 2392, secondo comma, c.c. che sancisce la responsabilità penale degli amministratori se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non si siano adoperati per evitare il compimento di fatti di reato o attenuarne le conseguenze dannose.

Ciò detto, possiamo, quindi, sostenere che affinché sussista un'ipotesi di concorso omissivo nel reato commissivo altrui è necessario, da un punto di vista sostanziale, che vi siano più soggetti, che vi siano una condotta attiva e una omissiva che consiste nell'inerzia nei confronti dell'attività illecita del terzo. Qualora non si raffigurino questi requisiti, l'inerzia si configurerà come mera connivenza non penalmente rilevante.

5. La tesi restrittiva del concorso mediante omissione: la nozione di “evento” ex art.40 cpv. c.p..

Dopo questa premessa, occorre passare alla disamina della teoria restrittiva del concorso mediante omissione. I sostenitori della tesi restrittiva partono dal presupposto che in ogni caso l'evento deve essere inteso in senso naturalistico,¹¹⁰ ovvero come “un avvenimento, successivo alla condotta, comportante una qualsiasi modificazione della realtà esterna, purché suscettibile di assumere rilevanza in base al modello legale di una fattispecie incriminatrice”¹¹¹: questi ritengono che le fattispecie che possono essere convertite in forma omissiva siano soltanto i reati di evento, causali puri,¹¹² Concludono che nessuna norma di diritto positivo vigente possa giustificare l'ampliamento dei confini, già determinati dal legislatore, dell'art. 40 cpv. c.p. e che in caso contrario si sfocerebbe in una analogia in malam partem.¹¹³

Appare ovvio ritenere che queste argomentazioni ribaltano in maniera netta le quanto fornite dai sostenitori della teoria estensiva:

a) con riguardo all'art. 138 c.p.m.p.¹¹⁴ affermano che proprio per l'incipit (“Ferma

¹¹⁰ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione.

¹¹¹ DE FRANCESCO G., Diritto penale. I fondamenti, Torino, 2008, p. 202.

¹¹² DE FRANCESCO G., Diritto penale, p. 179 ss.; RISICATO L., Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato; RISICATO L., La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1995, p. 1267 ss.

¹¹³ RINALDI R., L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1994, p. 198.

¹¹⁴ “Ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 del codice penale, il militare che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire l'esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza, è punito: con la reclusione non inferiore a dieci anni, se per il reato è stabilita la pena di morte; negli altri casi, con la pena stabilita per

in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 del codice penale) si tratti di una *lex specialis* rispetto alla *lex generalis* dell'art. 40 cpv. c.p. e pertanto inidonea a "costituire il fondamento di un'estensione generalizzata delle ipotesi di compartecipazione criminosa mediante omissione a reati di mera condotta".¹¹⁵

b) in riferimento all'art. 57 c.p.,¹¹⁶ sempre in virtù della clausola iniziale ("Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dai casi di concorso"), si ritiene che questa norma non possa essere applicata in caso di concorso omissivo nel reato commissivo altrui.

c) Ancora, l'art. 116 c.p.¹¹⁷ non potrebbe essere utilizzato per ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 40 cpv c.p. in merito al concorso omissivo nel fatto commissivo altrui, in quanto si pone in evidente contrasto con l'art. 27 Cost e quindi con il principio della personalità della responsabilità penale.

il reato, diminuita dalla metà a due terzi. Se il colpevole è il più elevato in grado, o, a parità di grado, superiore in comando o più anziano, si applica la pena stabilita per il reato. Nondimeno, il giudice può diminuire la pena. Agli effetti delle disposizioni dei commi precedenti, per la determinazione della pena stabilita per i reati in essi indicati, non si ha riguardo a quella che la legge stabilisce per i capi, promotori od organizzatori del reato o per coloro che ne hanno diretto l'esecuzione".

¹¹⁵ RISICATO L., La partecipazione mediante omissione a reato commissivo, p. 1277.

¹¹⁶ "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dai casi di concorso, il direttore o il vice- direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato diminuita in misura non eccedente un terzo".

¹¹⁷ "Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave".

6. Le diverse teorie fondative della posizione di garanzia: presupposti, validità e limiti.

“Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

Analizziamo a tal proposito, il concetto di posizione di garanzia, intesa come insieme di “ situazioni fattuali normativamente qualificate alle quali l’ordinamento giuridico riconnette un obbligo di impedimento dell’evento penalmente rilevante”.¹¹⁸

In ordine a questo concetto si è sviluppato negli ultimi anni un acceso dibattito interpretativo.

È necessario, a questo punto, fare un breve excursus storico; dal punto di vista storico i reati omissivi impropri hanno ricevuto attenzione solo a partire dalla fine del 1900. Prima infatti si riteneva che l’azione rappresentasse la regola e che l’omissione ricoprisse un ruolo del tutto marginale. L’Italia per quanto riguarda l’introduzione di queste fattispecie ha seguito l’esempio tedesco, inserendo nel codice penale del 1930 l’art. 40. Questa introduzione non è stata considerata da tutti felice in quanto si riteneva fosse una norma del tutto superflua e pleonastica.¹¹⁹

¹¹⁸ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 185.

¹¹⁹ Infatti alcuni ritenevano che si sarebbe ampliato a dismisura l’ambito di applicazione della responsabilità penale omissiva; altri sostenevano che “il nuovo principio capovolge tutte le nostre nozioni in materia di diritti dolosi o colposi”. Nonostante tutte queste critiche, la norma fu inserita nel codice penale. Mentre SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento, p. 51 riteneva che l’inserimento dell’art. 40 nel codice penale fosse finalizzato soltanto a raggiungere “simmetria sistematica” più che a regolare le ipotesi di responsabilità penale omissiva, al contrario, GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 622, ritiene che l’art. 40 cpv.

Tuttavia il legislatore nel disciplinare la posizione di garanzia non ha specificato nè quando sorge tale obbligo nè in capo a chi.

Come ben sappiamo, oggi, la posizione di garanzia rappresenta il fulcro della responsabilità per omissione in quanto consente di individuare le situazioni particolarmente meritevoli di tutela e quindi fa scattare l'obbligo, per il soggetto incaricato di proteggerle, e quindi di agire.¹²⁰

Questo acceso dibattito ha portato dottrina e giurisprudenza ad elaborare varie teorie al fine di individuare i criteri da adottare per individuare le posizioni di garanzia giuridicamente rilevanti.

La prima teoria ad essere stata elaborata è la teoria "formale" di origine tedesca (formelle Rechtspflichttheorie),¹²¹ secondo la quale occorre attribuire rilievo giuridico soltanto a quelle posizioni di garanzia che traggono la loro origine dalla lettera della legge. Anselm Feuerbach¹²² fu il primo a ritenere che la responsabilità penale per i reati commissivi mediante omissione possa sorgere, solo nel caso in cui vi sia un fondamento giuridico che può essere ravvisato nella legge o nel contratto.

La seconda teoria ad essere stata elaborata è quella sostanziale che invece pone l'accento in maniera più pregnante di significato su criteri di natura funzionale.

Tuttavia, ad oggi, possiamo dire che "nessuna delle due impostazioni può dirsi attualmente seguita nella sua assoluta purezza e integrità; in effetti, se una eccede

c.p. nella ricostruzione di questa responsabilità, punto di partenza necessario e imprescindibile deve essere l'esistenza di un obbligo di agire.

¹²⁰ GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, pp. 620.

¹²¹ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, p. 46 ss., per una ampia e completa analisi storica dell'evoluzione del reato omissivo improprio con abbondanti richiami alla dottrina tedesca.

¹²² FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 3 scrive che Anselm Feuerbach, ritiene che ai fini della punibilità dell'omissione e della configurabilità di una responsabilità penale omissiva sia sempre necessaria una fonte formale che stabilisca l'obbligo giuridico di agire.

nel formalizzare la posizione di garanzia, l'altra ne radicalizza la dimensione sostanziale, con opposti vantaggi ma anche evidenti inconvenienti".¹²³

¹²³ GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 621.

6.1 La concezione formale;

La prima teoria ad essere stata elaborata dalla dottrina¹²⁴ e dalla giurisprudenza italiana è la teoria formale.

Questa teoria è stata allo stesso tempo apprezzata e criticata. I fautori della teoria formale ritenevano che questa, in virtù dell'ancoraggio del dovere di azione ad un fonte giuridica, fosse l'unica a garantire il principio di legalità e certezza del diritto eliminando il rischio che l'obbligo di agire derivi da meri doveri etici, religiosi o sociali.¹²⁵

Tuttavia oltre alla legge intesa in senso tecnico, sia penale (ad esempio l'art. 673 c.p. nella parte in cui punisce l'omesso collocamento di segnali o ripari)¹²⁶, che extra-penale, la teoria formale sostiene che ulteriori fonti per individuare le posizioni di garanzia debbano essere ricercate nel contratto ex art. 1372 c.c. e

¹²⁴ CARACCIOLI I., Omissione (diritto penale), p. 897 riteneva che ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. "non qualsiasi obbligo di non impedimento equivale, però, a norma dell'art. 40 cpv. c.p., alla produzione dell'evento".

Secondo l'autore il fondamento delle posizioni di garanzia deve essere ricercato nella legge.

Affinchè sussista una responsabilità penale il non fare del garante deve costituire la violazione di un obbligo giuridico di attivarsi stabilito da una norma. Non rileva il fatto che sia una norma di legge oppure un contratto, ciò che conta è che si tratti sempre "in virtù del già richiamato principio di legalità, che sarebbe evidentemente violato se l'obbligo penalmente sanzionato non trovasse la sua fonte in una "legge", di atti a cui una norma giuridica riconosce valore di legge (...)",

Già prima del Caraccioli si erano espressi l'Antolisei e il Grispigni (così PISANI N., Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni, Milano, 2003, p. 39, nota 8; FIANDACA G., MUSCO E., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 561 ss.).

¹²⁵ GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 621.

¹²⁶ L'esempio è riportato da GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 621.

nella propria precedente attività pericolosa¹²⁷ detta anche “ingerenza”(se Tizio apre una buca in una pubblica via è obbligato ad adottare le misure di sicurezza necessarie per evitare che i passanti ignari vi cadano dentro).¹²⁸ Tuttavia quest’ultima viene considerata alla stregua delle fonti solo nel caso in cui è in grado di creare situazioni pregiudizievoli per i terzi. Si parla del cosiddetto trifoglio.¹²⁹

Sempre a favore di questa impostazione si riteneva che l’unico limite al libero agire dell’individuo dovesse essere “il solo obbligo di non aggredire (...) le altrui posizioni di interesse”,¹³⁰

Coloro che invece contestano questa teoria, partendo da un’analisi complessiva, evidenziano i punti critici in aperta contraddizione con i principi di diritto penale.

Innanzitutto, per quanto riguarda la precedente attività pericolosa, sia la dottrina

¹²⁷ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 10 ss..

¹²⁸ App. Venezia, IV sez. 15 gennaio 2001, in Riv. Trim. Dir. Pen. Economia, 2001, p. 439; FIANDACA G., MUSCO E., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 597.

¹²⁹ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 23, parla della teoria del cosiddetto “trifoglio”.

Una parte della dottrina italiana, in particolare autori quali CARACCIOLI e PANNAIN ha inserito all’interno del trifoglio anche la consuetudine e la negotiorum gestio.

¹³⁰ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 4.

più o meno recente¹³¹ che la giurisprudenza¹³² ritengono che si tratti in ogni caso di una fonte controversa “avvolta da un alone di ambiguità nello stesso ambiente di origine”.¹³³

Ancora, questa teoria ha una contraddizione *in re ipsa*, cioè nella sua stessa ragione ispiratrice: la stretta dipendenza dalla legge. La contraddizione era rappresentata dal fatto che nonostante richiedesse come fonte primaria dell’obbligo impeditivo la legge, comunque inserisse nel trifoglio la precedente attività pericolosa che non è prevista da alcuna legge.¹³⁴

Un'altra critica fu mossa in riferimento all’invalidità del contratto. Ipotizziamo che la fonte sia costituita dal contratto che descrive l’obbligo sussistente in capo ad un soggetto che si assume l’incarico stabilito. Quid iuris nel caso in cui si

¹³¹ Già negli anni Settanta iniziarono ad affiorare le prime critiche da parte di autori come FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, p. 207 ss. E più recentemente MANTOVANI F., *L’obbligo di garanzia riconosciuto alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2001, p. 339.

Questi autori ritengono che la precedente attività pericolosa non possa essere considerata alla stregua delle fonti delle posizioni di garanzia; sostengono che tutte le volte in cui la presenza di un obbligo impeditivo venga fondata su di una precedente attività pericolosa, si tratta invece o di un obbligo impeditivo derivante da un attuale e perdurante posizione di controllo; o di un evento causato da azioni positive inosservanti di regole cautelari. Ancora, questi autori ritengono che considerare la precedente attività pericolosa quale fonte delle posizioni di garanzia, contrasti con l’art. 56, comma 3, c.p. in virtù del quale l’impedimento di eventi lesivi scaturenti da una precedente propria azione costituisce un onere e non un obbligo.

¹³² Autori come FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, p. 204-205 e GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, p. 222, affermano che non risultano casi in cui si sia usata la propria precedente attività pericolosa come fondamento della posizione di garanzia e che indagini in materia hanno escluso che nel nostro ordinamento la posizione di garanzia nascente dalla propria precedente attività pericolosa possa avere rilevanza.

¹³³ FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, p. 205.

¹³⁴ Tra tutte le critiche questa fu sicuramente la meno importante e pregnante. Ciò in quanto la fonte del “fare pericoloso precedente”, seppur compresa all’interno del cosiddetto trifoglio, rimase di fatto estranea al sistema italiano ed alla prassi giurisprudenziale. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, p. 222.

verifichi un evento che il soggetto garante doveva impedire in funzione di quell'obbligo giuridico impostogli? In conformità alla teoria formale il soggetto per escludere la propria responsabilità penale potrebbe esclusivamente invocare e sostenere l'invalidità del contratto.¹³⁵

Coloro che si opponevano alla teoria formale, quindi, affermavano che la stessa "non è in grado di offrire alcun elemento idoneo ad individuare in modo soddisfacente l'ambito di responsabilità penale conseguente alla fattispecie di commissione mediante omissione";¹³⁶ nel senso che non è in grado di individuare quali sono gli obblighi realmente impeditivi che determinano in caso di inerzia una responsabilità penale.¹³⁷

¹³⁵ E così la baby sitter, la quale aveva concretamente assunto l'incarico di protezione del minore, potrebbe invocare l'esistenza di un vizio formale del contratto disciplinante il rapporto di lavoro. Ancora, il compratore potrebbe, per evitare di rispondere penalmente dei danni cagionati dalla cosa pericolosa da lui acquistata, invocare l'esistenza di un vizio (ad esempio la mancata determinazione del prezzo) del contratto di compravendita. Vedasi per questo esempio LEONCINI I., Voce "reato omissivo", p. 38.

¹³⁶ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, p. 123-127.

¹³⁷ LEONCINI I., Voce "reato omissivo", p. 37; FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 79-96.

6.2 La teoria sostanzialistica-funzionale;

A partire dalla metà degli anni Settanta però la dottrina, seguendo l'influenza tedesca,¹³⁸ mutò il suo approccio nei confronti dell'obbligo giuridico impeditivo¹³⁹ e elaborò la cosiddetta "teoria contenutistico- funzionale" (o teoria sostanziale).

La dottrina si pose su un piano differente: dall'individuare le posizioni di garanzia in base alla fonte formale cercò in questa occasione, invece, di svincolarsi dal rigido formalismo per ricercare la vera funzione della responsabilità per omesso impedimento e di riflesso anche il significato e la fonte delle posizioni di garanzia ex art. 40 cpv. c.p.

La maggior parte della dottrina si era mostrata perplessa nei confronti della teoria formale.

Si è posto in evidenza, in prima analisi, che lo stretto ancoraggio al dato formale avrebbe portato ad una troppo ampia estensione delle posizioni di garanzia giuridicamente rilevanti.

Inoltre, si è ritenuto inidoneo cercare la fonte della responsabilità penale omissivi all'interno della disciplina civilistica, stante l'autonomia e le differenze dell'ordinamento penale.

Punto nodale di tale impostazione è il rapporto intercorrente tra il garante ed il bene ed i poteri di controllo esercitabili sullo stesso e sulle potenziali fonti di

¹³⁸ La concezione sostanzialistico-funzionale dell'obbligo impeditivo si è sviluppata in Germania, intorno agli anni '50. MANTOVANI F., Diritto penale. Parte generale, Padova, 1988, P. 189, nota 30.

¹³⁹ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, p. 118-136, 187-239, 123-127; FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 129-170.

danno e di pericolo.

Questa concezione, ritiene che la fonte primaria dell'obbligo ex art. 40 cpv. c.p. sia, più che la legge, la situazione di fatto di garanzia rivestita dal soggetto nei confronti di un bene specificatamente tutelato dalla norma incriminatrice;

Alla base di questa nuova teoria, vi è sicuramente il principio di certezza del diritto e di affidamento: viene messa in luce l'importanza, per il soggetto, di essersi fatto carico della salvaguardia di determinati beni che il soggetto titolare non è in grado di proteggere¹⁴⁰ fino in fondo e in maniera adeguata.

Si ritiene, quindi, che la responsabilità penale per omesso impedimento sorga solo in determinati e specifici casi;

la risposta sanzionatoria penalistica viene attivata solo nel caso in cui è necessario proteggere beni di valore pubblicistico, che vengono ripetutamente messi in pericolo dai titolari degli stessi in quanto si tratta di soggetti incapaci;¹⁴¹

Tuttavia la risposta dello ordinamento non avviene soltanto ex post ovvero quando la violazione o la messa in pericolo sono avvenute. L'ordinamento affida anteriormente alla situazione illecita, questi beni ad un soggetto il garante che trovandosi in un particolare rapporto ed una particolare posizione col bene stesso, in una particolare posizione rispetto allo stesso, è tenuto a proteggerlo e ad evitare il deperimento.¹⁴² È dunque proprio dalla concezione funzionalista che

¹⁴⁰ Per tali motivi è detta anche "dottrina del garante" da CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, Padova, 2002, p. 188.

¹⁴¹ L'incapacità può essere di natura strutturale (si pensi al neonato, incapace di sfamarsi da solo e quindi incapace di tutelare il bene della propria incolumità fisica) oppure può dipendere da alcune circostanze particolari e contingenti (si pensi all'ignaro passante, il quale si trova in condizione di non poter tutelare la propria incolumità fisica dal rischio del crollo di alcune tegole di un tetto pericolante, tetto che il proprietario dell'edificio non si premura di far riparare) GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, p. 257.

¹⁴² FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, p. 129, sostiene che: "(...) il giudizio di equivalenza tra l'agire e l'omettere presuppone che il soggetto obbligato rivesta una posizione di garanzia nei confronti del bene protetto. Ponendo l'accento sulla posizione di garante intendiamo, in realtà, mettere nel dovuto risalto i seguenti punti: a) il titolare del bene penalmente protetto, e cioè il soggetto garantito, si trova nell'incapacità totale o parziale di difendersi

nasce la terminologia di “posizione di garanzia” (*Garantenstellung*)¹⁴³, terminologia oggi comunemente usata¹⁴⁴ per riferirsi all’obbligo giuridico impeditivo ex art. 40 cpv. c.p..¹⁴⁵

Un esempio potrebbe essere quello del neonato e della madre: il bambino appena nato, in relazione al suo status, è incapace di provvedere da sé al proprio sostentamento; perciò la mamma si trova in una posizione particolare oltre che naturale, rispetto al figlio in quanto ha il compito giuridicamente rilevante di proteggerlo.; questo esempio è emblematico in quanto ci fa capire perchè la madre che lascia morire di fame il proprio bambino “possa essere assimilata, dalla stessa coscienza sociale, all’ “autore” di un reato commissivo mediante azione positiva”.

La teoria formalistica ritiene che il requisito principe per la sussistenza di posizioni di garanzia sia la fragilità di un determinato bene e l’incapacità del soggetto titolare di proteggerlo evitando il deperimento; il garante interviene in questo quadro garantendo al bene una “tutela rafforzata”. Ancora è necessario che la posizione di garanzia e quindi l’entrata in scena del garante si sia verificata

personalmente dai pericoli che lo minacciano; b) la salvaguarda del bene in questione viene affidata al garante anteriormente all’insorgere della situazione di pericolo; c) il garante, in forza dei presupposti sub a) e b), signoreggia l’accadere che sfocia nell’evento lesivo in modo penalmente equivalente a quello di chi aggredisce positivamente il bene tutelato”

¹⁴³ PISANI N., *Controlli sindacali*, p. 40, ci da conferma del fatto che la prima formulazione della nozione di *Garantenstellung* si sia sviluppata “nell’esperienza tedesca nel quadro della concezione funzionale dell’obbligo di garanzia”.

¹⁴⁴ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 66 afferma che: “la locuzione “obbligo di garanzia” è ormai entrata a tutti gli effetti nel nostro ordinamento.

La terminologia “posizione di garanzia”, nata nelle sedi di elaborazione dottrinarie, è penetrata ormai da decenni anche nel linguaggio dei giudici; di recente essa è stata impiegata anche dal legislatore: ci si riferisce all’art. 299 del D.Lgs. 81/2008, dove si parla espressamente di “posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all’art. 2 comma 1, lettere b), d), ed e)” (ovvero datore di lavoro, dirigente e preposto).

¹⁴⁵ La locuzione “posizione di garanzia” indica un concetto di fatto coincidente rispetto all’obbligo di impedire l’evento ex art. 40 cpv..

precedentemente rispetto alla situazione di pericolo per il bene. In terzo luogo è ormai dato acquisito che il garante debba avere un ruolo di primo piano nella gestione dell'evento che determina la lesione per il bene e che quindi si adoperi con tutti i suoi mezzi sia propri che messi a disposizione dall'ordinamento per evitare il compimento dell'evento lesivo.¹⁴⁶

Possiamo quindi affermare che, questa relazione trilaterale intercorrente tra il bene, il titolare dello stesso incapace di proteggerlo e il garante sussiste in quanto l'ordinamento e la particolare delicatezza del bene richiedono l'intervento di un soggetto esterno e non in forza o in previsione di una legge come prevedeva la teoria formale.

Nonostante la dottrina si sia sforzata, non è mai riuscita a individuare un fondamento unitario della posizione di garanzia.¹⁴⁷

¹⁴⁶ FIANDACA G., Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, p. 40. Secondo l'autore la capacità di padroneggiare i decorsi causali che concorrono alla produzione dell'evento lesivo rappresenta il fondamento della posizione di garanzia.

Questa tesi viene criticata da GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 240. L'autore ritiene che la "signoria dell'uomo su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico è un concetto troppo generico". Tuttavia questo concetto ha degli aspetti ancora da chiarire nell'ambito dei reati omissivi impropri.

In particolare nel caso delle posizioni di garanzia aventi ad oggetto il controllo di una fonte di pericolo, nulla questo. Ma quid iuris nel caso di quelle situazioni che hanno ad oggetto la protezione diretta di un interesse ovvero l'impedimento di azioni criminose di terzi? Questo concetto non sembra adeguato. Le situazioni di cui l'autore parla sono quelle nelle quali "l'ordinamento giuridico chiede ad un soggetto di attivarsi per impedire un evento che è del tutto estraneo al soggetto stesso, in relazioni a processi causali da lui non direttamente signoreggiati: se un bambino non sa nuotare cade in una piscina, la posizione del padre, del bagnino o di uno spettatore estraneo non si differenziano con riguardo alla signoria sulla catena causale, anche se in capo ad alcuni soggetti (il padre in relazione al rapporto di parentela, il bagnino con riguardo agli obblighi che derivano dalla posizione ricoperta) l'ordinamento configura una posizione di garanzia".

¹⁴⁷ PISANI N., Controlli sindacali, p. 43-50. L'autore prende spunto dall'esempio tedesco. (SCHUNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Berlin-Bonn, 1979; RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten

In Italia, uno dei più accaniti sostenitori della teoria funzionalista, ritiene che il fondamento della posizione di garanzia debba essere ravviato nella “signoria del soggetto su alcune condizioni che concorrono alla produzione del risultato”: egli afferma che il garante ha i poteri, affidatigli dall’ordinamento in virtù del suo particolare rapporto di protezione nei confronti di determinati beni meritevoli di tutela, innanzitutto di impedire il verificarsi dell’evento ma soprattutto quello importantissimo di padroneggiare i decorsi causali che determinano la messa in pericolo e a volte la lesione del bene stesso; deve cioè rendere nulli¹⁴⁸ gli effetti

Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Gottingen, 1966) Una parte della dottrina tedesca ritiene che la posizione di garanzia abbia il suo punto focale nella “signoria” del garante sulla “causa del risultato”. Un’ altra parte della dottrina tedesca (WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsaquivalenz der Unterlassung, Berlin, 1968) sostiene che alla base dell’equivalenza causale tra omettere e agire vi sia “il vincolo di affidamento che si instaura tra autore (omittente) e vittima; Una scuola di pensiero recente, ritiene che (JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1991), “il fondamento della posizione di garanzia andrebbe rinvenuto effettuando una valutazione congiunta di quelli che sono il fine di tutela e la tipologia del rischio”.

¹⁴⁸ FIANDACA G., Il reato commissivo mediante omissione, p. 167-168, egli ritiene che il potere affidato dall’ordinamento al garante di padroneggiare i decorsi causali sia e debba essere distinto dalla mera possibilità di impedire il verificarsi dell’evento. Si tratta infatti di un potere molto più pregnante. L’autore infatti afferma che mentre il “soccorritore occasionale può soltanto evitare che una situazione di pericolo, già manifestatasi, evolva in un evento lesivo (...) il soggetto garante ha il potere di frustare la stessa attivazione dei processi causali dipendenti dalle specifiche situazioni di rischio che egli è chiamato a neutralizzare”.

Ancora l’autore ritiene che sia proprio questo potere affidato al garante di neutralizzare gli effetti negativi a rappresentare il fondamento delle posizioni di garanzia. infatti “tanto nel caso dell’agire che in quello dell’omettere, il fondamento dell’imputazione obiettiva dell’evento consiste nella signoria del soggetto su alcune condizioni che concorrono alla produzione del risultato”. Tuttavia mentre l’agente “padroneggia la catena causale che si sprigiona dal movimento del proprio corpo”; l’omittente invece ha il vero e proprio potere di padroneggiare le situazioni negative che sfociano nell’evento lesivo.

negativi della condotta umana in particolare del titolare del bene incapace di proteggerlo dalle circostanze esterne negative.

Nonostante l'obiettivo che i fautori di questa teoria si erano posti, fosse quello di ricercare il fondamento delle posizioni di garanzia in un'ottica tutta penalistica senza le interferenze della disciplina civilistica, questa si è rivelata indeterminata e generica nelle sue definizioni ponendosi, quindi, in evidente contrasto con il principio di legalità e il corollario della tassatività e determinatezza:¹⁴⁹ infatti, questa teoria anche se nasce per contrapporsi alla precedente che fondava le posizioni di garanzia sulla legge, l'art. 40 cpv. c.p. sembra legare sulla base di una fonte a ciò preordinata¹⁵⁰ la responsabilità penale omissiva all'obbligo di agire.

¹⁴⁹ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 240; GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 623; MANTOVANI F., L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi, p. 339; PISANI N., Controlli sindacali, p. 50.

¹⁵⁰ GAROFOLI R., Manuale di diritto penale. Parte generale, p. 234.

6.3 La teoria “mista” o formale-sostanziale;

Dopo aver narrato circa l'incapacità delle citate teorie a individuare il fondamento delle posizioni di garanzia, la dottrina però ha ritenuto opportuno elaborare una nuova teoria che si collocasse in una posizione intermedia tra le due senza abbandonare del tutto né la “vecchia” concezione formale¹⁵¹ dell'obbligo di impedire l'evento, né la teoria funzionale benchè in contrasto con il principio di legalità creando in sostanza una via mediana di ragionamento giuridico. Nell'ottica di elaborare questa nuova teoria definita “mista o eclettica”, si è reso necessario integrare la concezione giuridico-formale dell'obbligo di garanzia con le concezioni sostanziali.

Si riteneva infatti, come già precedentemente affermato, che la teoria formale non fosse da sola sufficiente ma allo stesso tempo che fosse necessaria per ritenere sussistente una responsabilità penale per omesso impedimento. Strumentalmente a ciò, quindi, sarebbe necessaria non soltanto una legge che disciplini l'obbligo giuridico di impedire l'evento ex art. 40 cpv. c.p., ma anche, allo stesso tempo la presenza di una relazione, un vero e proprio rapporto tra il soggetto che ha l'obbligo, sancito dall'ordinamento, di proteggere e tutelare in maniera più incisiva il bene e il bene stesso.

Secondo i sostenitori di questa teoria, il primo step da fare sia un'indagine di tipo formale, consistente nel selezionare tra tutte le fonti normative, solo quelle che disciplinano obblighi giuridici di garanzia; in secondo luogo, è opportuno individuare quei determinati beni, catalogati dall'ordinamento come meritevoli di particolare protezione, procedendo quindi ad un'analisi di tipo funzionale al fine di valutare se “l'obbligo, per il suo contenuto, il suo significato, la sua

¹⁵¹ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 51.

funzione, possa essere considerato alla stregua degli obblighi di garanzia”.

Per ciò che riguarda l'individuazione della fonte, abbiamo precedentemente detto che questa può essere individuata in una legge, penale o extra-penale, in atti ad essa equiparati (decreto legge e decreto legislativo), nel regolamento e nella consuetudine. Ciò posto occorre, soffermarci su queste fonti giuridiche. Per quanto riguarda la legge, gli atti ad essa equiparati e il contratto, nulla questo; in quanto si tratta in quanto atti produttrici di norme incriminatrici, essi possono essere posti a fondamento delle posizioni di garanzia.

E quid iuris nel caso del regolamento e della consuetudine? Per ciò che riguarda il regolamento questo rileva ai fini della responsabilità penale omissiva e quindi della sussistenza di una posizione di garanzia, “solo in quanto specificativo e attuativo della fonte ordinaria (ovvero: in quanto già richiamato in essa); solo in questo caso il regolamento entra a far parte integrante della fattispecie incriminatrice per il tramite della clausola di equivalenza stabilita dall'art. 40 cpv. c.p..¹⁵²

L'art. 8 delle preleggi¹⁵³ afferma che la consuetudine rileva solo se espressamente richiamata dalla legge; l'art 40 cpv. c.p. non vieta che la giuridicità dell'obbligo di agire dipenda dalla consuetudine, ma nonostante ciò non fa nessun richiamo alla stessa.

Discorso a parte merita di essere fatto per quanto riguarda i regolamenti comunitari. Come sappiamo i regolamenti comunitari hanno portata generale , ossia i destinatari del regolamento sono soggetti individuati in modo astratto e

¹⁵² GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 625; GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 250. L'autore ammette l'intervento della fonte secondaria in funzione esclusivamente specificativa di una fattispecie previamente delineata nei suoi elementi essenziali dal legislatore.

¹⁵³ Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati.

generico (ad es. i cittadini dell'Unione europea); sono obbligatori in tutti i loro elementi , ossia il contenuto del regolamento e' obbligatorio per i destinatari , nella sua interezza; infine sono direttamente applicabili , ossia l'entrata in vigore del regolamento e la sua applicazione nei confronti dei destinatari non necessita di alcun atto di ricezione interna da parte degli Stati membri: “possono integrare direttamente, vale a dire unicamente per il tramite dell’art. 40 cpv., la fattispecie omissiva impropria, sempre che l’obbligo di agire da essi imposto consenta di individuare con sufficiente univocità il fine posto dalla norma incriminatrice”.¹⁵⁴

Necessita a questo punto fare una precisazione: è vero che i regolamenti comunitari occupano una posizione sovraordinata alla legge tuttavia non rappresentano una fonte autonoma di diritto nell’ambito del diritto penale in considerazione dei limiti posti dal principio della riserva di legge in materia penale.

Questa teoria è nata dalla commistione tra i criteri della teoria formale e della teoria funzionale. Per questo motivo da un lato occorre dare rilievo alla natura legale o contrattuale della posizione di garanzia, dall’altro è indispensabile determinare con incontrovertibile certezza il soggetto che riveste il ruolo di garante e anche il bene da tutelare nonché il suo titolare. Questa analisi è finalizzata a verificare, accertare e disciplinare il rapporto, la relazione intercorrente tra il garante e il bene meritevole di particolare tutela, che questo “mandato” sia precedente all’insorgere della situazione di pericolo, e che il garante abbia la possibilità materiale e giuridica di esercitare effettivi poteri di controllo sulla fonte del pericolo stesso.

Questo commistione consente quindi di selezionare tra tutti gli obblighi di

¹⁵⁴ GIUNTA F., La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, p. 626.

impedimento di un evento,¹⁵⁵ quelli specificatamente di garanzia.¹⁵⁶ Affinchè gli obblighi di impedimento di un evento acquistino il significato di obblighi di garanzia.¹⁵⁷, è necessario che il titolare del bene garantito sia incapace

¹⁵⁵ Assodato che la legge e il contratto, possono costituire la fonte dell'obbligo di garanzia ci si è chiesto se lo stesso potesse valere nel caso di assunzione volontaria di posizioni di garanzia, ovvero nel caso in cui un soggetto svolge spontaneamente compiti di protezione di certi beni, vista l'incapacità del titolare di provvedere in maniera autonoma.

Alcuni autori inquadrano ritengono si tratti esclusivamente di gestione di affari altrui (ex art. 2028 c.c.): sia GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, p. 276 che FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 604, ritengono che l'importante è che vi sia effettivamente una situazione di pericolo concreta o comunque possibile per il bene affidato alla protezione del garante. MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, libertà e di responsabilità personale*, p. 350, si pone in contrasto con questa teoria in quanto ritiene che non debba e non possa essere accolta "1) perché la norma di legge sulla negotiorum gestio non soddisfa il principio della riserva di legge, poiché tale istituto, essendo circoscritto per comune opinione ai beni patrimoniali, non trova applicazione ai fini della tutela dei beni personali, scopo primario se non esclusivo della suddetta teoria (...); 2) perché l'obbligo, derivante dalla negotiorum gestio, è anche rispetto ai connaturati beni patrimoniali un mero obbligo di attivarsi ai soli effetti civili, in quanto esso manca anche dei requisiti della preesistenza del rapporto giuridico tra soggetto e bene e dei poteri-doveri impeditivi rispetto alla situazione di pericolo; 3) perché il ricorso alla negotiorum gestio è inutile, non creandosi senza il ricorso ad essa, alcun vuoto di tutela".

Al contrario Cass. Pen. Sezione IV, 12 ottobre 2000, n. 12781, in *Foro it.*, Rep., 2001, voce Professioni intellettuali, n. 122; Cass. Pen. Sezione IV, 4 novembre 2010, n. 38991, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 185 ss., con nota di PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale (un banco di prova nell'evoluzione della responsabilità colposa)*; Cass. Pen. Sezione IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, in *Dir. e prat. Lav.*, 2004, p. 1919, ritengono che le fonti produttive di una posizione di garanzia possano essere le leggi non solo di diritto pubblico ma che privato, scritte o meno, che traggano origine sia da una situazione di fatto giuridicamente disciplinata sia da un atto di determinazione volontaria.

¹⁵⁶ Tuttavia anche la teoria mista è stata, come le precedenti, oggetto di critica. ALAGNA R., *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, II, p. 230, ritiene che questa teoria, in quanto nata dalla commistione delle due precedenti, possa avere come conseguenza quella di sommare gli aspetti negativi delle stesse.

In giurisprudenza, Cass. Pen., 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, II, p. 36 e Cass. Pen., 3 novembre 1988, in *Foro it.*, 1989, II, p. 309.

¹⁵⁷ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, p. 257 ss.; Cass. Pen. Sezione IV, 4 novembre 2010, n. 38991, p. 185 ss. "perché nasca una posizione di garanzia, è necessario che: vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo

dal punto di vista giuridico, di protegge il bene; è poi richiesto che il ruolo di garante sia ricoperto da determinati soggetti e non dalla generalità, stante la particolarità, la vulnerabilità e la delicatezza dei beni in questione e la specialità dello stesso obbligo; in terzo luogo è necessario che l'obbligo di garanzia e quindi il potere del garante sia inerente solo ad alcuni beni e non tutti i beni di tutti i consociati e che sia diretto alla protezione degli stessi da eventi lesivi per la loro incolumità.¹⁵⁸

il titolare non è in grado di proteggere; che una fonte giuridica (anche negoziale) abbia la finalità della sua tutela; che tale obbligo gravi su una o più specifiche persone; che queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno "preso in carico".

¹⁵⁸ Si ritiene che l'obbligo debba avere come unico fine quello di impedire che le condotte umane sfocino in eventi lesivi e pericolosi per il bene. GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 252, afferma che nel caso in cui colui che è addetto alle pulizie prima di andar via, alla fine del turno non chiude una finestra dell'edificio contravvenendo ad un preciso obbligo impostogli per evitare furti, e una persona, rimasta all'interno, sporgendosi alla finestra perde l'equilibrio, cade nella strada sottostante e muore, l'addetto alle pulizie non sarà penalmente responsabile per omicidio in quanto, nonostante la sua inerzia abbia causato la morte, l'evento comunque non rientra tra quelli eventi che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Pertanto possiamo dire che alla base della responsabilità penale per omesso impedimento, non vi possono essere tutti gli obblighi di attivarsi ma solo e soltanto quelli funzionali alla tutela di un determinato bene giuridico. Anche MANTOVANI F., Diritto penale. Parte generale, p. 170 appoggia la tesi espressa da GRASSO G.

7. La tesi estensiva del concorso mediante omissione;

Precedentemente abbiamo esaminato la tesi restrittiva del concorso mediante omissione caratterizzata da una nozione di evento particolare in quanto considerato non in senso giuridico bensì in senso naturalistico. C'è da dire che questa tesi fu ampiamente criticata dalla dottrina prevalente¹⁵⁹, in quanto la stessa si poneva in contrasto con i principi di diritto.

Analizzando la tesi restrittiva del concorso mediante omissione abbiamo affermato che i sostenitori della stessa avevano proceduto ad un ribaltamento di tutte le argomentazioni fornite dai fautori di quella estensiva. Per completezza ripercorriamo tutte queste argomentazioni: a) con riguardo all'art. 138 c.p.m.p si sostiene, in quest'ottica, che l'evento debba essere interpretato in maniera estensiva così da ritenere la disposizione non applicabile nel caso in cui vi sia in capo al militare, un obbligo giuridico impeditivo ex art. 40 cpv. c.p..

Inoltre nell'art 138 c.p.m.p sono richiamate molte fattispecie alcune a condotta vincolata¹⁶⁰, altre prive di un evento inteso in senso naturalistico¹⁶¹ (come definito dai sostenitori della tesi restrittiva), perciò la clausola iniziale del suddetto articolo, richiamando espressamente l'art. 40 cpv. c.p., legittima in un certo senso, l'estensione della responsabilità penale omissiva anche alle fattispecie di mera condotta.¹⁶²

¹⁵⁹ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1997, p. 1339 ss.; LEONCINI I., Obblighi di attivarsi, obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, p. 357 ss.

¹⁶⁰ Artt. 241, 283, 285, 289 c.p.

¹⁶¹ Vengono richiamati gli artt. 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 98, 99, 100, 174, 175 c.p.m.p.

¹⁶² BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1997, p. 1342-1346.

b) In riferimento all'art. 57 c.p. si è ritenuto che questo "configuri una ipotesi di responsabilità colposa a carico del Direttore Responsabile di pubblicazioni a mezzo stampa per ipotesi di omesso impedimento di un fatto di reato" ¹⁶³. Dato che si tratta di ipotesi di responsabilità colposa ¹⁶⁴ che traggono origine da disposizioni che non consentono l'applicazione analogica anche alle ipotesi dolose, e poichè nel nostro ordinamento le ipotesi di responsabilità dolosa non possono rimanere impunte autori come Bisori hanno ritenuto che l'art 40 cpv. c.p. debba essere invocato anche in caso di omesso impedimento del reato del Direttore Responsabile di pubblicazioni a mezzo stampa¹⁶⁵.

c) Ancora l'art. 116 c.p. rappresenta, forse, il caso che meglio esprime la nozione di evento più ampia dell'evento in senso naturalistico.¹⁶⁶ L'art. 116 c.p., infatti, "nello stabilire la responsabilità del concorrente per fatto diverso da quello voluto, espressamente dispone che di quel reato egli risponde quando 'l'evento è conseguenza della sua azione od omissione'. Il legislatore in questa disposizione, quindi, ha indicato, in primo luogo, l'evento

¹⁶³ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1997, p. 1346.

¹⁶⁴ Parte della dottrina in particolare ALBEGGIANI F., I reati di agevolazione colposa, Milano, 1984, p. 110 ss., ritiene però che nel caso di cui all' art. 57 c.p. si tratti di una condotta dolosa, in quanto l'espressione "a titolo di colpa" viene rinvenuto non nella parte precettiva, bensì in quella sanzionatoria della disposizione.

¹⁶⁵ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1997, p. 1349, afferma che "(...) poiché la norma, nel fondare una responsabilità tipicamente 'colposa', comunque non consente l'estensione della sua portata incriminatrice ad ipotesi dolose, delle due l'una: o l'omissione dolosa è punita in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. (...) o, al contrario, proprio la forma dolosa (...) deve andare impunita. Il che- per evidenti motivi di ragionevolezza- non può essere".

¹⁶⁶ LEONCINI I., Obblighi di attivarsi, obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, p. 362 ss..

Secondo l'autrice, il fatto che nella parte speciale del codice penale vi siano fattispecie di agevolazione colposa anche omissiva (ad esempio l'articolo 335 c.p.) depone a favore del concorso omissivo.

La Leoncini afferma che il termine "evento" contenuto nell'art. 40 cpv. c.p. non deve essere inteso in senso esclusivamente naturalistico, né in senso giuridico, bensì come effetto della condotta.

come “il complessivo fatto di reato commesso dagli altri concorrenti”, e in secondo luogo come conseguenza dell’azione o dell’omissione creando quindi un nesso di causalità tra la condotta del concorrente e il fatto di reato commesso in concorso.¹⁶⁷

¹⁶⁷ BISORI L., L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1997, p. 1348.

8. La figura del garante: definizione e requisiti;

L'art. 40 cpv. c.p., come abbiamo fin qui sostenuto, disciplina il reato omissivo improprio e di riflesso anche l'istituto delle posizioni di garanzia.

L'art. 40 cpv. c.p. ha il suo fondamento nei principi di cui agli art. 2, 32, 41 comma 2 della Costituzione.

Queste norme si riferiscono a determinati beni che risultano, in base ai principi di diritto pubblico, particolarmente meritevoli di tutela e impongono a determinati soggetti di approntare una tutela più pregnante, stante l'incapacità dei titolari degli stessi di non minarne l'integrità. È in virtù di tale designazione, che nasce la figura del "garante" che ha il compito di proteggere e salvaguardare questi beni ritenuti di primaria importanza per l'ordinamento¹⁶⁸.

Obbligo primario del garante è pertanto quello di proteggere questi determinati beni accuratamente individuati. Si crea, quindi, una relazione, un vincolo tra il bene oggetto di tutela e il soggetto destinato a proteggerlo al fine di riequilibrare lo squilibrio nella salvaguardia del bene nascente dalla situazione di incapacità del titolare stesso. Volendo usare le parole di Filippo Sgubbi possiamo affermare

¹⁶⁸ Sia la giurisprudenza che la dottrina cercano di ricostruire gli obblighi giuridici impeditivi alla luce dei principi costituzionali. In particolare per quanto riguarda la giurisprudenza significative sono: Cass. Pen., Sezione IV, 8 ottobre 2003, in Foro it., 2004, II, p. 425; Cass. Pen., Sezione IV, 17 novembre 2005, in Dir. pen. Proc., 2006, p. 1272; Cass. Pen., Sezione IV, 16 dicembre 2003, in Foro it., 2004, II, p. 691.

Per quanto invece riguarda la dottrina, merita di essere citato BILANCETTI M., La responsabilità penale e civile del medico, Padova, 2006, p. 141 che ritiene che la posizioni di garanzia abbiano il loro fondamento nel principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione".

che “il soggetto garante è reso funzionale alla tutela del bene”¹⁶⁹. Ancora, l’autore afferma che la libertà del garante deve arrestarsi di fronte agli obblighi a contenuto positivo che l’ordinamento gli impone, in virtù della posizione da lui rivestita e della vulnerabilità di determinati beni la cui integrità non può essere garantita dal titolare degli stessi. Questi doveri imposti al garante determinano in caso di inosservanza, una responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento ex art. 40 cpv. c.p.¹⁷⁰ in quanto come sappiamo “ non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico d’impedire, equivale a cagionarlo”.

Si determina allora, all’interno dell’ordinamento, una “lotta di valori” che vede contrapposti da un lato la libertà sia comportamentale che personale del garante e dall’altro la salvaguardia e necessità di protezione del bene di natura pubblicistica.

L’ordinamento risolve questa contrapposizione ritenendo che ogniqualvolta vi siano in gioco beni particolarmente meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento, la protezione e la salvaguardia di questi diventa preminente rispetto alla libertà del soggetto investito di tale compito. Il garante deve adempiere agli obblighi imposti dall’ordinamento e non può restare inattivo in quanto l’omissione determina una responsabilità penale e di conseguenza una restrizione della libertà personale dello stesso.

Tuttavia la creazione di posizioni di garanzia non è senza conseguenze negative anche per il titolare del bene da tutelare: infatti questo viene in un certo qual modo privato della disponibilità del bene.

La definizione di garante è stata data sia dalla commissione PAGLIARO¹⁷¹ che all’art. 11 del proprio progetto di legge ha definito garante il “titolare dell’obbligo di garanzia è la persona che, priva dei suddetti poteri impeditivi, è giuridicamente tenuta a sorvegliare per conoscere della

¹⁶⁹ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento, p. 201.

¹⁷⁰ SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento, p. 201.

¹⁷¹ DE MARTINO F.M., Indice penale, 2002, p. 111 ss.

commissione dei reati e comunque ad informarne il titolare del bene o il garante”, sia dalla Commissione GROSSO¹⁷² che all’articolo 16 commi 1-2¹⁷³ ha delineato le posizioni di garanzia.

Accade, però, che queste definizioni vengano criticate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ciò determina ancor oggi un clima di incertezze ed imprecisioni a riguardo della definizione.

Per quanto i confini e la disciplina delle posizioni di garanzia siano ancora labili e lacunosi, queste potrebbero essere così descritte: Anzitutto poniamo in evidenza, come già in precedenza fatto, la inconfutabile relazione tra il soggetto garante e il bene da tutelare; questo vincolo si instaura con un atto di trasferimento¹⁷⁴ della

¹⁷² MORSELLI E., *Indice penale*, 2001, p. 621 ss.

¹⁷³ “Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa.

I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate”.

¹⁷⁴ Si tratta del cosiddetto affidamento, che oltre ad essere uno dei principi fondamentali del diritto, è un concetto proprio della dottrina civilistica in materia di contratti. Infatti la teoria dell'affidamento viene definita da TORRENTE A., SCHELENSIGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 476. L'autore afferma che nel caso in cui la dichiarazione sia contrastante rispetto al volere del soggetto o se la volontà dello stesso è stata in qualche modo coartata, occorre tutelare i terzi che hanno riposto piena fiducia in quella dichiarazione. Ancora SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. Diritto*, Vol I, Milano, 1958, p. 661.

Anche in ambito penale si fa riferimento al principio di affidamento: FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 549; MANTOVANI F., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1997, p. 1051. Nel diritto penale il principio di affidamento viene definito come l'aspettativa sociale in base alla quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione.

Nell'ambito delle attività multidisciplinari (intervento chirurgico svolto in equipe), ciascun soggetto si aspetta che anche gli altri soggetti si comportino altrettanto correttamente svolgendo i loro compiti. Cass. Pen., Sezione IV, 16 giugno 2008, n. 24360, in *Giur. It.* 2009, p. 948, con nota di PAVESI F., *Sul principio di affidamento nel trattamento medico-chirurgico*. La Suprema Corte ritiene che questo principio di esprima al meglio nell'ambito della responsabilità colposa. Secondo lo stesso ciascuno risponde delle proprie condotte ma non anche di quelle commesse in “violazione delle regole cautelari

disponibilità del bene da parte del soggetto garantito nelle mani del garante affinché ne garantisca l'integrità e la salvaguardia;¹⁷⁵ in terzo luogo, il presupposto su cui si costruiscono le posizioni di garanzia è il concetto di solidarietà.

Per ciò che attiene all'ampiezza dei poteri del garante e la circoscrizione del perimetro si ritiene che questa sia una variabile direttamente proporzionale alla condizione psico-fisica del soggetto garantito; infatti, al crescere dello stato di "incapacità"¹⁷⁶, "inferiorità"¹⁷⁷ e vulnerabilità del soggetto, corrisponde una maggiore l'ampiezza dei poteri del garante e un ampliamento del suo raggio di azione.

Partendo dal presupposto giuridico che i poteri e i doveri sia in capo al garante che al garantito sono sicuramente diversi e che si modificano di volta in volta in base alle circostanze esterne di maggiore o minore pericolo per l'integrità del

da parte di terzi".

In merito invece alla posizione di garanzia, affidamento rappresenta l'atto (esplicito o implicito) con cui il garantito, incapace affida la tutela del bene al garante per ottenerne una più adeguata e rafforzata rispetto a quella che potrebbe offrire lo stesso.

¹⁷⁵ BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, p. 1365, afferma caratteristica principe delle posizioni di garanzia è la sussistenza di questo particolare legame tra il garante e il bene. Del tutto estraneo a questo rapporto è il soggetto garantito, incapace di apprestare una tutela idonea alla salvaguardia del bene e che quindi viene spogliato dell'utilizzo del bene stesso e dotato di poteri di impedimento meno incisivi rispetto a quelli potrebbe avere, anche in misura superiore, un terzo completamente estraneo alla relazione di garanzia.

¹⁷⁶ BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui*, p. 1364, ritiene che il primo requisito per far scattare la tutela da parte del garante e quindi la posizione di garanzia è proprio l'incapacità, che sia totale o parziale, del titolare del bene meritevole di salvaguardia. Del pari, è fondamentale che il garante appresti concretamente la tutela al bene stabilita dall'ordinamento.

¹⁷⁷ Cass. Pen., Sezione IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, in *Dir. e prat. Lav.*, 2004, p. 1919. Secondo la Corte la creazione di posizioni di garanzia si giustifica solo in virtù della particolare vulnerabilità, delicatezza e pregnanza del bene in gioco. È però necessario dall'altro lato che il soggetto titolare non sia in grado di proteggere questi determinati beni e che il garante, investito di questi poteri, ponga in essere tutte le procedure e attività necessarie a salvaguardarli.

bene, la domanda che a questo punto sorge spontanea è se, indipendentemente dal pericolo per il bene, sia consentito al garantito, sulla base di una sua manifestazione di volontà, di modificare il contenuto e l'ampiezza dei poteri del garante.

Possiamo affermare con ampia certezza che il garante nell'ambito dei suoi poteri deve comunque rispettare la manifestazione di volontà del garantito a meno che queste mettano a rischio l'integrità del bene stesso.

Vari sono stati gli esempi fatti, tutti perfettamente calzanti, per spiegare questa particolare situazione in cui il soggetto che assume il ruolo del garante è investito dalla legge della una funzione di tutela dell'incolumità di soggetti affidati alla sua protezione;

Uno tra tanti potrebbe essere quello del bagnino e del bagnante. Il bagnino assunto con contratto dal direttore della piscina comunale deve vigilare sulla sicurezza di chi frequenta la piscina, e intervenire in caso di pericolo per garantirne l'incolumità. Ipotizziamo, quindi, che un nuotatore espressamente chieda al bagnino di non intervenire in caso di pericolo. Può questo omettere di intervenire e può il nuotatore pretendere l'inerzia di questi? A questi quesiti la risposta deve necessariamente essere negativa in quanto nel momento in cui l'ordinamento seleziona un soggetto a cui affidare il compito di tutelare e salvaguardare un determinato bene, tra questo soggetto e il bene stesso, abbiamo già detto, si crea un vincolo, un rapporto, una relazione. Per questo motivo pertanto a nulla varrà una manifestazione di volontà del garantito volta a mettere in pericolo il bene tutelato dal garante. ¹⁷⁸

¹⁷⁸ IADECOLA G., La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente, in Cass. Pen., 1998, p. 953, in merito scrive che il garante deve fare tutto ciò che è nelle sue possibilità per garantire l'integrità del bene affidato alla sua cura. Non è necessario che di volta in volta la legge determini e specifichi quali sono i poteri del garante scaturendo direttamente l'obbligo di attivarsi nel momento in cui si verifichi la situazione di pericolo.

Questo impone una scelta di primaria importanza: considerare il bene affidato alla tutela del garante in senso “oggettivo” o in senso “soggettivo”; in base a questa scelta infatti dipende anche la sussistenza o meno di una responsabilità penale omissiva.

Nel primo caso, considerando il bene in senso oggettivo, il garante dovrà procedere alla tutela del bene indipendentemente dalle manifestazioni di volontà del garantito¹⁷⁹, determinandosi in caso contrario una responsabilità penale. Se di contro si considera il bene in senso soggettivo i poteri e i doveri del garante dovranno modificarsi in relazione alle determinazioni del garantito anche se in senso pregiudizievole per il bene tutelato.

Sarebbe infatti contraddittorio se la legge affidasse a un soggetto determinati compiti e poi pretendesse di disciplinare di volta in volta il contenuto dei suddetti poteri.

¹⁷⁹ IADECOLA G., *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente*, p. 956, afferma che a nulla vale la determinazione contraria del garantito, in quanto, qualora si desse rilievo ad una manifestazione di volontà che potrebbe porre in pericolo e minare la salvaguarda del bene, non avrebbe senso, a priori, che il legislatore stesso preveda queste posizioni di garanzia.

9. Obbligo impeditivo e principi costituzionali:

9.1 principio di legalità-riserva di legge;

Dopo aver esaminato tutte le teorie fondanti la posizione di garanzia e averne evidenziato gli aspetti negativi, occorre ricostruire l'obbligo impeditivo alla luce dei principi costituzionali¹⁸⁰ e cioè dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale.

In relazione al primo dei principi e cioè quello di legalità, è necessario che l'obbligo idoneo a fondare una responsabilità penale di cui all' art. 40 cpv. c.p. sia un obbligo giuridico; così come sostenuto dai fautori della teoria formale occorre che questo nasca esclusivamente da fonti giuridiche. Può nascere quindi da norme di legge sia penale che extra-penale, da norme di diritto pubblico o di

¹⁸⁰ MANTOVANI F., L'obbligo di ricostruito alla luce dei principi, p. 240, definisce le teorie fondative della posizione di garanzia, "inadeguate": egli ritiene che queste lacune possano essere colmate solo ricostruendo l'obbligo giuridico di impedire l'evento alla luce dei principi di di legalità, di solidarietà, di libertà, di responsabilità penale.

LEONCINI I., Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza, p. 34-37, per ricostruire l'obbligo impeditivo "si rende indispensabile un costante riferimento ad dettato costituzionale"; l'autrice, riconosce i limiti di un'impostazione costituzionalmente orientata "(...) pur nella consapevolezza delle evidenziate incertezze e dei paventati rischi di tale impostazione" ma dall'altro lato comunque ne sottolinea la necessità "la sua utilizzazione rimane, a nostro avviso, il modo più corretto di procedere". La Leoncini afferma che proprio con riguardo alla responsabilità penale omissiva è indispensabile procedere in questo modo.

diritto privato dal contratto, sia tipico (contratti di prestazione d'opera) che atipico che si fonda sul consenso delle parti (*leasing*), ma non da norme morali o mere situazioni fattuali di garanzia come la convivenza more uxorio¹⁸¹.

¹⁸¹ Si ritiene che da una convivenza more uxorio non possano scaturire obblighi di garanzia: MANTOVANI F., L'obbligo di ricostruito alla luce dei principi, p. 340.

9.2 principio di legalità-tassatività;

Conseguenza del principio di legalità, è il principio di tassatività. In virtù di questo principio è necessario che il legislatore specifichi *ex ante* tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale formulandoli in maniera precisa e determinata.¹⁸² Nell'ambito dell'obbligo giuridico di impedire l'evento occorre che lo stesso sia bene determinato dal legislatore. Alla base dell'obbligo giuridico impeditivo non vi possono essere norme generiche come ad esempio l'art. 2 della Costituzione o l' art. 41 comma 2 della Costituzione,¹⁸³ né tantomeno il legislatore può prescrivere una serie di obblighi del tutto indeterminati.

¹⁸² ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, paragrafi 28 ss. Lo definisce come "principio di precisione."

MARINUCCI G., DOLCINI E., Corso di diritto penale. Milano, 2001, p. 119-158, ritiene che il "principio di determinatezza" consista nell'obbligo del legislatore di formulare le norme in maniera precisa e appunto determinata; inoltre descrive il "principio di analogia" come divieto di analogia nel caso in cui questo sia a sfavore del reo.

¹⁸³ La giurisprudenza ritiene che le posizioni di garanzia non possano non essere desunte dai principi costituzionali. A sostegno di tale tesi vi è un esempio partico del tutto chiarificatore. In un sentenza (n. 19714 del 2009) la Corte di Cassazione esamina la posizione di un proprietario immobiliare. La Corte ritiene che, alla luce dell'art. 41, comma 2 della Costituzione, questo possa rivestire il ruolo di garante e che sia responsabile per non aver evitato il fatto di reato previsto dall'articolo 29 del Testo Unico in materia di edilizia.

9.3 principio di solidarietà (art. 2 Cost);

Altro principio cardine nel nostro ordinamento è quello sancito nell'articolo 2 della Costituzione: il principio di solidarietà.

Quando abbiamo descritto la posizione di garanzia, abbiamo detto che si tratta di una relazione che si instaura mediante un atto di trasferimento della disponibilità del bene e che ha come presupposto la solidarietà¹⁸⁴. Questa *ratio* solidaristica la si riscontra proprio nella relazione che viene a crearsi tra il garante e il bene particolarmente meritevole di tutela¹⁸⁵ che deve

¹⁸⁴ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 41 ritiene che se da un lato si può affermare con assoluta certezza che il principio di solidarietà deve essere posto a fondamento della creazione di posizioni di garanzia e della presenza o meno di un obbligo giuridico impeditivo, dall'altro lato l'autrice stessa afferma che questo principio non può da solo legittimare la sussistenza di una responsabilità penale omissiva e la punizione della condotta omissiva. È necessario per attivare una risposta penale di fronte all'inerzia del soggetto garante che questo principio si combini con gli altri principi costituzionali.

¹⁸⁵ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 43.

Secondo l'autore un altro principio cardine del nostro ordinamento, di rilievo costituzionale, sempre in tema di posizioni di garanzia e obbligo giuridico di impedire l'evento è il "principio di offensività". Alla stregua di questo principio solo le condotte che comportano la realizzazione di un fatto di reato potranno avere rilevanza penale e determinare la sussistenza di una responsabilità per omesso impedimento. Al contrario le condotte di "mera il mera disubbidienza o di infedeltà nei confronti dello Stato" saranno irrilevanti dal punto di vista omissivo.

Tuttavia occorre fare una precisazione; perché il principio di offensività entri in gioco è necessario, in primo luogo che la condotta sia un reato di offesa; questa infatti dovrà combinarsi con l'art. 40 cpv. c.p. per dar luogo ad un reato omissivo improprio.

In secondo luogo è necessario che i beni affidati alla tutela del garante siano veramente meritevoli di una tutela rafforzata prevista dall'ordinamento e che soprattutto il titolare non sia in grado di salvaguardarli per incapacità totale o anche parziale.

salvaguardare, stante l'incapacità del garantito di provvedervi.

In terzo e ultimo luogo è necessario che i poteri del garante siano realmente idonei ad impedire che si realizzi il fatto di reato e che lo stesso faccia tutto ciò che è in suo potere per impedire l'evento lesivo e garantire la salvaguardia e l'integrità dei beni affidati alla sua tutela.

9.4 principio di libertà (art. 13 Cost);

La Libertà costituisce un altro principio fondamentale; essa nasce dal combinato disposto degli articoli 13, 25 comma 2 e 27 comma 1 della Costituzione. Il principio di libertà consiste nel consentire ai consociati di prendere le proprie decisioni conoscendo ex ante le conseguenze penali che potrebbero scaturire dalle condotte poste in essere.

Nel quadro della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, il garante che non si attiva per impedire la lesione e la messa in pericolo del bene da tutelare è consapevole delle conseguenze che a livello penale potrebbero scaturire dalla sua inerzia e del fatto che sarà chiamato a rispondere penalmente come se avesse cagionato l'evento.¹⁸⁶

Questi effetti si hanno con riguardo a destinatari specifici e individuati preliminarmente dall'ordinamento in quanto preposti alla tutela di beni particolarmente meritevoli di tutela.

¹⁸⁶ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, p. 53.

9.5 principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost);

Ulteriore conseguenza del principio di legalità¹⁸⁷, fondamentale in ambito penale, è il principio della responsabilità penale di cui all'art. 27 della Costituzione.

Anche questo principio è strumentale alla ricostruzione dell'obbligo di impedire l'evento.

Presupposto fondamentale da cui partire è il fatto che l'art. 27 della Costituzione è stato sottoposto negli anni ad un processo di evoluzione.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Corte Cost 364/1988 afferma che qualora non vi fosse questo principio, la presenza di tutti gli altri, quali la riserva di legge, il principio di tassatività, sarebbe inutile, in quanto il soggetto potrebbe essere condannato penalmente per fatti che non ha effettivamente commesso o che non aveva il dovere di impedire.

¹⁸⁸ Questa evoluzione di cui si parla viene scandita da varie tappe:
a) nelle sentenze 3/1956 e 107/1957, la Corte costituzionale che affermò l'unico significato da attribuire all'art. 27, comma 1 della Costituzione, fosse quello di divieto di responsabilità per fatto altrui;
b) nella sentenza n. 42 del 1965 la Corte ritenne che per la sussistenza di una responsabilità penale fosse necessario anche un coefficiente psicologico.
c) le sentenze 364 e 1085 del 1988 sono state le più importanti in merito, in quanto hanno segnato una svolta nel pensiero della Corte; Nella prima sentenza la Corte afferma che il principio di personalità della responsabilità penale deve essere necessariamente inteso non soltanto come divieto di responsabilità per fatto commesso da altri soggetti, come affermato nelle sentenze 3 del 1956 e 107 del 1957, ma come responsabilità per fatto proprio colpevole; è necessario cioè che il fatto di reato si legato all'autore anche dal punto di vista soggetti. La Corte giunge a questa conclusione in occasione di un giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 5 del codice penale. In particolare il menzionato articolo prevedeva che per sancire la responsabilità penale non fosse rilevante l'ignoranza della legge penale da parte dell'autore del reato. Tuttavia in virtù del principio di cui all'art. 27, comma 1 della Costituzione la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. e l'ha riformulato come segue: «L'ignoranza della legge penale non scusa tranne che si tratti d'ignoranza inevitabile».
Un altro caso di legittimità costituzionale si ha in relazione all'art. 626, comma 1,

All'interno dell'art. 27 della Costituzione, che recita "La responsabilità penale è personale", possiamo scorgere due significati di questo principio. In primo luogo il principio di personalità della responsabilità personale potrebbe essere interpretato come divieto assoluto di responsabilità per fatto altrui; la responsabilità penale sorge solo nel caso in cui un soggetto abbia posto in essere un fatto che lasci ravvisare una fattispecie di reato. In secondo luogo, invece, al summenzionato principio deve corrispondere un significato più ampio, nel senso che la responsabilità penale sorge e sussiste solo nel caso in cui il soggetto abbia commesso il fatto di reato con dolo o quantomeno colpa.¹⁸⁹

Il far scaturire la responsabilità penale dalla presenza del dolo o della colpa sottolinea il fatto che il soggetto ponendo in essere quella determinata condotta, ha accettato coscientemente di discostarsi dal comportamento che l'ordinamento

n. 1, del codice penale che disciplina il furto d'uso. In questa sentenza, 1085 del 1988, la corte, riprende le argomentazioni della precedente ampliandole e adattandole al caso di specie. In particolare la Corte afferma che la norma non estende la disciplina prevista alla mancata restituzione dovuta a forza maggiore o caso fortuito, della cosa precedentemente sottratta, ciò comporta in questi casi l'applicazione della disciplina, sicuramente più gravosa per il reo, del furto ordinario.

A parere della corte, infatti, nel caso di mancata restituzione della cosa per caso fortuito o forza maggiore, per quanto il disvalore sia insito già nella mancata restituzione, il rimprovero non può essere mosso al soggetto in quanto a lui non collegabile da un punto di vista soggettivo.

d) più recentemente, nella sentenza 322 del 2007, la Corte dichiara inammissibile la questione di illegittimità costituzionale in merito all'art. 609-sexies, del codice penale. La questione sottoposta alla Corte riguardava il suddetto articolo nella parte in cui afferma che "il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa". Ripercorrendo i ragionamenti fatti nelle sentenze del 1988, sopra riportate, il giudice a quo afferma coerentemente con l'art. 27, comma 1, della Costituzione, nel caso di specie non vi è un nesso psicologico tra l'autore del fatto di reato e l'evento stesso.

¹⁸⁹ Oltre alla Corte Costituzionale, che come abbiamo visto precedentemente, nelle sentenze 364 e 1085 del 1988 ritiene necessaria per la configurabilità della responsabilità penale, la presenza del dolo o quantomeno con la colpa e che le condotte siano allo stesso agente rimproverabili, questa tesi viene condivisa anche da autori come FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p. 631; questi ritengono che nel caso in cui si leghi la punibilità esclusivamente a fattori oggettivi, si rischierebbe di far scattare un rimprovero penale anche nel caso in cui l'evento si verifici per cause ignote e incontrollabili da parte dell'agente.

“si attendeva da lui”;¹⁹⁰

Affinchè sussista una responsabilità per omesso impedimento dell'evento è necessario che il soggetto avesse, nel momento in cui è rimasto inerte, la possibilità materiale di agire. Pertanto possiamo affermare che il principio di personalità della responsabilità penale è collegato a quello dei “poteri impeditivi” che si sostanziano nel controllo su una situazione di pericolo per l'integrità del bene e nell'impedimento del fatto di reato.¹⁹¹

¹⁹⁰ ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, pre-art 39, paragrafi 71 e 74. L'autore ritiene che ai fini della responsabilità penale omissiva, sia sempre necessaria per il soggetto la possibilità materiale di agire, non potendo, altrimenti, questa sussistere.

¹⁹¹ FIORELLA A., Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa, Firenze, 1985, p. 201-202.

Per poteri impeditivi deve intendersi quei poteri predisposti dal legislatore in capo a determinati soggetti e volti ad impedire il compimento di un fatto di reato, specificando le modalità e le azioni che questi soggetti devono porre in essere.

10. le forme di responsabilità per omesso impedimento:

10.1 gli obblighi di impedimento dei reati nascenti da rapporti di parentela, convivenza;

Un ambito nel quale trova applicazione la responsabilità per omesso impedimento del reato altrui è rappresentato dalla posizione di garanzia ricoperta da genitori e conviventi.¹⁹²

Esempi di questa responsabilità si trovano nelle pronunce della Corte di Cassazione:

1) nella sentenza della Cassazione del 21 dicembre 1932, Cuccuru la Corte ritiene che il figlio non sia penalmente responsabile dell'omicidio del proprio genitore;

2) la pronuncia della Corte di Cassazione del 31 marzo 1952, Magnani afferma che ciascun coniuge ha l'obbligo giuridico di impedire fatti di reato lesivi della vita e dell'incolumità dell'altro sancito dall'art. 143 c.c.¹⁹³.

L'obbligo giuridico gravante sui genitori nasce dal combinato disposto degli

¹⁹² BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, p. 1352.

¹⁹³ "Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

articoli 433 c.c.¹⁹⁴ e 570, comma 2, c.p.¹⁹⁵.

Tuttavia la Corte di Cassazione ha più volte sottolineato che si debba far riferimento all'art. 2048 c.c.¹⁹⁶. Questo articolo individua una posizione di garanzia in capo ai genitori che hanno di conseguenza l'obbligo giuridico di vigilare sui figli e di evitare che questi pongano in essere fatti di reato.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti di convivenza, una responsabilità del convivente per i reati commessi dall'altro sussiste solo nel caso in cui si tratti di una convivenza stabile e non temporanea. Infatti nella sentenza Cariccia del 13 febbraio 1985, la Corte condannava una donna per la detenzione di sostanze stupefacenti e non invece il convivente in quanto riteneva che "l'obbligo di impedire il fatto illecito altrui non può nascere, da un rapporto di "temporanea convivenza"".

¹⁹⁴ "All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine: il coniuge; i figli legittimi o legittimati o naturali o adottivi, e, in loro mancanza, i discendenti prossimi, anche naturali; i genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi, anche naturali; gli adottanti; i generi e le nuore; il suocero e la suocera; i fratelli e le sorelle germani o unilaterali, con precedenza dei germani sugli unilaterali".

¹⁹⁵ "Le dette pene si applicano congiuntamente a chi: malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge; fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa".

¹⁹⁶ "Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto".

10.2 L'obbligo di impedimento gravante sui pubblici ufficiali;

Per quanto riguarda la responsabilità dei pubblici ufficiali si fa riferimento pubblici amministratori che non hanno posto in essere tutte le procedure necessarie per scongiurare l'evento lesivo.¹⁹⁷

Un esempio di responsabilità per omesso impedimento dell'evento¹⁹⁸ si ha nel caso del notaio che violando quanto disposto dall'art. 28 della legge notarile,¹⁹⁹ accetta atti di compravendita di lotti abusivi, quindi atti espressamente proibiti dalla legge. Il notaio quindi concorre nel reato altrui di lottizzazione abusiva ²⁰⁰.

Un altro esempio di concorso nell'altrui reato, che può essere menzionato in questa sede, vede come protagonista nell'ambito dei reati valutari il direttore di filiale. Questi contravvenendo ad un obbligo sancito dalla legge²⁰¹, aveva volontariamente eluso i controlli e omesso le procedure necessarie per impedire il reato di costituzione all'estero di disponibilità valutarie.

¹⁹⁷ BISORI L., L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane, p. 1355.

¹⁹⁸ Pret. Roma, 13 gennaio 1981, Mennuni; Pret. Civitavecchia, 9 marzo 1982, Garofalo.

¹⁹⁹ "Il notaio non può ricevere atti: se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico (...)"

²⁰⁰ "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato e ferme le sanzioni previste dal precedente art. 15 si applica: l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a lire cinque milioni nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o in assenza della concessione o di prosecuzione di essi nonostante l'ordine di sospensione o di inosservanza del disposto dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni" art. 17, lett. B, l. 28 gennaio 1977, n.10.

²⁰¹ App. Milano, 22 aprile 1986, Novelli.

10.3 L'obbligo di impedimento gravante sulle forze dell'ordine;

Prima di esaminare i confini e le caratteristiche dell'obbligo di impedimento degli appartenenti alle forze dell'ordine, sembra opportuno fare una precisazione; proprio in virtù del ruolo da questi ricoperto nell'ambito della salvaguardia dell'ordine pubblico e del rispetto della legge, tutti gli appartenenti alle forze dell'ordine devono considerarsi in servizio permanente.

Un esempio di quanto fin'ora detto lo si ritrova nella sentenza Santru del 5 maggio 1950. Nel caso di specie, di una rapina commessa da un carabiniere nei confronti di un trasportatore di sale, la Corte considerò colpevole il carabiniere che in licenza aveva assistito inerte alla rapina per concorso nel reato altrui. Un altro esempio²⁰² è quello di una rapina commessa da un carabiniere in danno di due prostitute alla presenza di un altro carabiniere rimasto anche in questo caso inerte davanti al fatto di reato.²⁰³

Ancora, a parere della corte una risposta penale sanzionatoria scatterà anche nei confronti del comandante di polizia carceraria che non si adopera per impedire il massacro nei confronti di alcuni detenuti.²⁰⁴

La Corte di Cassazione ritiene che in questo caso il comandante di polizia carceraria non possa restare inerte e anzi che su di lui "gravi un obbligo di affidamento e un obbligo di vigilanza sulla condotta altrui".

²⁰² App. Firenze, 17 ottobre 1990.

²⁰³ Cassazione, 14 febbraio 1992, Viani.

²⁰⁴ Corte di Assise di Milano, 13 novembre 1952, Maltauro.

10.4 La posizione di garanzia dei medici: psichiatri;

Per quanto riguarda la posizione di garanzia degli psichiatri, occorre fare un breve excursus sull'evoluzione del concetto di pericolosità sociale.

Durante tutto il periodo di applicazione della legge manicomiale (legge 36/1904), si riteneva che compito dello psichiatra fosse non solo quello di curare i pazienti affetti da disturbi della psiche, ma che questi avesse anche una posizione di garanzia e quindi dovesse controllare e vigilare anche sui comportamenti e sulla pericolosità degli stessi.

Successivamente con l'entrata in vigore della legge 180/1978²⁰⁵ la situazione è cambiata in favore della libertà dello psichiatra con l'eliminazione della sua responsabilità per i loro comportamenti.

Tuttavia, nonostante la legge, quindi, prevedesse solo una responsabilità per la salute dei malati, negli ultimi anni molto spesso gli psichiatri sono stati condannati per non aver fatto quanto rientrasse nei loro poteri per evitare la messa in pericolo sia del paziente (suicidio) che dei terzi per aggressioni o addirittura omicidi da questi commessi.

Un esempio emblematico è rappresentato dalla sentenza emessa dal I Tribunale di Bologna.²⁰⁶

Nel caso di specie i giudici si trovarono di fronte ad un omicidio commesso ai

²⁰⁵ Legge Basaglia che ha modificato il sistema della responsabilità dello psichiatra nei confronti del paziente.

²⁰⁶ Trib. Bologna, sezione distaccata di Imola, 23 giugno 2006.

danni di un infermiere da parte di una paziente in cura presso l'ospedale di Bologna per disturbi psichici.

Il Tribunale condanna lo psichiatra affermando che questi oltre a predisporre tutti gli strumenti necessari alla cura del paziente, avrebbe dovuto porre in essere tutte le condotte necessarie affinché la vita del paziente e quella dei terzi che venissero in contatto con lui non fosse in pericolo.

Successivamente, in merito al medesimo caso, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione²⁰⁷. Partendo dal presupposto che in virtù degli artt. 2 e 32 della Costituzione, e quindi del principio di solidarietà, tutti coloro che operano all'interno dell'ospedale²⁰⁸ rivestono il ruolo di garanti per la cura dei pazienti, afferma che il medico per evitare una responsabilità penale omissiva colposa in riferimento ad un delitto doloso del paziente deve tener conto del grado di pericolosità sociale del paziente e garantire che questo non si renda autore di atti pericolosi per la propria e l'altrui incolumità.

²⁰⁷ Cassazione penale, sezione IV, n. 9638/2000.

²⁰⁸ Questo principio è stato confermato da Cassazione penale, sezione IV, n. 9739/2005.

CAPITOLO III

LA VECCHIA CONCEZIONE DELLA RESPONSABILITÀ OMISSIVA DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ.

SOMMARIO: 1. La disciplina precedente alla riforma del diritto societario: – 1.1 la responsabilità omissiva degli amministratori privi di deleghe: il combinato disposto degli art. 40 cpv. c.p. e del previgente art. 2392 c.c. – 1.2 Il caso del “banco ambrosiano”. – 2. La responsabilità penale dei sindaci. – 3. Amministratori di diritto e amministratori di fatto.

1. La disciplina precedente alla riforma del diritto societario:

1.1 la responsabilità omissiva degli amministratori privi di deleghe: il combinato disposto degli art. 40 cpv. c.p. e del previgente art. 2392 c.c.

Prima della riforma del diritto societario, d. lgs. 17 gennaio 2003, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento degli amministratori privi di delega trovava fondamento nell'obbligo di vigilanza sul generale andamento

della società previsto dal previgente articolo 2392 c.c.²⁰⁹, in combinato disposto con l'articolo 40 cpv. c.p.; si sono appalesati, però, casi in cui la posizione di garanzia dei deleganti si è ricavata dalla lettura combinata dell'articolo 40, comma 2, c.p. e dell'art 2385 c.c., così come precedentemente formulato.²¹⁰

Infatti, mentre l'art 2392, comma 2, c.c. disciplina l'obbligo degli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione societaria, l'art. 40 cpv. c.p. sancisce l'obbligo giuridico di impedire l'evento; dalla integrazione di queste due norme deriva, a detta dei giuridici, in caso di violazione dei suddetti obblighi, la responsabilità degli amministratori sia in campo civile che penale.²¹¹

Possiamo senz' altro affermare che antecedentemente alla riforma del diritto societario la disciplina della responsabilità degli amministratori era poco garantista, in quanto imponeva anche agli amministratori sprovvisti di delega, un obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione della società; si riteneva infatti che anche gli amministratori sprovvisti di delega dovessero rispondere dei danni arrecati alla società per i reati commessi dai delegati sussistendo in tal caso una colpa in vigilando:²¹² nel caso di fatti di *mala gestio*,

²⁰⁹ “Gli amministratori devono adempiere i doveri ad esse imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”.

²¹⁰ “Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori”.

²¹¹ Tribunale Milano, 16 aprile 1992.

²¹² PROVERBIO D., Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega, Riv. Trim. dir. pen., 1998, p. 571 ss.

tutti i componenti del consiglio di amministrazione sarebbero stati solidalmente responsabili per aver trasgredito l'obbligo di controllo e vigilanza.

Nell'esaminare il tema della responsabilità degli amministratori senza delega, Proverbio, si discosta in modo netto dall'impostazione dominante e afferma che l'art. 2392, comma 2, c.c. disciplina non solo l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione societaria, ma statuisce anche una responsabilità in caso di inerzia e mancata attivazione degli amministratori in caso di pericolo per la società qualora questi fossero al corrente degli atti pregiudizievoli.²¹³ In questa seconda ipotesi compito degli amministratori era quello di impedire ed evitare conseguenze dannose per la società.²¹⁴

L'autore ritiene che queste due ipotesi differiscono anche sotto l'aspetto dell'elemento psicologico. Mentre nel primo caso si tratta al più di colpa incosciente; l'amministratore non esecutivo aveva il compito di vigilare sull'operato dell'amministratore delegato e rimane inerte per negligenza imperizia, o imprudenza; nel secondo caso invece è necessario il dolo o

²¹³ ACCINNI G.P., Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega, Riv. soc., 1992, p. 1510 ss. e CHIARAVIGLIO G., Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale, Riv. Dott. Comm., 1992, p. 191 ss. appoggiano la tesi enunciata da Proverbio.

²¹⁴ Per quanto invece riguarda l'esonero dalla responsabilità penale omissiva in merito alla posizione degli amministratori di società, la dottrina si divide ulteriormente.

Da una parte, vi era chi riteneva fosse sufficiente rispettare quanto stabilito nell'art. 2391 del codice civile e cioè che gli amministratori, dovessero adempiere i doveri previsti in conformità alla legge e all'atto costitutivo, con la diligenza che caratterizzava la loro carica e che in caso di inosservanza fossero solidalmente responsabili per i danni cagionati alla società. Al comma 3 del suddetto articolo si afferma che "La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale."

Dall'altro lato vi era chi, invece, riteneva che per poter essere esonerati dalla responsabilità fosse necessario porre in essere determinati comportamenti, come ad esempio impugnare le delibere illecite.

quantomeno la colpa cosciente; nonostante l'amministratore sia a conoscenza e quindi consapevole del reato che l'amministratore delegato sta commettendo, non pone in essere nessuna azione finalizzata ad impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose per la società.

Ma v'è di più: l'autore ritiene che solo la seconda ipotesi possa dar vita ad un reato omissivo improprio ex art. 40 cpv. c.p.²¹⁵, in quanto nel primo caso si configurerebbe semplicemente un obbligo generale²¹⁶, l'obbligo giuridico di vigilare, del tutto diverso dall'obbligo giuridico di impedire l'evento che al più avrebbe potuto avere conseguenze sul piano civilistico in particolare risarcitorio.

Tuttavia, né in dottrina né in giurisprudenza questa tesi riscosse successo in quanto sosteneva che l'art. 2392, comma 2, c.c. fosse l'unica disposizione in grado di affermare la responsabilità dell'amministratore non esecutivo che non si era attivato per impedire il compimento di fatti di reato. Tuttavia, in virtù del fatto che la disposizione contenuta nell'articolo appena citato si limita ad imporre un obbligo generale agli amministratori, cioè quello di impedire il compimento di atti dannosi per la società, senza precisare, però, quali debbano i comportamenti che gli amministratori sono tenuti ad avere, risulta difficile limitare la responsabilità degli stessi solo a determinati reati; perciò sembra più opportuno affermare che si trattava di reati dolosi in ambito societario, fallimentare,²¹⁷ tributario²¹⁸ e a volte anche di delitti di truffa,²¹⁹ danneggiamento,²²⁰ reati edilizi²²¹ ovvero delitti commessi durante lo svolgimento di attività di impresa.

²¹⁵ PROVERBIO D., Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega, p. 576.

²¹⁶ PROVERBIO D., Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega, p. 577.

²¹⁷ Cassazione, sezione V, 29 novembre 1990.

²¹⁸ Cassazione, sezione III, 9 aprile 1997.

²¹⁹ Trib. Milano, sez. II, 28 novembre 1987.

²²⁰ App. Milano, 3 maggio 1999.

²²¹ Cassazione, sezione feriale, 31 agosto 1993.

Tuttavia questa dimostrata genericità aveva conseguenze negative anche per quanto riguarda il nesso di causalità; si finiva infatti per attribuire rilevanza penale, e quindi per far sorgere un responsabilità penale omissiva, ogni qual volta gli amministratori non esecutivi non si fossero adoperati per impedire la commissione del reato senza la necessità di un legame eziologico tra la condotta e l'evento²²².

C'è da dire però che nel momento stesso in cui gli amministratori decidono di contravvenire all'obbligo di cui all'art. 2392, comma 2, c.c., inevitabilmente restano avulsi anche da quelle informazioni relative alle notizie circa possibili crimini in corso. Si determina così la mancanza di un presupposto essenziale per la punibilità che si sostanzia nella conoscenza degli atti pregiudizievoli.²²³ Questa decisione definita dal Tribunale di Milano come una "sistematica abdicazione dei doveri di controllo" diventava "segno di connivenza",²²⁴ e come tale rappresenta l'unico strumento per fondare una responsabilità penale concorsuale omissiva in capo ai suddetti.

Essendo però noto che questi reati si presentano solo in forma dolosa, al fine di comprendere anche le ipotesi di colpa cosciente si è dovuto espandere l'ambito applicativo del dolo eventuale.

Tuttavia questo ampliamento del perimetro del dolo eventuale è stato criticato da vari autori, tra cui il già citato Proverbio, che anche in questa occasione si è distaccato dall'impostazione prevalente. Egli, infatti riteneva che nel caso degli

²²² PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, Giur. It., 2010, p.978 ss.

²²³ PROVERBIO D., Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega, p. 578-579; CHIARAVIGLIO, Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale. L'autore ritiene che nel caso di reati dolosi, affinché sussista una responsabilità per omesso impedimento, paradossalmente è necessario che l'obbligo di vigilanza sia stato adempiuto; l'autore afferma che solo in questo caso si verificherebbe quella : conoscenza della situazione tipica che è alla base dell'obbligo giuridico di impedire l'evento: senza conoscenza non vi sarebbe il dolo.

²²⁴ Trib. Milano, 28 novembre 1987.

amministratori che omettono di vigilare sul generale andamento della società, la responsabilità non possa essere dolosa, poiché affinché vi sia un addebito doloso anche se trattasi di dolo eventuale, è necessaria la conoscenza del fatto. Nel caso di specie, invece, il rimprovero che viene mosso all'amministratore consiste nell'aver omissso di "apprendere notizie sulla vita della società".²²⁵

Nonostante le argomentazioni fornite dall'autore fossero convincenti, la giurisprudenza ha mantenuto ferme le sue convinzioni e ha continuato ad affermare che i reati che fondano la responsabilità penale omissiva sono reati commessi con dolo dagli amministratori.

²²⁵ PROVERBIO D., Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega, p. 582-583.

1.2 Il caso del “Banco Ambrosiano”

Abbiamo concluso il paragrafo precedente affermando che, prima della riforma, prassi diffusa era far derivare la responsabilità concorsuale omissiva, dal binomio violazione obbligo di vigilanza-inerzia²²⁶ prescindendo da qualunque valutazione sulla effettiva e concreta partecipazione. Tuttavia, questa impostazione, oltre ad essere stata criticata diffusamente da vari autori tra cui Proverbio, risultava essere in contrasto anche con i principi costituzionali in tema di responsabilità penale, ponendo sullo stesso piano il dolo e la colpa.²²⁷

La prospettiva giurisprudenziale cambia nelle sentenze relative al caso del Banco Ambrosiano²²⁸; viene inaugurata, in questa sede, la teoria dei “segnali d’allarme”²²⁹ come base su cui fondare la responsabilità penale degli amministratori non esecutivi.

Affinché si possa configurare una responsabilità penale omissiva a seguito delle loro condotte, è necessario che gli stessi abbiano percepito una serie di indici rivelatori dell’illecito; questi segnali, avrebbero dovuto indurre l’amministratore

²²⁶ Cass. Pen., sez. V, sent. 27/5/1996, in Riv. trim. dir. pen. econ, 1996, p. 1394.

²²⁷ PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, Giur. It., 2010, p. 978, L’autore per fa fronte alle difficoltà di carattere probatorio che si incontrano nell’ambito della responsabilità penale omissiva, fa riferimento a tipologie del tutto nuove di responsabilità: responsabilità di posizione o per assunzione.

²²⁸ Trib. Milano, 16/4/1992, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995, p. 1477; Corte d’Appello di Milano, sez. II, sent. 10/6/1996, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1998, p. 571; Cass. Pen., sez. V, sent. 14/7/1998, in Cass. pen., 1999, p. 278, 652 e in Cass. pen., 2001, p. 165, 292;

In dottrina CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 1149 ss. esamina il caso del “Banco Ambrosiano”.

²²⁹ Trib. Milano, sez. II, sent. 24/11/1999, in Giur. it., II, 2638.

ad attivarsi e ad impedire l'illecito.

Il caso del Banco Ambrosiano è significativo in relazione alla teoria dei segnali d'allarme, in quanto rappresenta il primo caso in cui nelle motivazioni dei giudici si dà rilievo a questi indici rilevatori che avrebbero dovuto allarmare il consiglio di amministrazione, in merito all'esistenza di una situazione di pericolo per la società.

Pertanto, nel caso di specie, i giudici di merito e in ultima battuta la Corte di Cassazione hanno affermato che rimanendo inerti rispetto al manifestarsi di situazioni indicative di pericolo riguardanti la gestione, gli amministratori abbiano implicitamente accettato il rischio del verificarsi del crack.

Nonostante questa teoria fosse stata elaborata per colmare le lacune della precedente, non mancano le critiche che ne sottolineano i limiti.

Il primo limite è costituito dalla genericità e indeterminatezza nella descrizione delle caratteristiche di questi indici rivelatori di un illecito ai fini della prova dell'esistenza del dolo al di là di ogni ragionevole dubbio.

Il secondo limite è rappresentato dal fatto che, in maniera errata, si è ritenuto che il semplice manifestarsi di situazioni indicative di allarme e irregolarità e il fatto che siano state percepite, fossero condizioni sufficienti anche ai fini dell'accertamento dell'altra faccia della stessa moneta (dolo) ovvero la volizione del fatto illecito.

Il Banco Ambrosiano, nato durante l'età giolittiana, 1896, con sede a Milano, è stata una delle principali banche private italiane. Si trattava di una banca privata cattolica perciò oltre ad essere preferita dai ricchi borghesi italiani in particolare lombardi, era anche la banca delle diocesi lombarde. Proprio in virtù di questa spiccato senso religioso, i dipendenti dovevano consegnare, una volta assunti, il certificato di battesimo e un atto di fede redatto dal proprio parroco.

Assunto come dipendente, Roberto Calvi ben presto divenne un personaggio di rilievo all'interno della banca; prima amministratore delegato, poi vicepresidente e infine nel 1975 presidente.

Con Calvi presidente, il Banco Ambrosiano toccò l'apice del suo prestigio e della sua solidità economica. Le crisi non stentaronò, però, a farsi sentire; la prima, a seguito di anomalie evidenziate dai funzionari della Banca d'Italia, fu fronteggiata con iniezioni di capitali dalla BNL e dall'ENI. Ancora l'ENI fu protagonista del secondo salvataggio versando nelle casse del Banco Ambrosiano una cifra pari a 50 milioni di dollari.

Il crollo del Banco Ambrosiano si ebbe nel 1981 a seguito della scoperta di evidenti ed importanti infiltrazioni al suo interno della loggia massonica P2, che lo proteggeva; Calvi fu arrestato e condannato per aver commesso numerosi reati valutari e si impiccò sotto il Blackfriars Bridge a Londra. Lo IOR versò solo 250 milioni di dollari a fronte di debiti pari a 1.200 miliardi di lire.

Nel 1982, il Banco Ambrosiano venne rifondato da un gruppo di banche pubbliche (BNL, IMI, Istituto San Paolo di Torino) e private (Banca Cattolica del Veneto, Banca Popolare di Milano, Banca San Paolo di Brescia, Credito Emiliano e Credito Romagnolo); furono acquistate banche del Mezzogiorno e il nuovo Banco Ambrosiano si fuse con la Banca Cattolica del Veneto e di Vicenza dando vita al Banco Ambrosiano Veneto.²³⁰

L'intera vicenda, nella sentenza in esame,²³¹ è stata analizzata da Crespi secondo

²³⁰ PELLEGRINI C.B., Storia del banco ambrosiano: fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982, 2002.

²³¹ Trib. Milano, 16 aprile 1992 scrive che: "Gli indicatori della sistematica violazione del dovere di vigilanza non possono che essere valutati nel loro convergente e univoco significato, resistendo alla tentazione dell'utilizzo di una tecnica logico-interpretativa assolutamente inaccettabile, volta a enucleare e superare, svilendone l'intrinseca univocità, i singoli elementi, e prescindendo

un punto di vista strettamente penale. Egli mise in luce le contraddizioni dell'elemento psicologico sottolineando come la responsabilità penale degli amministratori per i reati di bancarotta fraudolenta si sia fondata proprio sul fatto che gli stessi erano rimasti inattivi davanti al reiterarsi degli illeciti ai danni del patrimonio²³².

Secondo l'autore in questo caso si sarebbe al più potuto scorgere una responsabilità civile ma non dolosa.

Addirittura Crespi afferma che tutto ciò si trova in contrasto con i "principi di diritto e le più elementari regole morali";²³³ l'autore infatti ritiene che la manifestazione e la conseguente percezione da parte dell'amministratore di un indice rivelatore dell'illecito in itinere non può configurarsi *ex se* penalmente rilevante a meno che non vi sia stata la dimostrazione dell'idoneità di quei segnali a determinare l'evento lesivo e l'accettazione del rischio del loro verificarsi da parte degli stessi. Nel caso in cui questi ultimi due elementi non vengano riscontrati non si può fondare una responsabilità penale per delitto doloso ma semplicemente una responsabilità civile.²³⁴

Mentre precedentemente il piano della colpa e quello del dolo erano chiaramente distinti, nelle sentenze in esame, si evince invece per la giurisprudenza l' "irrilevanza della concreta rappresentazione dell'evento dannoso o pericoloso, dal momento che la ragionevole possibilità di rilevare l'altrui condotta illecita deve ritenersi, ormai, senz'altro equiparata alla consapevolezza

completamente, e invero un po' rozzamente, dall'unico processo logico ammesso nella ricostruzione di qualunque fatto processualmente soggetto a valutazione, vale a dire l'esame congiunto e comparato dei vari indizi, al fine di verificare l'esistenza di assonanze induttive tali da eliminare alla fine qualunque psicologista addebitato all'imputato in punto di sussistenza dell'elemento psicologico del reato".

²³² CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1149.

²³³ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1151.

²³⁴ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1153.

concretamente raggiunta di quell'illecito".²³⁵

A seguito della confusione tra il piano della colpa e quello del dolo, "si va contrabbandando come dolo ciò che in realtà è soltanto applicazione non richiesta di una non prevista responsabilità oggettiva per fatto altrui",²³⁶ che l'autore afferma che le argomentazioni della giurisprudenza sono assolutamente contrarie ai principi di diritto: questa commistione ha consentito di muovere agli amministratori un rimprovero per dolo sulla base della locuzione "non potevano non sapere" dato il ruolo rivestito all'interno della società, considerando la loro omissione come implicita accettazione del rischio. La decisione di primo grado è stata confermata anche in Appello; i giudici di secondo grado ritenevano che la violazione dell'obbligo contenuto nell'art. 2392, comma 2, c.c. potesse giustificare e legittimare il sorgere di una responsabilità solidale degli amministratori sia in campo civile che penale.²³⁷

Nella sua analisi Crespi affronta anche il tema dei segnali d'allarme e dei modi di porsi nei confronti degli stessi.

L'autore parte dal presupposto che affinché si possa muovere un rimprovero penale è necessario che il soggetto rimanga "scientemente inerte" di fronte al manifestarsi dei segnali d'allarme. Nel caso in cui invece il soggetto rimanga inerte in quanto non ha riconosciuto e percepito per colpa gli indici rivelatori dell'illecito in itinere, o se anche avendo la possibilità di percepirli, non abbia fatto quanto in suo potere per impedire il fatto di reato e adempiere al dovere di vigilanza ex art. 2392, comma 2, c.c., l'addebito potrà essere esclusivamente colposo.

La Corte di Cassazione²³⁸, ha seguito l'impostazione dei giudici di primo grado e

²³⁵ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1152.

²³⁶ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1149.

²³⁷ App. Milano, 10 giugno 1996.

²³⁸ Cassazione, 22 aprile 1998.

d'appello ed è andata oltre affermando che l'amministratore non esecutivo fosse al corrente degli atti illeciti posti in essere dall'amministratore delegato e che non abbia fatto nulla per impedire la commissione del reato. A parere della Corte, vi sono una serie di indici quali ad esempio l'essere stati solidali con l'amministratore delegato, non aver mai preso una iniziativa per far fronte alla situazione di pericolo, che fanno propendere per un'unica soluzione: la colpevolezza degli amministratori.

La corte nella sua analisi non tiene conto delle condotte tenute di volta in volta dai singoli amministratori, ma arriva alla suddetta conclusione sulla base dell'id quod plenumque accidit che "con l'accertamento del dolo non ha assolutamente nulla a che spartire".²³⁹

Anche la Corte fonda la colpevolezza alla locuzione "non potevano non sapere", ritenendo che, sempre e comunque gli amministratori siano e debbano essere informati sulle operazioni in corso di svolgimento nell'ambito societario.²⁴⁰

Tuttavia, il ragionamento della Corte pare non poter essere condiviso per quanto riguarda l'elemento soggettivo.

La Corte, "passando disinvoltamente dal piano della possibilità al piano dell'attualità psicologica, quasi fossero unum et idem", non fa altro che "rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo".²⁴¹

²³⁹ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1159.

²⁴⁰ CRESPI A., La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1999, p. 1149 afferma che anche nel caso in cui l'amministratore non prenda parte al consiglio di amministrazione potrà essere ritenuto responsabile per le condotte illecite poste in essere e i danni arrecati alla società. L'autore, infatti, scrive che se l'amministratore avesse partecipato con la diligenza tipica del suo incarico, alle riunioni, avrebbe avuto modo di impedire che gli illeciti in danno della società si verificassero.

²⁴¹ PEDRAZZI C., Tramonto del dolo?, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2000, p. 1265 ss.

2. La responsabilità penale dei sindaci

Giusto è, a questo punto, concentrare la nostra attenzione anche su un altro aspetto che va di pari passo con quello precedentemente analizzato: la responsabilità penale dei membri del collegio sindacale.

In questo ambito la giurisprudenza si è mostrata sin da subito propensa a fondare la responsabilità penale dei sindaci su base civilistica, come d'altronde per gli amministratori; il riferimento era agli artt. 2403²⁴² e 2407 c.c.²⁴³, che si riteneva fondassero l'obbligo giuridico di impedire il fatto illecito: ai membri del collegio sindacale "è attribuita una posizione di controllo e di garanzia che impone loro, in ogni caso, l'obbligo giuridico di impedire che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, compiano atti contrari alla legge, o addirittura atti sanzionati dalla legge penale".²⁴⁴

²⁴² "Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'art.ò 2409 bis, terzo comma".

²⁴³ "i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394 bis e 2395".

²⁴⁴ Cassazione, sezione V, 26 giugno 1990; Cassazione, sezione V, 29 febbraio 1991; Trib. Milano, 16 aprile 1992; Trib. Lecce, 30 novembre 1993.

L'attribuzione di una funzione di garanzia, concentra in capo ai sindaci una serie di poteri del tutto simili a quelli conferiti agli amministratori; si tratta di poteri idonei ad evitare la messa in pericolo o la lesione di interessi penalmente protetti. L'ordinamento non descrive né indica le modalità, né le attività che i sindaci devono porre in essere rilevando solo l'idoneità a salvaguardare questi determinati beni.²⁴⁵

Questa attribuzione determina che, anche per i sindaci, sarà applicabile l'art. 40 cpv. c.p. e potrà sorgere una responsabilità penale omissiva.²⁴⁶

Il fondamento di questa responsabilità lo si rinviene nell'art. 2403 c.c. che sancisce per i sindaci l'obbligo di "vigilare sull'osservanza della legge". Questo specifico compito attribuito al collegio sindacale svolge la funzione importante di delimitare il raggio d'azione della posizione di garanzia degli stessi. I sindaci non sarebbero responsabili per qualsiasi tipo di reato commesso dagli amministratori; avrebbero rilevanza penale solo quelle ipotesi rientranti nell'attività di vigilanza.

Si tratta per lo più di reati di impresa. Si fa riferimento non solo a reati quali false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c., divulgazione di notizie sociali riservate, prestiti e garanzie della società e manovre fraudolente sui titoli della società, ma anche a reati che possono essere commessi esclusivamente dai sindaci e solo a questi attribuibili in termini di responsabilità penale; questi sono ad esempio, l'omessa convocazione dell'assemblea nel caso in cui gli amministratori non vi abbiano provveduto o anche nel caso di cui all'art. 2408 c.c., l'omessa richiesta al tribunale per l'acquisto di azioni o quote di società controllate di cui all'art. 2359 bis, comma 3, c.c., o ancora nel caso di acquisto illegittimo di azioni proprio ex art. 2357, comma 4, c.c.

²⁴⁵ STELLA F., PULITANÒ E., La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, p. 558.

²⁴⁶ Trib. Lecce, 30 novembre 1993.

Molto importanti sono anche i reati di bancarotta sia semplice che fraudolenta e i reati edilizi.

Alla giurisprudenza sono state mosse varie critiche; in primo luogo in virtù della natura, appunto, collegiale dell'organo si riteneva che questo contraddicesse con quanto stabilito nell'art. 27 della Costituzione e quindi con il principio di personalità della responsabilità penale. Al fine di superare questo contrasto la Corte di Cassazione ha stabilito che il sindaco può e deve intervenire, nel caso in cui gli amministratori pongano in essere condotte *contra legem*, anche *uti singulus*, senza che l'appartenenza ad un organo collegiale possa far venir meno i poteri a questi singolarmente attribuiti dalla legge.²⁴⁷

La seconda critica riguardava il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci e la commissione di fatti di reato da parte degli amministratori. Veniva contestato di non procedere ad un'attenta e critica analisi circa la reale sussistenza di un legame eziologico, ma al contrario di desumerlo sulla base di valutazioni prive di alcun fondamento giuridico. Vale la pena far menzione di una sentenza della Suprema Corte nella quale si afferma che il nesso causale non può essere accertato sulla base di regole statistiche o probabilistiche ma deve essere frutto di una analisi giuridica che assicuri la certezza quasi assoluta della sussistenza dello stesso essendo questo un elemento fondamentale nell'adibito di responsabilità penale.²⁴⁸

Altro aspetto da esaminare è quello relativo all'elemento psicologico. Anche in questo caso, come abbiamo visto per gli amministratori di società, sorgono problemi di coordinamento tra il piano della colpa e quello del dolo, e tra quello

²⁴⁷ PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, p. 984.

²⁴⁸ Cassazione, sezione V, 21 novembre 1989; Cassazione, sezione V, 19 giugno 1992.

della responsabilità civile e quello della responsabilità penale.²⁴⁹ Questo perché mentre nel caso della responsabilità civile avremo un addebito colposo, in ambito penale si tratta di delitti dolosi.²⁵⁰

Anche in relazione alla responsabilità penale dei sindaci Crespi, riteneva che dovesse trattarsi di una responsabilità esclusivamente colposa, nessun addebito doloso. Tuttavia questa impostazione si poneva in contrasto con l'art. 42, comma 2, c.p. 251 che precisa, appunto, che, per i delitti il criterio generale di imputazione della responsabilità penale è il dolo e che solo il legislatore può derogarvi, esplicitamente, prevedendo per un delitto sia l'ipotesi dolosa che colposa.

In posizione diametralmente opposto rispetto all'autore si pone la giurisprudenza che facendo leva sul citato principio sostiene che non possa in queste ipotesi configurarsi la colpa ma che al contrario il rimprovero deve essere doloso.

La giurisprudenza, altresì, ritiene che determinate circostanze, quali ad esempio l'assenteismo, la mancata attivazione o la mancata percezione dei segnali d'allarme, siano tutte indici rivelatori del dolo²⁵² in particolare del dolo eventuale inteso come "accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, non voluto, ma previsto come possibile".²⁵³ È proprio la mancata attivazione ad essere condizione necessaria e sufficiente per far scaturire un addebito di natura dolosa.

Così come per gli amministratori, anche per i sindaci si faceva riferimento alla

²⁴⁹ STELLA F., PULITANÒ E., La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, p. 567.

²⁵⁰ STELLA F., PULITANÒ E., La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, p. 567.

²⁵¹ "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge".

²⁵² STELLA F., PULITANÒ E., La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, p. 568.

²⁵³ Trib. Lecce, 30 novembre 1993.

locuzione “non potevano non sapere”; infatti in base alla posizione rivestita da questi all’interno della società, ma anche ad altre circostanze quali ad esempio la particolarità della stessa veniva graduata la diligenza e i poteri loro conferiti²⁵⁴

²⁵⁴ Trib. Milano, 24 agosto 1994.

3. Amministratori di diritto e amministratori di fatto.

Altro ed importante ambito da analizzare è quello della responsabilità penale concorsuale omissiva dell'amministratore di diritto per i reati commessi dall'amministratore di fatto.

Prima di esaminare questo tema è necessario fare una precisazione. Partendo da presupposto che, come abbiamo già visto per gli amministratori e i sindaci, la disciplina penale si modella su quella civile pur essendo entrambe autonome, l'art. 2639 c.c. equipara l'amministratore di fatto a quello regolarmente in carica.

Secondo dottrina e giurisprudenza, affinché un amministratore possa essere di fatto è necessario che:

- a) non vi sia stata un'investitura assembleare;
- b) che eserciti l'attività in maniera continuativa;
- c) che non siano subordinati alle decisioni degli amministratori di diritto.

Il requisito principale è quello della "continuità dell'attività di gestione" che cerca di sopperire alla mancanza di tassatività dovuta al fatto che non vi sia stata alcuna investitura.

Tuttavia nonostante qualora questa manchi l'amministratore di fatto non risponde per i reati commessi come extraneus, ma come intraneus.

Un'altra precisazione da fare riguarda quella che Alessandri²⁵⁵, definisce brillantemente "successione dei garanti".

L' autore opera dei distinguo in relazione ai modi di operare distinti:

a) i casi in cui è la legge extrapenale ad attribuire poteri e doveri ad un determinato soggetto: impostazione formale.

b) i casi in cui si prescinde dal dato formale della legge per dare rilievo solo alla funzione effettivamente svolta dal soggetto. Analizzando l'ipotesi di reato si dà rilievo penale alla condotta richiamata nello stesso e quindi si attribuisce la responsabilità a chi effettivamente ha svolto quella funzione: impostazione funzionale.

Dottrina e giurisprudenza propendono per il secondo criterio affermando che rileva solo ciò che effettivamente si è svolto mentre l'autore precisa che la responsabilità concorsuale per reati commessi da altri soggetti non può prescindere da una attribuzione formale mediante investitura²⁵⁶ delle competenze e dei poteri e quindi basarsi sulla semplice omissione di determinate funzioni;²⁵⁷

Questa precisazione è strumentale alla definizione di amministratore di fatto. Si tratta di soggetti cui l'ordinamento attribuisce una funzione di salvaguarda di determinati interessi.

Tuttavia accanto a questi soggetti vi sono anche gli amministratori di diritto "testa di paglia" che hanno invece l'obbligo giuridico, fonte di una responsabilità

²⁵⁵ ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penale)*, p. 202-203

²⁵⁶ DI AMATO A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 68. L'autore sostiene che l'obbligo giuridico di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p., debba necessariamente andare di pari passo con le norme del codice civile che in materia disciplinano l'investitura formale dei sindaci e i loro poteri, nonché doveri.

²⁵⁷ DI AMATO A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 67

concorsuale omissiva, di vigilare sull'operato, sulle condotte, e sulle funzioni concretamente svolte da chi gestisce la società²⁵⁸ e quindi di impedire che vengano poste in atto condotte pregiudizievoli per la stessa ex art. 2391, comma 2, c.c..

Però, mentre la situazione è pacifica nel caso in cui vi sia un accordo esplicito tra i due soggetti, qualora questo manchi sorgono problemi²⁵⁹.

Nel primo caso, infatti si avrà semplicemente un concorso di persone nel reato.²⁶⁰

I problemi riguardano la posizione dell'amministratore di diritto. La giurisprudenza²⁶¹, riteneva che l'art. 2392, comma 2, c.c. fosse alla base della posizione di garanzia dell'amministratore di diritto. Questo infatti, ai sensi del suddetto articolo veniva investito dell'obbligo di vigilanza sul corretto andamento della gestione societaria e pertanto questi soggetti sarebbero stati responsabili a titolo di concorso per il mancato impedimento dei fatti di reato.²⁶²

Sulla scorta delle sentenze della Corte di Cassazione del 2000 considerevoli passi avanti²⁶³ si erano fatti per ciò che riguarda il nesso di causalità tra l'omissione dell'amministratore di diritto e il reato dell'amministratore di fatto. Occorreva, a tal proposito, dimostrare con un margine di probabilità prossimo alla certezza, che nel caso in cui l'amministratore di diritto si fosse adoperato per evitare il compimento dell' illecito, questo non si sarebbe verificato.

Nell'ambito dell'elemento soggettivo si sono contrapposti numerosi orientamenti tutti portatori di argomentazioni differenti:

²⁵⁸ DI AMATO A., Manuale di diritto penale dell'impresa, Bologna, 2000, p. 66

²⁵⁹ PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, p. 983.

²⁶⁰ Cassazione, sezione V, 27 maggio 1996.

²⁶¹ Cassazione, sezione V, 5 febbraio 1998.

²⁶² ALESSANDRI A., Impresa (responsabilità penale), p. 208.

²⁶³ Trib. Pescara, 19 marzo 2002.

a) una scuola di pensiero²⁶⁴il cui portavoce è Alessandri, ritiene che la mancata attivazione dell'amministratore di diritto, che nulla abbia fatto per impedire il verificarsi di eventi lesivi per la società, in quanto violazione dell'obbligo di controllo imposto dall'art. 2392, comma 2, c.c., determini la sussistenza di una responsabilità penale; in tal caso l'amministratore infatti contravviene all'obbligo di adempiere con diligenza i propri doveri e perciò può essergli mosso un rimprovero colposo.²⁶⁵

b) Un secondo orientamento ritiene invece che l'addebito debba essere fatto a titolo di dolo eventuale. È necessario, perché si possa configurare quindi una responsabilità concorsuale dolosa, che l'amministratore non solo abbia accettato l'incarico e quindi abbia assunto i poteri inerenti quella funzione, ma è altresì necessario che nonostante fosse a conoscenza di quanto disposto dall'art. 2392, comma 2, c.c. abbia ommesso di vigilare sul comportamento dell'amministratore di fatto, accettando il rischio che l'amministratore di fatto mettesse in pericolo la società. ²⁶⁶

c) Pelissero fonda una nuova scuola di pensiero che distingue nettamente il piano dell'elemento oggettivo da quello dell'elemento soggettivo²⁶⁷; infatti egli afferma che la responsabilità penale omissiva degli amministratori si fonda sul combinato disposto degli artt. 2392 c.c. e 40 cpv. c.p. e che, il rimprovero che ne deriva è esclusivamente doloso.²⁶⁸

Anche il Tribunale di Arezzo ha appoggiato queste argomentazioni affermando che in caso di violazione del disposto di cui all'art. 2392, comma 2, c.c. si potrà avere solo un rimprovero colposo. Affinchè sussista il dolo è necessario un nesso

²⁶⁴ Cassazione, sezione V, 7 luglio 1992; Cassazione, sezione V, 19 settembre 1992; Cassazione, sezione V, 28 giugno 1993; Cassazione, sezione V, 6 settembre 1993.

²⁶⁵ ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penale)*, p. 208.

²⁶⁶ Cassazione, sezione III, 9 aprile 1997; Cassazione, sezione V, 6 maggio 1999.

²⁶⁷ PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, p. 984.

²⁶⁸ Cassazione, sezione V, 20 ottobre 1994.

eziologico tra l'omissione e l'evento o fatto di reato;²⁶⁹

Questa impalcatura è stata modificata dalla riforma del 2003. Precedentemente la situazione era caratterizzata da un diffuso grado di incertezza dovuta al fatto che il diritto penale si legava alla normativa extrapenale e in particolare civile che non si conciliava con i principi tipici del diritto penale: principio di tassatività e principio di determinatezza.

²⁶⁹ Trib. Arezzo, 5 febbraio 2008.

CAPITOLO IV

LE FORME DI RESPONSABILITÀ PER OMESSO IMPEDIAMENTO DI ALTRUI REATI NEL NUOVO ORDINAMENTO SOCIETARIO.

SOMMARIO: 1. La riforma del diritto societario: linee generali e riflessi in ambito penale del d.lgs n. 6 del 2003. – 1.1 Amministratori non esecutivi: la posizione di garanzia.. – 1.2 Il nesso causale tra la condotta e gli illeciti societari. – 2. La moderna concezione della responsabilità dell'amministratore di società: – 2.1 il primo passo verso il ritorno al dolo: Bipop Carire. – 2.2 Il dolo dei controlli come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione della c.d. Credito Commerciale Tirreno. - 3 La responsabilità omissiva dei sindaci. - 4. Amministratori e gruppi di società: responsabilità, poteri e doveri. - 5. Amministratori di diritto e amministratori di fatto. – 6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

1. La riforma del diritto societario: linee generali e riflessi in ambito penale del d.lgs n. 6 del 2003.

Nel solco tracciato dalla legge delega 366 del 2001, che perseguiva l'obiettivo di implementare la "la nascita, la crescita e la competitività"²⁷⁰ delle imprese operanti sul territorio, la riforma del 2003, ha del tutto rinnovato la disciplina delle società.

Questo studio ha lo scopo di esaminare le forme di responsabilità per omesso impedimento degli altrui reati alla luce delle modifiche apportate dal d. lgs. 6 del 2003.

²⁷⁰ Legge 366/2001, art. 2, comma 1, lett. a.

Occorre puntualizzare che il legislatore interviene per modificare l'impianto societario in ambito organizzativo, al fine di consentire una più efficiente gestione²⁷¹ in modo tale da rendere la disciplina codicistica concretamente applicabile alle fattispecie di responsabilità degli amministratori.²⁷²

Il legislatore del 2003, ha una duplice priorità; quella di ridare centralità al consiglio di amministrazione e quella di delineare meglio, in relazione allo stesso, le competenze dei delegati e i doveri loro imposti.²⁷³

Proprio in merito a ciò, spicca l'art. 2381 c.c.²⁷⁴, che, in maniera precisa e

²⁷¹ Legge 366/2001, art. 4, comma 2, lett. b.

²⁷² BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, in *Ind. pen.*, 2012, p. 85.

²⁷³ BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, in *Ind. pen.*, 2012, p. 85

²⁷⁴ "Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis.

Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

assolutamente chiara, indica quelli che sono i poteri-doveri degli organi delegati²⁷⁵ e deleganti.^{276 277}

Occorre, a questo punto, procedere all'analisi dei poteri e dei doveri dei delegati di cui al comma 5 del suddetto articolo. Lo stesso infatti prevede che questi, nel caso di una delega totale, non solo curino che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" ma anche che informino periodicamente, almeno semestralmente consiglio e collegio sindacale in merito al generale andamento della gestione societaria e alle operazioni di maggior rilievo per la stessa. Questo dovere di informazione oltre ad avere una rilevanza in merito alla gestione stessa della società per quanto riguarda il coordinamento tra i vari organi, rileva anche ai fini di quella che Ferri jr. definisce brillantemente "ripartizione verticale"²⁷⁸ delle competenze; ciò perché ai fini di un'efficiente gestione dell'impresa sociale è necessario che i delegati informino il consiglio e che questi valuti, sulla base delle informazioni ricevute, le operazioni da compiere²⁷⁹.

²⁷⁵ "Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate".

²⁷⁶ "Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione".

²⁷⁷ "Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

²⁷⁸ FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in Riv. dir. comm., 2003, p.635.

²⁷⁹ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 244.

L'art. 2381 del codice civile, infatti, al comma 6 recita che “gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato”.

Possiamo quindi affermare, leggendo l'art. 2381 del codice civile in combinato disposto con l'art. 2392, comma 2 c.c., che l'obbligo di vigilanza degli amministratori privi di delega trova la sua essenza nel summenzionato articolo e che la responsabilità degli stessi si concretizza solo in caso di adempimento degli stessi agli obblighi da questo previsti.

Il legislatore crea così un impianto societario, del tutto rinnovato, nel quale gli amministratori in seno al consiglio devono cooperare tra loro e questa cooperazione trova nel dovere di informazione il suo punto di forza.²⁸⁰ Tuttavia è opportuno sottolineare che la responsabilità, la retribuzione e i poteri degli amministratori saranno diversi in considerazione della circostanza che siano o meno delegati.²⁸¹

Il secondo aspetto da analizzare riguarda la responsabilità degli amministratori non esecutivi, alla luce delle modifiche che la riforma ha apportato all'art. 2392 c.c.²⁸²

²⁸⁰ BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, in *Ind. pen.*, 2012, p.85

²⁸¹ BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, in *Ind. pen.*, 2012, p.86-87.

²⁸² “Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, 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 responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”.

Per procedere nell'analisi, diventa fondamentale riportare il vecchio testo del suddetto articolo: "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso le società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidamente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione e se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o attuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale." Il nuovo articolo invece recita che: " gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico delle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381, 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 responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale."

Dalla lettura dei due articoli si evincono numerose differenze;

a) in primo luogo infatti la diligenza degli amministratori, stando alla lettura del riformato articolo, deve legarsi ad indici del tutto nuovi: la “natura dell’incarico” e le “specifiche competenze” dei consiglieri stessi; da questo deriva che una responsabilità dell’amministratore sussisterà solo nel caso in cui egli avrà violato i doveri imposti dalla legge o dallo statuto per mancata diligenza.

Per quanto riguarda la natura dell’incarico occorrerà valutare “le specificità dell’incarico in concreto conferito al singolo componente dell’organo amministrativo, e nel dettaglio verificare se si tratti di amministratore con funzioni di presidente, di amministratore con deleghe, di membro del comitato esecutivo ovvero di amministratore non esecutivo”²⁸³

In merito alle specifiche competenze, il discorso è diverso in quanto occorre prendere in considerazione il singolo amministratore e valutare le sue attribuzioni, conoscenze, capacità nell’ambito delle dinamiche gestionali della società.

Proprio in virtù delle specifiche attribuzioni di ognuno, la responsabilità del singolo amministratore sarà circoscritta, direi quasi isolata, agli atti di propria competenza escludendo quindi quella per atti propri del consiglio o quella per funzioni attribuite ad altri amministratori. Infatti all’interno della società vi sono incarichi diversi affidati ad amministratori diversi con poteri e doveri non uguali.

b) contrariamente al passato, il legislatore del 2003, inserisce il riferimento all’art. 2381 del codice civile, eliminando del tutto il precedente dovere di vigilanza che gravava sugli amministratori.²⁸⁴

²⁸³ AA. VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013, p. 8.

²⁸⁴ Possiamo dire, in conformità alla sentenza n. 23838 del 2007, che se da un lato, la riforma ha legato l’imputabilità di un illecito a parametri del tutto nuovi

La responsabilità sorge solo nel caso in cui il soggetto è a conoscenza dell'illiceità dell'atto e che ha la possibilità materiale di agire per impedirla. Occorre esaminare questi due aspetti.

Per ciò che riguarda la conoscenza, questa può essere sia quella riguardante l'esercizio delle funzioni sia quella meramente occasionale e fortuita²⁸⁵; inoltre l'amministratore può sia acquisire concretamente ed effettivamente la notizia sia restare all'oscuro dell'illecito per sua colpa ovvero per negligenza, imprudenza o imperizia. 286

Per ciò che attiene, invece, la possibilità materiale di agire, la dottrina si è divisa. Infatti la dottrina maggioritaria ritiene che l'amministratore non possa agire autonomamente ma che il potere di agire spetta al consiglio d'amministrazione.²⁸⁷

Un'altra parte, invece, ritiene che debba essere l'amministratore uti singuli ad intervenire.²⁸⁸

che richiedono un'analisi più attenta e prestante, dall'altro ha eliminato il generale dovere di vigilanza lasciando più liberi gli amministratori privi di deleghe.

²⁸⁵ Sia la giurisprudenza che la dottrina si sono pronunciate su questo argomento; la Corte di Cassazione, nella sentenza 42519 del 2012 ha affermato che ai fini della sussistenza di una responsabilità penale è necessaria la conoscenza. La corte continua affermando che occorre prescindere dalle modalità o dalle sedi in cui si è appresa la notizia.

Infatti lo stesso articolo 2392 del codice civile al secondo comma, recita che "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" senza specificare le modalità di acquisizione della notizia relativa al fatto di reato. In dottrina invece SALAFIA V., Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario, in *Le soc.*, 2006, p. 294.

²⁸⁶ SALAFIA V., Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario, p. 294.

²⁸⁷ SALAFIA V., Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario, p. 294.

²⁸⁸ Cassazione penale, sezione V, 5 NOVEMBRE 2008, N. 45513;

Tuttavia è bene sottolineare e ricordare, che la riforma eliminando il generale obbligo di vigilanza non ha previsto anche un'esenzione da responsabilità; ciò è confermato anche dal riferimento all'art. 2381 del codice civile che prevede che gli amministratori deleganti controllino e vigilino sull'operato dei delegati e nel caso di irregolarità chiedano chiarimenti.

c) Questo punto, si differenzia dagli altri, in quanto non si pone in contrasto con la vecchia formulazione dell'art. 2392 del codice civile ma al contrario lo riprende specularmente. Al sesto comma infatti è prevista una cosiddetta clausola di salvezza che quindi prevede che l'amministratore che essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale, vada esente da responsabilità.

Come abbiamo già detto, l'amministratore diventa, in un certo qual modo, titolare di una posizione di garanzia per la tutela, protezione, efficienza e correttezza dell'impresa sociale. In tal senso, quindi, diviene fondamentale l'art. 40 cpv. c.p. che è alla base delle suddette posizioni e che pur operando un "rinvio in bianco" dovrebbe indicare e disciplinare gli obblighi degli amministratori non esecutivi.

Tuttavia, con la riforma del 2003, nei fatti, il legislatore ha eliminato quel generale obbligo di vigilanza e ciò ha portato a circoscrivere l'ambito della posizione di garanzia e quindi della responsabilità dell'amministratore solo alle ipotesi in cui sia rimasto inattivo nonostante fosse a conoscenza dell'illiceità del fatto/atto in virtù delle informazioni che gli erano state fornite o dei cosiddetti "segnali d'allarme" o indici rivelatori dell'illecito in itinere.²⁸⁹

²⁸⁹ BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, p. 89.

In merito di esprime anche il Gup di Brescia. Egli ritiene che venuto meno quel generale obbligo di vigilanza che caratterizzava l'impianto societario prima del d. lgs. 6 del 2003, il compito degli amministratori sarà semplicemente quello di analizzare, valutare e approvare le relazioni degli amministratori delegati e

È indispensabile per affermare la responsabilità penale omissiva degli amministratori deleganti, dimostrare che le informazioni siano state effettivamente ricevute dagli stessi o che abbiamo percepito, secondo la diligenza dell'amministratore medio, i segnali d'allarme che si sono manifestati. ²⁹⁰

Per quanto riguarda l'elemento psicologico si ritiene che la responsabilità dolosa possa comprendere anche quella per dolo eventuale nel caso in cui l'amministratore nonostante abbia ricevuto le informazioni da parte degli organi delegati, o abbia percepito il manifestarsi di indizi rivelatori dell'illecito, ometta di agire e impedire l'evento dannoso per la società per negligenza imprudenza o imperizia.²⁹¹

"l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e i piani strategici, industriali e finanziari, quando elaborati".

²⁹⁰ Cassazione penale, sezione V, 16 aprile 2009, n. 36595; Cassazione penale, sezione V, 28 aprile 2009 n. 21581. In questa sentenza la Corte, a conferma dell'importanza della conoscenza ai fini della responsabilità penale, afferma che questa sorge nel caso in cui l'amministratore pur essendo a conoscenza del reato che si sta per realizzare e pur disponendo dei poteri necessari per impedirlo, rimane inerte lasciando che l'illecito venga perpetrato. Tuttavia, l'accusa, in giudizio, per dimostrare la responsabilità penale omissiva dovrà dimostrare che i segnali d'allarme si siano mostrati palesemente, che si trattasse di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito e che fossero così lampanti e anomali da non poter non essere percepiti dall'amministratore.

²⁹¹ Cassazione penale, sezione V, 5 novembre 2008, n. 45513.

1.1 Amministratori non esecutivi: la posizione di garanzia.

Nel 2001, si verificarono una serie di scandali finanziari che scossero notevolmente il sistema societario; si trattò di una vera e propria “onda anomala”²⁹² con conseguenze esiziali in tutto il mondo senza che fosse possibile trovare una soluzione.

Gli studiosi di questi fallimenti ne hanno evidenziato le cause principali ritenendo che alla base ci fosse un “fallimento dei sistemi di controllo interno”²⁹³. Dall’altro lato emergeva, invece, in contraddizione a questa inadeguatezza e inefficienza dei controllori, un’apparente conformità delle società alla legge e alle regole di corporate governance.

Tuttavia, questa conformità risultava essere solo apparente, in quanto numerosi sono stati i casi di fallimento di società proprio per le condotte illegali degli amministratori delle stesse. Vale la pena, a tal proposito, l’usanza in voga, forse tutt’ora, di procurare fallimento al fine di “gabbare” tutti i creditori.

Il legislatore italiano, e quindi l’ordinamento italiano, per cercare di arginare questo fenomeno e porre fine a questi dissesti ha moltiplicato i controlli in ambito societario ritenendo però del tutto inefficienti i controlli pubblici e procedendo ad una privatizzazione di questo meccanismo.²⁹⁴

Nell’ambito di questa moltiplicazione di controlli interni, però, gli amministratori

²⁹² CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 3.

²⁹³ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 5.

²⁹⁴ CENTONZE F., Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza, p. 3.

non sono andati immuni da effetti negativi: la sfera del penalmente rilevante è stato notevolmente ampliato e di conseguenza anche i casi di responsabilità penale per gli stessi.

Tutto ciò ha inevitabilmente comportato effetti nel consiglio di amministrazione modificandone ruolo e fisionomia ma anche sull'operato del giudice che dovrà in questo contesto identificare le condotte penalmente rilevanti rispetto a quelli che non rientrano nell'ambito della responsabilità penale degli amministratori.

Doveroso ed opportuno a questo punto fare una precisazione: considerato che la realtà economica italiana vede come protagoniste quasi esclusivamente le pmi cioè piccole e medie imprese; considerato che si tratta di società la cui gestione è tutta in capo ad un unico socio che opera quindi come dominus indiscusso; il giudice penale si trova davanti ad una "gestione di stampo padronale"²⁹⁵, nella quale l'accentramento del potere nelle mani di un singolo soggetto può neutralizzare il sistema dei controlli.²⁹⁶

Un altro fattore a totale discapito del sistema dei controlli era rappresentato dalla complicità degli amministratori non esecutivi nella commissione di fatti di reato da parte dei delegati.

Centonze afferma che: "la collegialità dei consigli d'amministrazione, i rapporti d'amicizia che possono instaurarsi tra i suoi membri, la comunanza di status, classe, età possono con facilità dar vita a un ambiente coeso, poco propenso al controllo stringente o allo scontro frontale. (...) La cultura dei consigli d'amministrazione è generalmente caratterizzata da una consolidata resistenza a mettere apertamente in discussione l'operato dell'esecutivo e, più in generale,

²⁹⁵ Trib. Milano, 18 dicembre 2008- 5 maggio 2009 in merito al caso del gruppo Parmalat

²⁹⁶ CENTONZE F., Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza, p. 6.

ad affrontare questioni che possono generare conflitti nel collegio”.²⁹⁷

Ancora, una ragione del fallimento dei controlli, la si ritrova nell’asimmetria informativa tra delegati e deleganti.

Il legislatore del 2003, come abbiamo già visto, aveva sostituito il generale obbligo di vigilanza gravante sugli amministratori delegati con un obbligo, più specifico e pregnante, di informazione per tutte le operazioni di maggior rilievo che vedevano la società protagonista.

Nonostante tutto, queste informazioni vengono distorte dagli amministratori delegati che inviano a loro volta, al consiglio di amministrazione solo quelle informazioni che ritengono che questi debbano ricevere.²⁹⁸

In generale, possiamo dire, che la riforma del diritto societario si sia almeno sforzata di ridisegnare l’ambito dei poteri e dei doveri degli amministratori non esecutivi e operato una distinzione di competenze e attribuzioni tra le diverse figure presenti all’interno dell’impresa sociale e in particolare del consiglio di amministrazione. All’interno di questo infatti vi sono:

- a) gli amministratori esecutivi;
- b) gli amministratori non esecutivi;
- c) i cosiddetti amministratori non esecutivi e indipendenti.

In seno alla società, un ruolo di fondamentale importanza era ricoperto dagli amministratori non esecutivi e indipendenti: questi a prescindere dal grado di indipendenza, avevano l’obbligo giuridico di accertare che gli amministratori delegati perseguissero nelle loro operazioni sempre il bene dell’impresa , senza

²⁹⁷ CENTONZE F., Controlli societari, p. 145-146.

²⁹⁸ CENTONZE F., Controlli societari, p. 143.

porre in essere operazioni lesive o pregiudizievoli per l'interesse sociale²⁹⁹.

A questo punto occorre esaminare la composizione del consiglio di amministrazione e il ruolo concretamente svolto dagli amministratori non esecutivi.

Antolisei diceva che “ solo gli amministratori delegati sanno quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello e il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse; sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi e non esercitano alcuna funzione sulla gestione sociale.

Vengono convocati molto di rado e precisamente nei casi in cui la legge o lo statuto lo prescrive in modo tassativo e quando ai veri gestori dell'azienda torna comodo chiamare altri a condividere le loro responsabilità”.

Molto spesso, nei processi penali in ambito societario, agli amministratori non esecutivi viene addossata una responsabilità penale omissiva; si rimprovera a questi di non aver impedito, nonostante i poteri a questi attribuiti dall'ordinamento, la commissione di illeciti da parte degli amministratori delegati.

Possiamo, quindi, dire che le possibili forme di responsabilità per i deleganti sono essenzialmente due: una responsabilità penale concorsuale ma commissiva, che sussiste nel caso in cui l'amministratore non esecutivo abbia agevolato la commissione del fatto di reato o una responsabilità penale concorsuale omissiva che si verifica nel caso summenzionato, ovvero quanto l'amministratore ometta deliberatamente di impedire la realizzazione dell'illecito.

Tuttavia queste ipotesi di concorso creano non pochi problemi in relazione ai confini della posizione di garanzia da questi ricoperta, ai poteri che

²⁹⁹ REGOLI D., Gli amministratori indipendenti, in ABBADESSA P., PORTALE G. B., Il nuovo diritto delle società, Vol III, p. 387.

effettivamente l'ordinamento ha loro attribuito, alla fattispecie del reato omissivo improprio e infine all'elemento psicologico che da sempre in tale ambito ha destato notevoli perplessità.

Partendo dal combinato disposto dell'art. 40 cpv. c.p. e norme del codice civile che disciplinano i poteri e gli obblighi, i deleganti diventano titolari di una amplissima posizione di garanzia; nel caso in cui abbiano notizia di fatti pregiudizievoli per gli interessi della società, deve impedire con tutti i mezzi a disposizione, la commissione del reato altrimenti sarà responsabile ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 c.p.

La riforma del 2003 ha modificato l'impianto societario con l'intento quindi di far fronte ad un problema di particolare importanza: la solidarietà di tutti gli amministratori e sindaci in caso di condanna, pur avendo gli stessi ruoli, competenze e attribuzioni del tutto diverse.³⁰⁰ Sembra che il legislatore si sia finalmente reso conto che sono solo gli amministratori esecutivi ad occuparsi integralmente della gestione della società e quindi a pianificare la gestione, relegando gli amministratori non esecutivi a ruolo di mero controllo.

Sicuramente la riforma ha tracciato il perimetro della posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi determinando una sgravio degli oneri e responsabilità degli stessi³⁰¹.

Secondo quanto disposto dall'art. 2381, comma 5, c.c., i delegati devono innanzitutto "riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle

³⁰⁰ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 255;
BONELLI F., *Gli amministratori di s. p. a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 159 ss.

³⁰¹ Cassazione, sezione V, 4 maggio 2007, p. 66;

operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate”³⁰².

Concretamente il legislatore ha predisposto un meccanismo “procedimentalizzato di flussi informativi”³⁰³ diretto ai deleganti³⁰⁴. Questo meccanismo prevede la descrizione dettagliata degli obblighi informativi per quanto riguarda tempi, modalità e ovviamente contenuto.

Dall’altro lato però i deleganti non hanno più l’obbligo di vigilare e controllare il generale andamento dell’impresa sociale, come “cani da guardia”, ma, sempre ai sensi dell’art. 2381, comma 3 del codice civile, devono “valutare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”. Inoltre, nel caso in cui vengano elaborati i piani strategici, industriali e finanziari della società devono esaminarli; ancora sempre sulla base delle informazioni ricevute, devono valutare il generale andamento della gestione.

La sostituzione del verbo vigilare con valutare è di notevole importanza; infatti dal punto di vista del significato mentre vigilare significa tenere costantemente sotto osservazione il comportamento degli altri soggetti in questo caso nell’ottica di un corretto ed efficiente sviluppo della società, valutare presuppone un procedimento del tutto diverso; innanzitutto perché si tratta di un’operazione che può essere svolta una tantum e in secondo luogo perché significa dare un giudizio su un determinato aspetto; in terzo luogo perché in ambito societario deve essere fatta sulla base delle risultanze dell’opera svolta dagli amministratori delegati.³⁰⁵

Sempre nell’ambito del summenzionato articolo, particolare attenzione deve essere posta al comma sei.

Nella prima parte si fa riferimento all’obbligo gravante sui deleganti di “agire in

³⁰² Articolo 2381, comma 5 del codice civile come riformato dal d. lgs. 6 del 2003.

³⁰³ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 176.

³⁰⁴ ABBADESSA P., Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa, p. 502 ss.

³⁰⁵ IRRERA M., Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, p. 244.

modo informato”.

In merito al contenuto di questo dovere la dottrina si è divisa, ma sia l'uno che l'altro orientamento ritengono che ci debba essere un *quis pluris* rispetto alla mera ricezione delle informazioni.

La dottrina maggioritaria, ritiene, che l'agire informato dei deleganti deve essere inteso come un dovere funzionale e strumentale allo svolgimento dei poteri e dei compiti attribuitigli dall'ordinamento.

Ancora, sempre al comma 6, accanto a questo dovere, viene inserito anche un riferimento ai poteri degli stessi; ciascun amministratore può chiedere “agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società”.

Questa norma ha una particolare importanza in quanto se da un lato definisce quali sono i poteri dell'amministratore *uti singulus*, dall'altro invece ne circoscrive la portata funzionale: devono agire in maniera informata e per fare ciò possono chiedere informazioni.

Analizziamo, ora, nello specifico l'art. 2392 del codice civile. Mentre per quanto riguarda il comma 1, abbiamo già detto che la diligenza del mandatario è stata sostituita dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, è necessario porre attenzione al comma 2 e in particolare all'inciso “non hanno fatto quanto potevano”. Ai fini di determinare il significato da attribuire alla locuzione si è determinata una spaccatura in dottrina.

Ci si è interrogati su quali fossero i poteri degli amministratori per impedire che si verifici il fatto di reato.

Una parte riteneva ³⁰⁶ che in determinati casi si potesse derogare alla regola per cui gli amministratori debbano sempre agire collegialmente, in virtù di una

³⁰⁶ Ex multis, CAGNASSO O., , CANDIAN A., DI NANNI L. F., SALAFIA V.

attività propria del singolo, seppur trattasi di atti che normalmente sarebbero di competenza collegiale. La ratio sottesa a questa deroga è la stessa che si ritrova in caso di situazioni di estremo pericolo nelle quali potrebbero essere affidati a soggetti non competenti, poteri atti ad evitare il pericolo stesso, come avviene nel caso di cui all' art. 2258, ultimo comma, c.c.^{307 308}

Tuttavia si è preferito avvalorare le argomentazioni della maggior parte degli studiosi in materia,³⁰⁹ che invece, ritiene che in ogni caso l'amministratore non abbia i poteri e quindi non possa compiere atti che sono riservati al consiglio neanche in casi di estremo pericolo. Al più potrà anzi, dovrà investire il consiglio della questione.³¹⁰

A questo punto si rende necessaria una precisazione; mentre in ambito civile l'impedimento del reato viene valutato alla stregua dei poteri attribuiti all'amministratore; spiego meglio, è necessario affinché non sia ritenuto responsabile, che il soggetto abbia esercitato i cosiddetti poteri impeditivi;

il diritto penale, invece, partendo dal presupposto che il perimetro dei poteri degli amministratori è delimitato dai poteri riservati al consiglio³¹¹, a nulla rileva che il soggetto abbia esercitato quei poteri se poi in concreto l'evento si è

³⁰⁷ "Nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società".

³⁰⁸ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 752.

³⁰⁹ Ex multis ABBADESSA G., BONELLI F., GALGANO F..

³¹⁰ MERCONE G., L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme, in *Diritto penale contemporaneo*, 2010, p. 7.

³¹¹ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 753 afferma che: "Se un amministratore scopre che un funzionario della società si è appropriato di denaro della società, egli ha il dovere di riferirne al consiglio d'amministrazione ed incorre in responsabilità se non ne riferisce; ma non ha, individualmente, il potere di denunciare il funzionario infedele all'autorità giudiziaria: la denuncia dovrà essere deliberata dal consiglio ed i singoli amministratori potranno, eventualmente, essere chiamati a rispondere per aver omesso di deliberarla".

verificato; è necessario che il soggetto abbia impedito l'illecito³¹².

Tuttavia ciò detto, puntualizziamo, che se da un lato la riforma non ha, in alcun modo, previsto alcun potere proprio dell'amministratore non esecutivo, dall'altro ha introdotto una serie di rimedi; questi sono :

- a) la possibilità per l'amministratore assente o contrario alla delibera assembleare di impugnarla se in contrasto con la legge o con lo statuto ex art. 2388, comma 4 del codice civile;³¹³
- b) la possibilità prevista dall'art. 2391 c.c. di impugnare delibere che possano recare danno alla società;³¹⁴
- c) la possibilità e il dovere di impugnare delibere assolutamente invalide per impedire che si verificino illeciti di natura penale.

La riforma, pur avendo, introdotto questi rimedi, nella sostanza ha proposto solo dei palliativi in quanto in ogni caso l'amministratore non ha le competenze, le autorizzazioni, i poteri per impedire la commissione di fatti di reato³¹⁵.

³¹² CENTONZE, F. Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 754.

³¹³ "Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378".

³¹⁴ "Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione".

³¹⁵ CENTONZE F., Controlli societari, p. 195.

Per quanto i deleganti continuino ad essere titolari di una posizione di garanzia ex art. 2392, comma 2, c.c.³¹⁶, la riforma ha ristretto l'ambito di operatività della stessa^{317 318}.

L'amministratore non esecutivo sicuramente può e deve cercare di impedire la realizzazione del fatto di reato ma, perché ciò accada, sarà indispensabile il contributo di un altro soggetto.

³¹⁶ Cassazione, sezione V, 28 aprile 2009, n. 21581.

³¹⁷ Cassazione, sezione V, 4 maggio 2007, n. 23838. La Corte afferma che sugli amministratori grava un obbligo di compiuta informazione circa le operazioni societarie, in modo da assicurare il corretto andamento e l'efficienza della gestione dell'impresa sociale e in modo da non incorrere in casi di responsabilità penale omissiva per non aver fatto quanto nei loro poteri per impedire l'illecito in itinere.

³¹⁸ Il G.u.p di Brescia nel caso Bipop-Carire afferma che essendo venuto meno con la riforma del 2003 il generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, il compito ora affidato agli amministratori è di gran lunga meno gravoso ma al pari fondamentale; gli amministratori senza deleghe, infatti, dovranno procedere ad una attenta, puntuale e critica valutazione, ex art. 2381 c.c., sulla base della relazione degli organi delegati e delle informazioni ricevute. Il compito loro affidato, dall'ordinamento, è ora quindi, quello di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e i piani strategici, industriali e finanziari, quando elaborati e in un certo senso assicurare la corretta gestione e l'efficienza della società prevenendo e evitando che si pongano in essere condotte illecite che possano arrecare pregiudizio e danno all'interesse patrimoniale della società e in generale all'interesse sociale, comprensivo di interesse dei soci, dei creditori e dei terzi che vengono in contatto con la stessa.

È abissale la differenza tra il vecchio e nuovo ordinamento nell'ambito dei doveri degli amministratori; si passa infatti dal dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, al dovere di valutare l'andamento della gestione, però, sulla base della relazione degli organi delegati.

1.2. L'accertamento del nesso causale negli illeciti societari.

Analizziamo, adesso, il nesso di causalità tra la condotta omissiva e quella commissiva. Esso è un altro elemento- requisito indispensabile perché si configuri il concorso omissivo dei deleganti nel reato commissivo realizzato dai delegati.

E' indispensabile appurare che effettivamente l'azione che la legge prevede come doverosa e che i deleganti hanno omesso di compiere, se compiuta avrebbe in concreto evitato che il fatto di reato si realizzasse.³¹⁹

A tal proposito si è tentato il superamento della vecchia concezione di causalità omissiva che se, da un lato, a discapito della teoria della condicio sine qua non, dava spazio a criteri diversi quali ad esempio l'idoneità della condotta o l'aumento o mancata diminuzione del rischio, dall'altro utilizzava criteri di probabilità medio bassi.³²⁰

Stella sostiene, nella sua analisi, la distinzione tra causalità generale e causalità specifica, a suo dire questi criteri non sono utili ai fini dell'individuazione ex post della condotta che ha permesso il verificarsi del fatto di reato. Nella sostanza, Si tratta di indici astratti e non di prove in merito a ciò che è accaduto realmente o che sarebbe accaduto che il soggetto avesse potuto in essere la condotta piuttosto che rimanere inerte.

L'autore continua sostenendo che ai fini della causalità omissiva, e quindi per dimostrare se l'omissione è stata rilevante ai fini del verificarsi dell'illecito,

³¹⁹ MARINUCCI G., DOLCINI E., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2006, p. 368.

³²⁰ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 197; STELLA F., Giustizia e modernità, III ed., Milano, 2003, p. 246 ss.

sono necessarie prove concrete, relative al caso di specie.³²¹

Lo sforzo di superare la vecchia concezione lo si rinviene palesemente nella sentenza Franzese,³²² che sottolinea la non idoneità dei suddetti indici a dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico tra la condotta e l'evento lesivo³²³. È necessario quindi procedere al cosiddetto giudizio controfattuale per verificare se ammettendo come realizzata la condotta che è stata concretamente omessa, l'evento lesivo si sarebbe verificato³²⁴ al di là di ogni ragionevole dubbio³²⁵. Infatti, come affermano i giudici, qualora si dovessero utilizzare quei criteri, si avrebbe l'effetto opposto in merito alla punibilità e alla rilevanza penale delle condotte;

Mentre il giudizio controfattuale, mediante l'eliminazione mentale della condotta tipica e la sussunzione sotto leggi scientifiche con coefficiente probabilistici tendenti al cento, mira a dare rilevanza penale solo e soltanto a quelle condotte effettivamente rilevanti ai fini della determinazione dell'illecito, la vecchia concezione di causalità omissiva, dilata a dismisura l'ambito del penalmente rilevante³²⁶ violando anche il disposto dell'art. 27 della Costituzione³²⁷.

Nell'ambito specifico della responsabilità degli amministratori di società diverso è dire con certezza l'omissione ha permesso che si verificasse l'illecito rispetto a sostenere che la condotta è idonea a impedire l'evento in base a quei criteri tipici della vecchia concezione.

³²¹ STELLA F., Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove, p. 205

³²² Cassazione penale, Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328.

³²³ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 760.

³²⁴ Cassazione penale, Sezioni unite, 12 luglio 2005, n. 33748.

³²⁵ L'articolo 533 del codice penale al primo comma recita: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza".

³²⁶ Cass., Sezioni Unite, 12 luglio 2005, p. 86 ss.

³²⁷ "La responsabilità penale è personale".

Questa operazione ermeneutica spetta al giudice che dovrà passare dal mondo del “se avesse” a un mondo reale. Tuttavia egli deve porre alla base del suo ragionamento leggi scientifiche dotate di alti³²⁸ coefficienti di probabilità.

Il giudice dovrà quindi procedere ad una dettagliata e puntuale analisi³²⁹ del caso concreto per valutare se la condotta, ritenuta doverosa dalla legge e illegittimamente omessa dall'amministratore, abbia o meno inciso, sia stata o meno determinate per la realizzazione dell'illecito.³³⁰

Occorre però riconoscere che questo compito affidato al giudice, non è per nulla semplice poiché il ragionamento del giudice che deve essere quanto più oggettivo possibile, potrebbe essere distorto da valutazioni sue proprie, intuizioni e apprezzamenti.³³¹

Tuttavia, una parte della dottrina³³² sostiene che questo metodo di indagine non sia stato mai o quasi mai utilizzato, preferendo al contrario sostenere e dimostrare la sussistenza del nesso causale mediante i criteri propri della vecchia concezione, già ampiamente esaminati.

³²⁸ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 764.

³²⁹ PEDRAZZI C., Reati commessi da persone diverse dal fallito, p. 283, afferma che è necessaria una “rigorosa verifica causale”.

³³⁰ CRESPI A., Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni, p. 541 ss.

L'autore affermava che affinché un'omissione possa essere considerata come causale e quindi far sorgere una responsabilità omissiva nell'attore, è necessario oltre che la stessa sia illecita, in quanto contraria alle prescrizioni di legge, anche che se la stessa fosse stata posta in essere avrebbe impedito la commissione dell'illecito.

³³¹ INSOLERA G., Causalità e reati plurisoggettivi, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2007, p. 563 ss; CHIARAVIGLIO G., Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali, in Riv. dott. comm., 2012, p. 192.

³³² PULITANÒ D., Diritto penale, Torino, 2009, p. 244.

Ci si è basati su mere presunzioni³³³ piuttosto che su una puntuale e dettagliata analisi del nesso.

Questo ragionamento però è in chiara antitesi con i principi del diritto penale, quali ad esempio la personalità della responsabilità penale, o il principio di tipicità, o ancora quello di legalità e rischia anche di avere effetti negativi sui diritti fondamentali.³³⁴

L' elemento psicologico, in particolare il dolo, costituisce altro ambito fondamentale degno di analisi.

Prima della riforma, si riteneva necessario e sufficiente, ai fini della prova del dolo, la consapevole inerzia di fronte agli indici rivelatori dell'illecito e l'inadempimento dei doveri propri del singolo.³³⁵

La giurisprudenza, infatti, riteneva che questi due parametri fossero indicativi della accettazione del rischio dell'illecito, indipendentemente dalla valutazione dell'effettiva manifestazione nonché percezione dei segnali d'allarme e del rapporto causale tra inadempimento e reato.

Stando, quindi, alle argomentazioni dei giuridici, la prova dell'elemento psicologico doveva arrestarsi sul dolo così dimostrato, anche e soprattutto nella forma eventuale, sulla formula del "non poteva non sapere" o ancora sulla mera presenza di indici rivelatori senza però accertare che questi fossero stati realmente percepiti dall'attore.

³³³ RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 187.

L'autore ricollega la sussistenza del nesso causale all'adozione di misure di sicurezza o da cautele comunque suggerite dagli standard valutativi del momento. Rileva infatti che nel caso in cui il soggetto non abbia provveduto a ciò, dovrà in ogni caso affermarsi la sussistenza del nesso causale tra azione e danno".

³³⁴ Cassazione penale, Sezioni unite, 12 luglio 2005, n. 33748.

³³⁵ STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, p. 570.

Tuttavia la considerazione delle mere presunzioni ha portato a una “modificazione genetica del dolo”³³⁶ e ad una alterazione dell’onere della prova; spetta infatti al reo dimostrare la sua innocenza.³³⁷ Si ritrovavano spesso pronunce, le cui motivazioni sembravano dare per scontati gli effetti negativi derivanti dagli atti o dalle omissioni degli amministratori in quanto ritenevano fossero così “tanto prevedibili da doverli ritenere come astrattamente previsti”.³³⁸

Tuttavia l’ impostazione appena descritta, è stata soggetta a numerose critiche, che hanno spinto la giurisprudenza a cercare nuovi parametri per l’accertamento dell’elemento soggettivo.

La svolta si è avuta con la sentenza 23838 del 2007³³⁹ in relazione alla responsabilità penale dei membri degli organi gestori del gruppo bancario Bipop – Carire³⁴⁰.

L’importanza di questa sentenza proviene dall’analisi della responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione non delegati, applicando per la prima volta le disposizioni del codice civile riformare nel 2003.³⁴¹

Innanzitutto evidenziamo che già da tempo e già prima di questa sentenza, vari autori avevano sottolineato l’inidoneità dei criteri utilizzati per l’accertamento

³³⁶ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 218.

³³⁷ Cassazione penale, sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509.

³³⁸ BERTOLINA J., Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, p. 99.

³³⁹ Cassazione penale, sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838.

³⁴⁰ CENTONZE F., Controlli societari, p. 218.

³⁴¹ Il principio di diritto qui enunciato è stato poi fatto proprio anche da altre sentenze; queste sono, ad esempio,: Cass., sezione V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Società*, 2009, p. 1305 con nota di CERQUA F.; Cass., sezione V, 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Fallimento*, 2009, p. 1479; Cass., sezione V, 16 aprile 2009, n. 36595, in *Fallimento*, 2010, p. 742 e in *Società*, 2010, p. 886 con nota di CHARAVIGLIO P.; Cass., sezione V, 28 aprile 2009, n. 21581, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 2010, p. 989 e in *Società*, 2009, p. 873.

dell'elemento psicologico prima della riforma.³⁴²

Nel caso di specie, il Gup di Brescia, dopo aver assolto gli amministratori privi di delega,³⁴³ si sofferma sulla posizione e sulla responsabilità degli amministratori esecutivi che avevano realizzato i fatti di reato. Partendo dalla premessa necessaria e cioè che il d.lgs 6/2003 ha “certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società” e che “la riforma ha indubbiamente, con più puntuale disposizione letterale, alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe” e respingendo la tesi secondo cui ai fini della sussistenza della responsabilità penale concorsuale dei deleganti fosse necessario quantomeno a titolo di dolo eventuale, la conoscibilità degli indici di rischio, la Corte ha elaborato nuovi criteri per la prova dell'elemento psicologico.³⁴⁴

La corte dopo una attenta e certosina analisi, ha affermato che nei casi di concorso omissivo all'interno del dolo si possono individuare due momenti: “la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita e la consapevole omissione delle condotte impeditive imposte dall'ordinamento.”³⁴⁵

La Corte si è espressa dicendo che anche nel caso del dolo eventuale “non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda,

³⁴² MERCONE G., L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme, nota a Cass. pen. N. 41136/2010.

³⁴³ Il processo infatti riguardava una pluralità di soggetti ai quali venivano contestati, nella forma monosoggettiva o, talvolta in quella concorsuale ex art 110 c.p., le fattispecie di cui agli artt. 2621 c.c. (false comunicazioni sociali), 2622, comma 2 e comma 3, c.c. (false comunicazioni sociali in danno di soggetti diversi dai soci e dai creditori, commessi da società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo II, del testo unico di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), 2638 c.c. (ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza, nella specie Consob e Banca d'Italia), 2637 c.c. (aggiotaggio).

³⁴⁴ Cass. Pen., sezione V, sent. 4/5/2007, n. 23383.

³⁴⁵ Cassazione penale, sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838.

quale violazione del dovere di diligenza, all'area della colpa" ³⁴⁶. Pertanto occorre, ai fini della sussistenza del dolo, dimostrare la conoscenza e la consapevolezza del comportamento illecito che si sta sviluppando. È necessario quindi accertare, indagando, che i segnali d'allarme si siano appalesati al soggetto e siano stati da questo effettivamente percepiti³⁴⁷; in caso contrario ci si muoverà nel campo della colpa.

Quanto alle caratteristiche di questi segnali, è necessario che essi siano "perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito"; devono cioè essere chiari e specifici ed essere idonei a segnalare all'amministratore la presenza di un illecito in corso di esecuzione.

Il giudice, quindi, dopo aver accertato che i segnali avessero queste caratteristiche deve dimostrare che il soggetto, amministratore delegante, li abbia concretamente percepiti e li abbia identificati alla stregua di un modello tipico di reato.³⁴⁸

Nonostante la corte abbia, con questa sentenza, inaugurato, un orientamento del tutto nuovo e sicuramente più garantista sotto il profilo della responsabilità dei deleganti, le sentenze successive hanno spesso tradito questo impianto discostandosene.

A tal proposito, particolarmente significativa è sicuramente la sentenza n. 41136/2010 emessa dalla Quinta Sezione della Suprema Corte³⁴⁹.

³⁴⁶ Cassazione penale, sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838.

³⁴⁷ La cassazione nel descrivere le qualità che devono avere questi indici rivelatori per essere considerati segnali d'allarme dell'illecito in itinere, ha ripreso la struttura del delitto tentato. Ha infatti affermato che deve trattarsi di segnali idonei e univoci; questi due requisiti sono fondamentali in quanto servono per affermare una responsabilità penale omissiva in termini di certezza quasi assoluta.

³⁴⁸ STELLA F., PULITANÒ E., La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, p. 570.

³⁴⁹ Cass. Pen., sez. V, sent. 19/10/2010 – 22/11/2010, n. 41136, in diritto penale contemporaneo, 2 febbraio 2012, con nota di MERCONE M.

La corte riprendendo le motivazioni della sentenza 45513 del 2008 ha affermato che ai fini della prova del dolo è sufficiente una conoscenza anche solo potenziale dei segnali d'allarme.³⁵⁰

A parere della Corte, importante e bastevole è dimostrare che "l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi dell'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter essere ignorate.³⁵¹ Queste argomentazioni, però, risultano essere nettamente minoritarie sia in dottrina che in giurisprudenza; a conferma di ciò mi sembra opportuno citare la pronuncia n. 42519/2012³⁵².

Anche in questa sentenza, in conformità con quanto affermato nel caso Bipop – Carire, la corte riprende la distinzione tra momento rappresentativo e momento volitivo del dolo. Applica la teoria dei segnali d'allarme e ritiene inconcepibile l'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità del proposito criminoso³⁵³.

I giudici di legittimità affermano infatti che, per la prova del dolo, è necessario che non solo che il segnale d'allarme si sia concretamente manifestato, ma anche che il delegante lo abbia percepito; l'amministratore infatti deve riconoscere il segnale alla stregua di un fatto tipico di reato e compiere l'azione prevista dalla legge come doverosa, non potendo restare inerte.

³⁵⁰ La Corte di Cassazione nella sentenza 45513/2008 afferma che è sufficiente ai fini della responsabilità penale la dimostrazione della conoscenza dei segnali dall'allarme da parte del reo.

Si verifica, dunque, nuovamente quella inversione dell'onere della prova tanto criticata precedentemente alla sentenza relativa al caso Bipop-Carire: sarà l'imputato a dover dar prova di non aver effettivamente percepito i segnali d'allarme; nel caso in cui egli li abbia effettivamente percepiti, dovrà dimostrare, invece, che i motivi alla base dell'omissione e dell'inerzia sono diversi dall'accettazione del rischio del verificarsi dell'illecito.

³⁵¹ Cassazione penale, sezione V, 19 ottobre 2010, n. 41236.

³⁵² Cass. Pen., Sezione. V, sent. 8/6/2012 – 2/11/2012 n. 42519.

³⁵³ Un altro esempio è rappresentato dalla pronuncia del Tribunale di Milano, sezione I, del 18 dicembre 2008.

Ai fini della prova del dolo infatti bisogna considerare solo quei segnali, che siano oggettivamente percepibili ma anche soggettivamente percepiti e che effettivamente indichino il rischio del verificarsi di un reato.

Occorre però a questo punto fare una precisazione; se da un lato è vero che i segnali d'allarme sono assolutamente necessari per dimostrare il momento rappresentativo del dolo, dall'altro però a nulla rilevano nella prova di quello volitivo.

Per la dimostrazione di quest'ultimo è necessario prendere in considerazione altri elementi che diano al giudice prova del fatto che il delegante abbia consapevolmente e volontariamente aderito al proposito criminale di altri soggetti.

Per prima cosa il giudice dovrà valutare il grado di fiducia che gli amministratori deleganti ripongono nell'operato e nella persona dei delegati. Questo elemento è fondamentale in quanto permette di discernere due situazioni differenti.

La prima si verifica quando il delegante pur avendo percepito il segnale d'allarme resta inerte per un evidente e personale disinteresse alla vicenda e al concreto pericolo che si verifichi l'illecito; un altro caso, è quello in cui il delegante si trova in una situazione dubitativa di fronte ad un segnale d'allarme, che viene risolta grazie alla fiducia risposta nella competenza del delegato³⁵⁴.

Il concetto di fiducia richiama quello dell' "attore decisivo"³⁵⁵. Si tratta del "detentore di un potere autoritario nella società e protagonista dei recenti scandali finanziari", un soggetto che "può giovare dell'asimmetria

³⁵⁴ Cassazione penale, Sezione V, sent. 8 giugno 2012 – 2 novembre 2012, n. 42519.

³⁵⁵ INGRASSIA A., La suprema corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista? nota a Cassazione penale, sezione V, 8 giugno 2012, n. 42519, in diritto penale contemporaneo.

informativa, possiede un rilevante capitale sociale, ha un forte ascendente sugli altri membri dell'organizzazione, fondato anche su una riposta capacità risolutiva, gode di consenso e fiducia anche al di fuori della società, è in grado di ricorrere ad un network internazionale e a complessi strumenti finanziari"³⁵⁶. Proprio in virtù di questo consenso, dell'acquisita credibilità e dell'ascendente che ha sui deleganti si può notare come non sempre il delegante rimane indifferente davanti ad un segnale d'allarme per proprio disinteresse, ma che spesso fa erroneamente affidamento sulle capacità gestionali di questo soggetto. Tuttavia, questa analisi serve esclusivamente ai fini della responsabilità del delegante ovvero per stabilire se si tratta di un addebito doloso o colposo.

Altro elemento fondamentale per la prova del momento volitivo risiede nella messa in pericolo dei propri interessi; infatti si ritiene del tutto incompatibile la sussistenza del dolo con il pregiudizio per un proprio interesse³⁵⁷.

Ultimo indicatore della sussistenza o meno del dolo è la presenza di artifici o raggiri; nel caso in cui i delegati abbiano occultato i reati o fatto in modo che i segnali d'allarme non venissero percepiti effettivamente dai deleganti il dolo non sussisterà.

Del tutto lecito, così stando le cose, chiedersi cosa accade nel caso di processi penali in corso per fatti posti in essere sotto la vigenza della vecchia disciplina civilistica.

Vale la pena, pertanto, interrogarsi su un aspetto particolare dei processi in corso che hanno ad oggetto la responsabilità penale omissiva degli amministratori. Considerando che la riforma ha in un certo qual modo ripermetrato la posizione di garanzia degli stessi, limitandone doveri e obblighi, ci si è chiesto come si dovesse conciliare questa limitazione con i processi in corso che hanno ad oggetto

³⁵⁶ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p. 102.

³⁵⁷ DEMURO G. P., Il dolo. L'accertamento, Milano, 2010, p. 152.

fatti realizzati sotto la vigenza del vecchio ordinamento.³⁵⁸

Per dare una risposta a questo interrogativo, bisogna necessariamente ricordare che i reati omissivi impropri sono fattispecie che si ottengono dal coordinamento tra l'art. 40 cpv. c.p. e una disposizione di parte speciale che disciplina una condotta commissiva.

L'art. 40 cpv. c.p. operando un rinvio in bianco si configura come una norma priva di autonomia; pertanto occorre esaminare quelle disposizioni extrapenali che vanno a colmare gli spazi bianchi lasciati dal suddetto articolo.

È necessario quindi applicare le regole sulla successione di leggi penali nel tempo, ex art. 2 c.p.:³⁵⁹. Poiché quindi i reati omissivi si realizzano a seguito della summenzionata commistione, nel caso in cui le disposizioni extrapenali vengano modificate, si avrà una modifica della legge penale.³⁶⁰

La giurisprudenza accetta questa ricostruzione affermando che “qualora si intenda individuare una posizione di garanzia (...) mai potrà farsi riferimento ad una disposizione abrogata, dal momento che le più favorevoli disposizioni sopravvenute devono trovare inderogabile applicazione”.³⁶¹

³⁵⁸ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 772.

³⁵⁹ “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti. Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti”.

³⁶⁰ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 773.

³⁶¹ G.u.p. Brescia, 31 maggio 2005, n. 604;

Come abbiamo già detto, la riforma del 2003 ha ristretto il perimetro dei poteri in capo ai deleganti e questa limitazione ha inevitabilmente comportato una parziale abolitio criminis; a seguito della riforma, determinate condotte omissive prima incriminate da legislatore in quanto previste dalla legge come doverose, sono state ritenute lecite.³⁶²

Nell'alveo di questo studio, le sentenze definitive di condanna costituiscono un altro, non trascurabile, problema interpretativo;

Mentre nel caso in cui il processo sia iniziato sotto la vigenza del vecchio ordinamento e non si sia ancora concluso ovvero non sia ancora intervenuta sentenza definitiva di condanna il giudice dovrà semplicemente esaminare i fatti per i quali si è proceduto per vie legali e stabilire se rientrano o meno nella abolitio criminis; cioè se in considerazione del nuovo ordinamento rientrano o meno nelle fattispecie ritenute illecite dal legislatore;

Quid iuris qualora, invece, sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna? poiché l'art. 2 del codice penale al secondo comma afferma che "(...) e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali", il giudice anche in questo caso può procedere ad una valutazione dei fatti alla stregua della nuova normativa e revocare la sentenza nel caso in cui non risulti conforme alla stessa³⁶³.

³⁶² CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 776.

³⁶³ CENTONZE F., Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega, p. 777.

2. La moderna concezione della responsabilità degli amministratori di società:

2.1. Il primo passo verso il ritorno al dolo: Bipop Carire.

Il primo autore a parlare di responsabilità concorsuale omissiva degli amministratori non esecutivi nei reati societari e fallimentari fu Crespi³⁶⁴.

Questi, nel 1957 riteneva che, nell'ambito del concorso omissivo, legare la rilevanza penale del fatto e quindi la sua punibilità alla circostanza che il delegato si fosse rappresentato l'evento lesivo, avesse omesso di esercitare i poteri affidatigli dall'ordinamento, accettando il rischio che si verificasse il fatto di reato, non fosse efficace ai fini della punibilità, in quanto avrebbe per lo più significato lasciarlo impunito.

Ancora, l'autore, scriveva per muovere un rimprovero penale e quindi affinché sussista una responsabilità penale omissiva, è necessario e sufficiente accertare l'omissione e cioè che l'amministratore non abbia adempiuto agli obblighi previsti dalla legge³⁶⁵.

L'autore proprio in virtù dell'obbligo imposto agli amministratori di vigilanza sulla gestione dell'impresa sociale³⁶⁶, riteneva che la prova del dolo potesse

³⁶⁴ CRESPI A., *La giustizia penale*, p. 34 ss.

³⁶⁵ CRESPI A., *Reato plurisoggettivo*, p. 104.

³⁶⁶ CRESPI A., *Reato plurisoggettivo*, p. 105.

essere desunta anche nel caso in cui vi sia stata solo la colpa³⁶⁷.

Possiamo, quindi, dire che la giurisprudenza ha cercato, a partire dagli anni '80, di "rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo"³⁶⁸. Tra tutti, emblematico è il caso del Banco Ambrosiano; nelle sentenze i giudici, ai fini della sussistenza di una responsabilità omissiva di coloro che "habent oculos et non vident, habent aures et non sentiunt"³⁶⁹, hanno fatto ricorso ad una serie di strategie probatorie: "il nesso causale omissivo si è volatilizzato e la descrizione e l'accertamento dell'elemento soggettivo, pur eventuale, lo hanno tramutato in "eventualità di dolo"³⁷⁰.

Tutto ciò ha rappresentato una svolta rispetto all'impostazione precedente; infatti fino al 1970 si era soliti distinguere nell'ambito della gestione dell'impresa sociale, tra coloro che effettivamente e concretamente gestivano gli affari, e coloro invece che non avevano alcun ruolo di rilievo all'interno della stessa³⁷¹. L'accertamento dell'elemento psicologico e del nesso causale, quindi, era rivolto solo ai primi.

Tuttavia questa impostazione, questa "normativizzazione del dolo eventuale", è stata criticata abbondantemente dalla dottrina³⁷². Secondo questi autori,

³⁶⁷ CRESPI A., *Reato plurisoggettivo*, p. 104.

³⁶⁸ PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, p. 1265

³⁶⁹ PIPIA U., *Società anonima*, in *Dig. it.*, XXI, Torino, 1903-1906, p. 444; CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 233.

³⁷⁰ IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, *Cass. pen.*, 1998, p. 3161.

³⁷¹ CRESPI A., *La giustizia penale*, p. 50.

³⁷² CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 215-226, 310-314; CENTONZE F., *Il problema della responsabilità*, p. 323 ss.;

DEMURO G.P., *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, p. 366; PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, passim;

PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 981 ss.;

PULITANÒ D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti*

infatti, nel ragionamento seguito dalla giurisprudenza si intravedeva la creazione di un “dolo di posizione”³⁷³ senza necessità di accertamento e perciò contrario ai principi vigenti in materia penale e in primis al principio di legalità.

Tutte le critiche mosse dalla dottrina sono state recepite dalla giurisprudenza tanto che questa ha provveduto a inaugurare un nuovo orientamento che avesse come obiettivo, del tutto nuovo, quello di individuare dei criteri utili ai fini dell'accertamento del dolo in capo agli amministratori e ai sindaci. In merito sono state individuati tre fasi.

In una prima fase, è richiesta, come necessaria e sufficiente, per quanto riguarda l'elemento psicologico, la mera conoscibilità dell'illecito in procinto di essere realizzato. In questa fase, inoltre, l'onere della prova circa la non colpevolezza e quindi la non sussistenza del dolo, spetta all'imputato.

Questo modello è riscontrabile nella sentenza di primo grado nel caso del Banco Ambrosiano³⁷⁴. È proprio in questa occasione che viene equiparata la conoscenza effettiva dei reati e la mera conoscibilità.

Stando a quanto affermato dal giudice in questo procedimento, nell'ambito della gestione societaria, gli amministratori o i sindaci hanno costantemente a che fare con degli indici rivelatori (c.d. segnali d'allarme) che, nel caso di specie, avrebbero dovuto mettere in guardia l'amministratore sulla possibile realizzazione di reati di bancarotta; si tratta ad esempio dell'arresto di Calvi e della generale e ormai inevitabile crisi gestionale.

commissi da altri amministratori, in *Le Soc.*, 2008, pp. 902 ss.; PULITANÒ D., I Confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 35 ss.; STELLA F., PULITANÒ D., La responsabilità dei sindaci, p. 569 ss..

³⁷³ PALIERO C.E., La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell'Unione Europea, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 503; DEMURO G.P., Il dolo, p. 366 ss.

³⁷⁴ Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri.

Secondo il Tribunale, in casi del genere, ovvero di fronte a indici perspicui e peculiari dell'illecito, la mancata percezione degli stessi, equivale a rimanere inerte di fronte a determinate condotte, in violazione delle norme di legge, a non attivarsi per impedire la realizzazione del fatto di reato o quantomeno ridurne le conseguenze³⁷⁵.

Questa inerzia quindi potrebbe essere identificata come tacita accettazione del rischio che un fatto di reato si verifichi e rechi danno e pregiudizio agli interessi patrimoniali della società nonché ai soci, creditori e terzi che vengano in contatto con la stessa.

In virtù del cosiddetto principio dello stare decisis, nel nostro ordinamento, questo modello argomentativo in ambito di accertamento del dolo, viene riproposto nelle sentenze successive in caso di responsabilità omissiva di amministratori e sindaci: nell'ambito del procedimento del caso del Banco Ambrosiano il giudice del gravame³⁷⁶ e la Suprema Corte³⁷⁷ si spingono fino a considerare e qualificare l'inerzia come implicita volontà di concorrere (omissivamente) nei reati.

Nella pronuncia sul caso Girardi S.I.M. ³⁷⁸, relativamente ai reati di bancarotta commessi nell'ambito gestionale, la Corte di Cassazione afferma che la responsabilità penale non può essere affermata sulla base di presunzioni o mere congetture, ma che al contrario è necessario dimostrare che gli imputati fossero a conoscenza dei reati in itinere e che avessero percepito i segnali d'allarme e il loro grado di anormalità;

la Corte infatti sostiene che ai fini dell'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento in capo ai sindaci e agli amministratori non esecutivi è necessario dimostrare la conoscenza del fatto di reato³⁷⁹.

³⁷⁵ Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, p. 1489.

³⁷⁶ App. Milano, 10 giugno 1996, Bagnasco e altri.

³⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, Bagnasco e altri.

³⁷⁸ Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in Leggi d'Italia.

³⁷⁹ Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in Leggi d'Italia.

Si tende in un certo senso a porre sullo stesso piano conoscenza e concreta conoscibilità.

Questo orientamento viene confermato anche in un'altra occasione; si tratta della pronuncia in merito al caso della crisi della ITF s.p.a.³⁸⁰ per cui a seguito del rito abbreviato veniva condannato l'amministratore per i reati di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione, bancarotta per atti dolosi e per false comunicazioni sociali.

La Corte di Cassazione, considerando che ormai i reati si erano prescritti, si è pronunciata solo in merito alla responsabilità penale omissiva dello stesso ex art. 40 cpv. c.p.

La Corte infatti ha affermato, anche in questo caso, che, considerando che si trattava di un amministratore non esecutivo, e considerando le modifiche che il decreto legislativo 6 del 2003 ha apportato al diritto societario, ai fini di un rimprovero penale e quindi della sussistenza di una responsabilità penale omissiva in capo allo stesso, è necessario provare che questi fosse a conoscenza del compimento di azioni *contra ius* da parte dei delegati.

La Suprema Corte, afferma che nell'esame del caso di specie, non è stato riscontrato nessun elemento che potesse giustificare un addebito penale; né la consapevolezza da parte dei delegati dell'illecito in itinere, né la presenza di segnali d'allarme tanto anomali da non poter sfuggire allo stesso e da spingerlo a fare, quanto nei suoi poteri, per impedire il verificarsi del fatto di reato³⁸¹.

Tutto ciò, quindi, si poteva in netto contrasto con quanto stabilito dall'art. 40 cpv. c.p. che punisce soltanto chi, pur avendo l'obbligo giuridico di impedire un evento, in questo caso un reato, rimanga inerte.

³⁸⁰ Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2010, n. 41136.

³⁸¹ Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2010, n. 41136

Per dimostrare la sussistenza del dolo, quindi, è sufficiente la prova che “i c.d. segnali d’allarme fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all’attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci”³⁸².

Attraverso un meccanismo di presunzioni possiamo affermare che: data la palese gravità del sintomo di crisi o di illiceità di singole operazioni anche il più disattento amministratore o sindaco si sarebbe rappresentato il reato *in itinere* per cui l’imputato se lo è necessariamente rappresentato; posta tale necessaria consapevolezza, l’omessa attivazione dei poteri impeditivi dimostra la volizione – quanto meno in termini di accettazione – degli illeciti stessi³⁸³.

La Corte in questa pronuncia si spinge oltre e afferma che nell’analisi dell’elemento soggettivo e in particolare del dolo, bisogna avere riguardo a questi segnali d’allarme che ne rappresentano l’oggetto.

In conformità a quanto finora detto, in un'altra sentenza³⁸⁴, la Corte afferma che per la prova della presenza del dolo nella condotta degli amministratori non esecutivi o dei sindaci, è necessario ma soprattutto sufficiente dimostrare che “i segnali d’allarme fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all’attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci”.

Il ragionamento da fare è dunque il seguente e si basa su una serie di presunzioni: considerando quanto appena detto sui segnali d’allarme e sulla loro particolare evidenza e anormalità bisogna concludere nel senso che l’amministratore o il sindaco l’abbia necessariamente percepito; quindi, posto che se lo sia rappresentato, il fatto che sia rimasto inerte, contravvenendo ai propri doveri e

³⁸² Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088.

³⁸³ IACOVIELLO F., Processo di parti e prova del dolo, in *Criminalia*, 2010, p. 481-482 e 504-507.

³⁸⁴ Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088

non esercitando i poteri conferitigli dalla legge, l'unica conclusione plausibile è che abbia voluto o quanto meno abbia accettato il rischio, che l'evento lesivo si verificasse³⁸⁵.

Occorre a questo punto chiedersi quali fatti possano essere considerati alla stregua di segnali d'allarme; si ritiene di dover far riferimento a eventi quali ad esempio "sintomi di una crisi d'impresa"³⁸⁶ o ancora il fatto che la società non si avvalga di un consulente esterno alla stessa per l'adempimento degli obblighi contabili previsti dalla legge³⁸⁷.

Talvolta però ci si può spingere oltre e qualificare come indici rivelatori gli stessi fatti di reato che l'amministratore avrebbe dovuto impedire³⁸⁸; in questo caso il dolo non sarebbe da accertare mediante quel procedimento sopra esaminato ma potrebbe essere considerato *in re ipsa*³⁸⁹.

Tuttavia, accanto a questi meccanismi di prova dell'elemento psicologico, ve ne sono altri, che sono stati anche applicati in alcune pronunce della Suprema Corte, che si pongono in netto contrasto con i principi di legalità, personalità della responsabilità penale e colpevolezza.

Un esempio pratico si ha in una sentenza del 2005 in cui la Suprema Corte³⁹⁰ ribalta l'onere della prova; questo infatti incombe sull'imputato che dovrà dimostrare di non aver percepito

³⁸⁵ Iacoviello F., Processo di parti e prova del dolo, in *Criminalia*, 2010, pp. 481-482 e 504-507.

³⁸⁶ Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri.

³⁸⁷ Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Leggi d'Italia*.

³⁸⁸ Cass. pen., Sez. V, 27 marzo 2012, n. 28928 in *Leggi d'Italia*. In questa sentenza la Corte afferma che nel caso di specie si rinvenivano circostanze e situazioni che confermano il fatto che gli indici rivelatori della illegale gestione fossero stati percepiti. Secondo la Corte questi segnali erano appunto la falsificazione delle attività e passività iscritte a bilancio per coprire e nascondere agli amministratori le perdite della società; condotte di distrazione.

³⁸⁹ BRICOLA F., *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.

³⁹⁰ Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509, in *Leggi d'Italia*.

i segnali d'allarme né di aver avuto informazioni circa l'illecito in itinere. Dovrà quindi, fornire tutti gli elementi per "smontare" l'accusa a suo carico³⁹¹. La presunzione di responsabilità sussistente in capo all'amministratore, deriva dalla applicazione della regola del "non poteva non sapere"³⁹².

Nella seconda fase³⁹³ si colloca la decisione in merito al caso c.d. Bipop Carire³⁹⁴. Questa pronuncia è fondamentale in questo ambito in quanto si pone in netta antitesi rispetto a quanto finora affermato in relazione all' accertamento dell'elemento psicologico, in particolare del dolo in capo agli amministratori e ai sindaci.

I punti dai quali si evince la non conformità di questo ragionamento ai principi summenzionati sono essenzialmente tre:

a) in primo luogo, contrariamente a quanto affermato nella pronuncia sul caso del Banco Ambrosiano e nella sentenza 2009, n. 36595, la Corte afferma che conoscenza e mera conoscibilità, non possono essere poste sullo stesso piano, non possono essere equiparate.

La Corte infatti sostiene che mentre la conoscenza "attiene all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa"³⁹⁵.

b) per quanto riguarda i segnali d'allarme, La Corte afferma che ai fini

³⁹¹ Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509, in Leggi d'Italia.

³⁹² Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509, in Leggi d'Italia.

³⁹³ Cass. pen., Sez. V, 3 ottobre 2007, n. 43101, in Leggi d'Italia; Cass. pen., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, in Leggi d'Italia. Anche queste sentenze si pongono sulla stessa lunghezza d'onda.

³⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838 in Cass. pen., 2008, pp. 103 ss., con nota di CENTONZE F., La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario, pp. 109 ss.; Le Soc., 2008, pp. 899 ss., con nota di PULITANÒ D., Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori.

³⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, p. 106.

dell'accertamento dell'elemento psicologico non si può che dare rilevanza solo a quei segnali d'allarme "perspicui e peculiari in relazione all'evento". Deve trattarsi di indizi facilmente riconoscibili e comprensibili, circa la commissione dell'illecito, dall'osservatore; ad esempio, non avranno rilevanza penale la circostanza che le decisioni che normalmente andrebbero prese nell'ambito del consiglio di amministrazioni, vengano prese in altro luogo³⁹⁶, oppure la sussistenza di legami personali tra membri dell'organo di gestione e membri dell'organo di controllo in quanto troppo generico³⁹⁷. La Corte, quindi afferma, che deve considerarsi perspicuo e peculiare solo quel segnale che permette, al soggetto, in questo caso amministratore non esecutivo o sindaco, che l'abbia individuato, percepito, e se lo sia rappresentato, di ricondurvi l'illecito in itinere³⁹⁸.

c) ancora, la corte, afferma che per la prova del dolo, non è sufficiente che il segnale d'allarme si sia manifestato e sia percepibile dall'amministratore non esecutivo in quanto caratterizzato da un forte grado di anormalità³⁹⁹; è necessario, altresì, che l'indice rivelatore dell'illecito sia effettivamente e concretamente percepito dallo stesso.

È necessario non solo che il segnale esista e sia percepibile, ma anche che questo venga concretamente percepito dal controllore e riconosciuto da questi come tale.

Tuttavia questa sentenza presenta anche degli elementi poco chiari.

Innanzitutto l'inerzia degli amministratori, affinché possa essere presa in considerazione per la dimostrazione della sussistenza di una responsabilità penale, deve sempre essere affiancata dalla prova della conoscenza degli indizi rivelatori dell'illecito; in caso contrario potrà configurarsi al più un rimprovero

³⁹⁶ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, p. 107.

³⁹⁷ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, p. 107.

³⁹⁸ PULITANÒ D., I confini del dolo, p. 38.

³⁹⁹ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, p. 107.

colposo e si arriverà a “rivestire la colpa le mentite spoglie del dolo”. Ancora, si rinviene in questa sentenza, l’assoluta mancanza di qualsivoglia riferimento al dolo e all’accettazione del rischio; si ritiene, quindi, che questo debba essere ritenuto implicito, in re ipsa, nel caso in cui il garante sia rimasto inerte e non si sia adoperato per evitare il verificarsi dell’illecito.

Nonostante ciò questa sentenza, si rivelerà essere un esempio e un modello da seguire per tutte le successive pronunce aventi ad oggetto la responsabilità penale omissiva degli amministratori non esecutivi o dei sindaci⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Paradigmatica in questo senso è la citata decisione Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595. In questa sentenza si legge l’invito della Corte a far propri i principi e gli insegnamenti della sentenza Bipop Carire.

4. Il dolo dei controllori come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione c.d. Credito Commerciale Tirreno

Nella terza fase, invece, si collocano alcune sentenze, recenti, che superano i principi stabiliti nella sentenza Bipop Carire, ponendosi un passo avanti rispetto alla stessa.

Manifesto indiscusso di questa fase è la sentenza in merito al caso del Credito Commerciale Tirreno⁴⁰¹ per la realizzazione di reati di bancarotta nell'esercizio dei poteri inerenti la gestione dell'impresa sociale.

Prima di procedere all'analisi degli elementi fondamentali di questa pronuncia, nell'ambito della responsabilità penale degli amministratori e sindaci, è bene fare una breve introduzione della vicenda.

Si tratta del processo intentato contro amministratori e sindaci del summenzionato istituto di credito per aver posto in essere condotte integranti i reati di bancarotta distrattiva e societaria, e operazioni illecite dolose. La banca in un primo momento veniva posta liquidazione coatta amministrativa,⁴⁰² ed successivamente dichiarata insolvente⁴⁰³.

Mentre in primo grado tutti gli imputati sono stati indiscriminatamente condannati⁴⁰⁴, la Corte di Appello di Salerno⁴⁰⁵ da un lato ha condannato l'autore dei delitti monosoggettivi, ma dall'altro ha assolto gli amministratori e sindaci per mancanza del dolo, in quanto questi avevano agito ignorando il fatto che le

⁴⁰¹ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013.

⁴⁰² Decreto del Ministro del Tesoro, 4 giugno 1996.

⁴⁰³ Tribunale di Salerno, 26 maggio 1997.

⁴⁰⁴ Tribunale di Salerno, 31 gennaio 2008.

⁴⁰⁵ App. Salerno, 21 giugno 2010.

operazioni fossero contra ius.

Tuttavia contro questa decisione hanno fatto ricorso sua la società per azioni sia uno dei sindaci.

Mentre la Banca riteneva la decisione della Corte d'Appello errata in quanto assolveva gli imputati sostenendo che non vi fossero segnali perspicui e peculiari della contrarietà alla legge delle condotte, uno dei sindaci proponeva ricorso perché riteneva erronea la formula con cui era stato assolto cioè per insussistenza del fatto o per non averlo commesso, invece che perché il fatto non costituisce reato; il sindaco infatti sosteneva che la formulazione terminale sarebbe dovuta essere quella in quanto mancavano del tutto sia l'elemento oggettivo che quello soggettivo⁴⁰⁶.

La Corte d'appello afferma poi che se bisogna considerare come solidalmente responsabili al pari di chi ha determinato il verificarsi dell'illecito, coloro che non lo hanno impedito, occorre che i poteri impeditivi siano ben individuati e puntualmente descritti; secondo la Corte tutto ciò non è garantito nella legislazione vigente".⁴⁰⁷

I giudici d'Appello quindi si augurano una riforma diretta a tipizzare i poteri impeditivi, così da riscontrare meno problemi nella ricostruzione del nesso causale tra l'omissione e l'evento.

In merito al nesso di eziologico, invece, la Suprema Corte ribalta quanto sostenuto dal giudice d'appello⁴⁰⁸ e rigetta il ricorso del sindaco e afferma che secondo

⁴⁰⁶ INGRASSIA A., La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?, p. 2.

⁴⁰⁷ Cassazione penale, sezione V, 8 giugno 2012, n. 42519.

⁴⁰⁸ App. Salerno, 21 giugno 2010 il giudice d'appello afferma che a seguito delle indagini fatte non è stato possibile dimostrare che se il soggetto avesse posto in essere la condotta prevista come doverosa dalla legge e se avesse usato i poteri conferitigli per impedire l'evento lesivo, questo non si sarebbe verificato o quanto meno si sarebbe verificato ma il soggetto avrebbe potuto attenuarne le

coefficienti medio alti di probabilità, e in virtù dei poteri a lui attribuiti dalla legge, il sindaco avrebbe potuto impedire il fatto di reato⁴⁰⁹.

Tuttavia la Corte utilizzando la regola di coefficienti di probabilità medio altri contravviene a quanto stabilito dalla sentenza Franzese, che ha abbandonato la regola dell'apprezzabile grado di probabilità a favore di un giudizio prognostico del giudice⁴¹⁰

Seguendo le orme della sentenza Bipop Carire, in questa occasione la Corte torna a conferire il giusto rilievo alla teoria dei segnali d'allarme e a distinguere nettamente e palesemente il momento rappresentativo dell'elemento soggettivo da quello volitivo⁴¹¹.

Secondo la stessa, infatti, affinché si possa muovere un addebito doloso nei confronti dell'imputato è necessario che questo abbia effettivamente e concretamente percepito, conosciuto gli indici rivelatori dell'illecito in itinere capace di recare danno e pregiudizio alla società.

A parere della Corte sarebbe sufficiente per la sussistenza di una responsabilità penale omissiva anche il solo fatto che l'amputato avesse percepito e si fosse rappresentato il rischio del verificarsi di un tale evento e che sia volontariamente e coscientemente rimasto inerte contravvenendo quindi all'obbligo giuridico di cui titolare⁴¹².

conseguenze dannose e pregiudizievoli per la società, per i soci, i creditori e i terzi eventualmente in contatto con la stessa.

⁴⁰⁹ Cassazione penale, sezione V, 8 giugno 2012, n. 42519.

⁴¹⁰ PELISSERO M., Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione, p. 988.

⁴¹¹ Questa distinzione tra momento volitivo e rappresentativo era stata utilizzata anche dal Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2008, pp. 109 ss., relativa alle condotte di aggioaggio sui titoli del gruppo Parmalat.

⁴¹² Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519

In questo caso, per muovere un addebito a titolo di dolo eventuale, la Corte afferma che è necessario non solo che il soggetto attivo abbia conosciuto e percepito il segnale d'allarme; occorre, altresì, che l'amministratore "se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi e non di meno sia rimasto inerte"⁴¹³.

Possiamo quindi affermare che anche in questa situazione, a parere della Corte, occorre procedere ad una valutazione a 360° dei segnali d'allarme, sia da un punto oggettivo che soggettivo; da un lato, occorre infatti dimostrare che il segnale sia di per sé in grado di allarmare il soggetto attivo circa l'esistenza di un reato in itinere; dall'altro, invece, è necessario dar prova del fatto che il soggetto, garante, abbia effettivamente percepito lo stesso e si adoperi per evitare il verificarsi dell'evento pregiudizievole per la società.

La Suprema Corte, nel procedere all'analisi della responsabilità penale omissiva, dei segnali d'allarme e del dolo dei controllori, sottolinea e precisa che nella fase di accertamento dell'elemento soggettivo del dolo, e in particolare nell'accertamento del momento rappresentativo, non ci si può avvalere di mere presunzioni, mezzucci o sotterfugi fondate su massime di comune esperienza, ma al contrario, è necessario utilizzare criteri rigorosi e legali.⁴¹⁴.

Ancora, la Corte si mostra insoddisfatta e afferma che la responsabilità del soggetto e quindi l'elemento volitivo del dolo non può fondarsi esclusivamente sul rapporto conoscenza inerzia; infatti non basterebbe la conoscenza dell'illecito in itinere in quanto in questi casi non si tratterebbe di dolo neanche nella forma eventuale. Il dolo eventuale, richiede in ogni caso, affinché si possa affermare che un fatto è dal soggetto avente voluto e a lui imputabile in termini di accettazione del rischio, che lo stesso si determini a favore della possibile offesa del bene

⁴¹³ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519.

⁴¹⁴ Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010. CENTONZE F., Il problema della responsabilità penale, p. 325 critica questa impostazione.

giuridico tutelato dalla norma incriminatrice⁴¹⁵.

È proprio questo il punto di contrasto con il caso Bipop Carire poiché stando a quanto afferma la Corte nel caso di specie, anche nel reato omissivo improprio è necessario affinché possa configurarsi un rimprovero doloso e non meramente colposo, che l'autore determini in un senso o nell'altro: faccia tutto ciò che è nelle sue possibilità giuridiche e materiali per evitare l'evento pregiudizievole per la società, i soci, i creditori e i terzi che vengano in contatto con la stessa, oppure accetti il rischio che l'illecito si realizzi e rimanga inerte di fronte alla commissione di condotte *contra ius*⁴¹⁶.

Occorre svolgere un'analisi attenta e puntuale al fine di individuare e valutare i criteri di accertamento del dolo⁴¹⁷: la Suprema Corte ne individua tre nella motivazione alla sentenza sostenendo che nel caso di specie, mancando il dolo in capo agli amministratori, non possa, quindi, sussistere una responsabilità penale omissiva.

a) in primo luogo bisogna aver riguardo alla fiducia⁴¹⁸ riposta dagli amministratori non esecutivi negli amministratori delegati che, nell'ambito dell'istituto di credito commerciale Tirreno erano considerati un esperto nell'ambito delle nuove operazioni bancarie e perciò godevano della stima di tutti⁴¹⁹; questa fiducia si basava su degli indici oggettivi: affidabilità, esperienza, preparazione e autorevolezza.

⁴¹⁵ DEMURO G.P., Il dolo, cit., 15 ss..

⁴¹⁶ PROSDOCIMI S., Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali, Milano, 1993, p. 68.

⁴¹⁷ DEMURO G.P., Il dolo, cit., 15 ss..

⁴¹⁸ Cass. pen., Sez. I, 1 gennaio 2011, n. 10411, in Dir. pen. cont., 25 maggio 2011, con nota di AIMI A., Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, e con nota di M. Zecca, Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione, in Dir. pen. cont., 27 settembre 2011.

⁴¹⁹ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519.

Secondo la Corte questo elemento è molto importante nell'ambito della sussistenza o meno di una responsabilità penale omissiva e nell'ottica di un rimprovero doloso per verificare la cosciente e volontaria adesione dello stesso all'illecito, poiché un conto è che l'amministratore non esecutivo rimanga inerte davanti ad un segnale d'allarme, rivelatore dell'illecito, in quanto decide di disinteressarsi deliberatamente della sorte della società, dei creditori o dei soci, un altro conto è che questi si trovi in una situazione di dubbio e confusione circa il da farsi dinnanzi alla manifestazione di segnali d'allarme e superi questo stato confusionale in virtù della fiducia riposta nelle capacità dei delegati seppur apparente⁴²⁰.

Questa analisi richiama quanto detto⁴²¹ in altre sedi circa la figura del c.d. "attore decisivo". Si tratta di una figura importante e particolare nell'ambito degli illeciti societari figura peculiare degli illeciti societari, di un soggetto che detiene il potere decisionale e che, in virtù del potere che ha di controllare i capitali e le informazioni che circolano all'interno dell'impresa sociale esercita di fatto un forte e potente potere sugli altri membri dell'organo amministrativo⁴²². Tutto ciò fa in modo che questo goda di estrema fiducia tra gli amministratori non esecutivi che sono così portati a conformarsi alle sue decisioni.

Ciò ci fa capire come molto spesso l'inerzia e l'omissione degli amministratori non esecutivi non sia dovuta ad una propria cosciente decisione di aderire al proposito criminoso, ma anzi, che il più delle volte sia la risultanza di un eccesso di fiducia risposta nel delegato tra l'altro erronea e pertanto colposa.

⁴²⁰ Nella pronuncia sul fallimento del Credito Commerciale Tirreno si afferma che quanto stabilito dalla Corte di Appello in merito al dolo eventuale non si possa condividere: secondo la Suprema Corte, infatti, affermare che alcuni indici rivelatori dell'illecito erano così anomali e anormali da poter essere colti e percepiti anche dal più sprovveduto degli amministratori o dei sindaci, con il semplice atto di lettura delle carte, implica che si possa muovere nei confronti di questi un addebito di natura colposa nei confronti di chi non li percepì.

⁴²¹ CENTONZE F., Controlli societari, p. 48 ss..

⁴²² CENTONZE F., Controlli societari, p. 102.

b) l'altro elemento che, secondo la Suprema Corte, deve essere analizzato accuratamente per appurare se l'adesione dell'amministratore al proposito criminoso fosse cosciente, consapevole e volontaria, è rappresentato dalla verifica dell'esistenza di un eventuale pregiudizio derivante all'amministratore privo di deleghe dalla condotta illecita posta in essere dall'esecutivo. Infatti, a detta della Corte, la messa in pericolo di interessi propri è un elemento a sostegno della non presenza del dolo⁴²³.

c) l'ultimo elemento su cui si sofferma la Cassazione è rappresentato, dalla presenza, nel caso di specie, di artifici, o raggiri posti in essere dagli amministratori esecutivi al fine di mascherare i segnali d'allarme o comunque gli indici rivelatori di un illecito in fieri.

Il caso preso in considerazione dalla corte è, in tal senso particolarmente significativo: un amministratore falsificò un fax a fronte di una richiesta della società di revisione, per attestare il controvalore di titoli depositati presso un fiduciario; inviò il fax agli altri amministratori per rassicurarli ed informarli dell'avvenuta ottemperanza alla specifica richiesta.

Questo caso ci mostra come l'amministratore abbia mostrato all'organo collegiale, una realtà diversa rispetto a quella societaria, per evitare che lo stesso si determinasse in un altro senso⁴²⁴ contrario rispetto alle sue aspettative.

Sembra in questo caso doversi fare applicazione della prima formula di Frank⁴²⁵: il fatto che al collegio sia stata presentata una realtà diversa da quella effettiva, esclude la presenza del dolo degli amministratori non eseguiti, in quanto se quasi

⁴²³ DEMURO G.P., Il dolo, cit., 516 ss; VIGANÒ F., Fuga spericolata in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?, in *Corr.mer.*, 2005, pp. 75 ss.

⁴²⁴ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519

⁴²⁵ GENTILE G., "Se io avessi previsto tutto questo". Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

non fossero stati raggirati, probabilmente non sarebbero rimasti inerti, ma al contrario avrebbero fatto quanto nei loro poteri per evitare la realizzazione dell'illecito e quindi un pregiudizio per la società.

L'uso dell'avverbio probabilmente è giustificato dalla circostanza che gli artifici e i raggiri potrebbero non aver del tutto escluso la percezione degli eventi dannosi che gli amministratori non eseguiti hanno l'obbligo di impedire e anche dal fatto che questo criterio si basa sul punto di vista del gatekeeper e non sugli atteggiamenti e comportamenti degli imputati.

Nel caso di specie il sindaco, durante l'assemblea di approvazione del bilancio, non aveva sollevato al dubbio circa la rischiosità dei titoli iscritti all'attivo, manifestandolo solamente nel successivo collegio sindacale⁴²⁶. A parere della Corte proprio questo comportamento dimostra che il sindaco aveva percepito i segnali d'allarme che gli si erano rappresentati ma aveva ritenuto inutile farlo presente in assemblea.

Successivamente, però, ne fa menzione durante il collegio sindacale; tuttavia, secondo la Corte anche questo comportamento non è sintomatico della presenza del dolo dal momento che se il sindaco avesse voluto prender parte al proposito criminale non si sarebbe di certo comportato in questo modo cercando di eliminare qualsiasi riferimento a segnali d'allarme⁴²⁷.

Secondo la Suprema Corte, quindi, la teoria dei segnali d'allarme non deve più essere considerata alla stregua delle cosiddette scorciatoie probatorie, ma al contrario deve essere intesa quale riferimento per l'accertamento dell'elemento psicologico, per evitare un "tramonto del dolo".⁴²⁸

⁴²⁶ Il collegio sindacale si è tenuto solo 15 minuti dopo la conclusione dell'assemblea.

⁴²⁷ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519.

⁴²⁸ PEDRAZZI C., Tramonto del dolo?, p. 1265 ss.

È proprio per tutti questi motivi che nell' ultimo atto⁴²⁹ del processo riguardante il caso della Banca Credito Commerciale Tirreno s.p.a. in una nota un celebre autore quale Alex Ingrassia usa la locuzione e parla di una "decisione apripista" nel senso di un "auspicabile inizio di un percorso giurisprudenziale di commiato da forme di responsabilità di posizione"⁴³⁰.

⁴²⁹ pronuncia n. 42519/2012 della Corte di Cassazione

⁴³⁰ INGRASSIA A., La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?, p. 12.

4. La responsabilità omissiva dei sindaci.

Il collegio sindacale è un organo di recente introduzione; si tratta di un organo introdotto dal legislatore al fine di “esercitare un’attività di sorveglianza sull’operato degli amministratori”.

La sua natura risiede nella collegialità, pertanto il sindaco, *uti singulus*, non è titolare di poteri e doveri di controllo ma, nell’esplicare la sua funzione, dovrà sempre far capo al collegio⁴³¹.

Questa struttura che il legislatore ha voluto conferire al collegio e quindi alle società ha come fine ultimo quello di esercitare i compiti affidati ai sindaci in maniera efficace e coerente per evitare distorsioni e inadempimenti⁴³² nell’attività di vigilanza.

Tuttavia, nonostante il compito particolare e delicato affidatogli, quest’organo è stato sin dalla sua introduzione abbondantemente criticato;

Pipia sostiene che il collegio non esercita accuratamente i propri obblighi. L’autore, in maniera incisiva, afferma che questi non sono altro che amici degli amministratori e da loro inseriti nel circuito societario.⁴³³

Ancora, Sacerdoti, sottolineava questo rapporto tra organo gestorio e organo di

⁴³¹ CENTONZE F., Controlli societari, p. 271.

L’autore afferma che l’attività dei sindaci, essendo imperniata sul controllo della conformità alla legge delle operazioni dell’impresa sociale è organizzata secondo diverse fasi ed è articolata in molteplici operazioni.

⁴³² CENTONZE F., Controlli societari, p. 272.

⁴³³ PIPIA U., Società anonima, in Dig. It., XXI, Torino, 1903-1906, n. 233, p. 444.

controllo, definendoli come “duo in carne una”.⁴³⁴

Vivante scrive che questi sono del tutto inutili, complici degli amministratori⁴³⁵.

In ultimo Cottino, critica, in maniera lampante, l'introduzione di questo organo. Egli sostiene, infatti, che nelle società piccole o medie è del tutto inutile, nelle società grandi è solo il “contorno” rispetto all'organo di gestione ed è alle sue dipendenze⁴³⁶.

Ancora afferma che teoricamente, stando alla lettera della legge, dovrebbe essere un organo imparziale che vigila sul corretto andamento e sulla legalità della gestione e delle condotte degli amministratori, ma nei fatti “è, o almeno è stato sinora, un organo scarsamente incisivo sia per la sua spesso inadeguata qualificazione tecnica sia per la sua mancanza reale di indipendenza”⁴³⁷.

Tuttavia anche dopo la riforma, altri studiosi, si può citare ad esempio, Cavalli, hanno continuato ad affermare e sottolineare l'inefficienza di tale organo. L'autore infatti riteneva che si trattasse di un organo per nulla qualificato dal punto di vista tecnico, e in tutto dipendente dall'organo gestorio a tal punto da non avere alcun potere decisionale o comunque di influenza nei confronti dello stesso⁴³⁸. Inoltre ha affermato che nonostante gli interventi legislativi, si tratta di un organo ormai in perenne crisi⁴³⁹.

⁴³⁴ SACERDOTI A., Legislazione sulle società anonime ed in accomandita per azioni, in *Temi ven.*, 1894, XIX, p. 185.

⁴³⁵ VIVANTE C., Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulla società anonime, in *Riv. Dir. comm.*, 1935, I, p. 497.

⁴³⁶ COTTINO G., Società: società per azioni. Il controllo della gestione nelle società per azioni, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, v. XVII, p. 636.

⁴³⁷ COTTINO G., *Diritto commerciale*, III ed., Padova, 1994, v. I., tomo II, p. 558.

⁴³⁸ CAVALLI G., I sindaci, p. 4; anche COLOMBO G. E., La disciplina italiana della revisione, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 1997, n. 1, p. 5 ss condivide il pensiero del primo.

⁴³⁹ CAVALLI G., Il collegio sindacale, in S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005, p. 268.

Tutte queste critiche, non sono servite a nulla, in quanto il legislatore ha confermato con la riforma la presenza del suddetto organo conferendogli poteri sempre più pregnanti: nasce come “occhio dell’assemblea”⁴⁴⁰, e da essere considerato come una sorta di “mandatario” dei soci⁴⁴¹, è diventato un organo fondamentale all’interno della società, positivamente considerato e apprezzato anche dagli organi di comando della Consob.

Particolare è la descrizione che Caselli fa del collegio sindacale; egli lo descrive prima come un bambino nato morto e poi come un vecchio ridotto in pessime condizioni; nonostante tutto, nonostante le critiche, nonostante le riforme, nonostante si pensasse concretamente alla sua eliminazione, però dice l’autore, è uscito da queste riforme vincitore⁴⁴².

Passiamo ora alla trattazione della responsabilità omissiva dei sindaci; come abbiamo fino ad ora fatto, anche in questo caso, bisogna analizzare i tre punti fondanti: la posizione di garanzia, il nesso di causalità e il coefficiente psicologico.

Tuttavia non è del tutto semplice per l’interprete risalire ed affermare una responsabilità penale dei sindaci in quanto non solo, come abbiamo già detto si tratta di un organo avente natura collegiale, le cui decisioni, quindi, vengono prese collegialmente da tutti i sindaci e in secondo luogo anche perché molto spesso le decisioni assunte da questi non possono essere qualificate come impeditive rispetto agli illeciti posti in essere dagli amministratori.⁴⁴³

⁴⁴⁰ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 273. L’autore afferma che il collegio sindacale nasceva infatti come “una sorta di fiduciario dei soci, privo di qualsiasi immediato potere repressivo sugli atti o sulle persone degli amministratori e semplicemente preposto a riferire agli azionisti e a loro soltanto sull’andamento della gestione sociale e su eventuali malversazioni dei gestori”.

⁴⁴¹ VASSALLI F., *Sindaci*, p. 744.

⁴⁴² CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 263.

⁴⁴³ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 269-270.

Prima di passare all'analisi dei poteri e dei doveri dei sindaci e della posizione di garanzia da questi ricoperta occorre fare una precisazione.

Con l'introduzione dei tre diversi modelli di governance (dualistico-monistico e tradizionale), che si differenziavano per il regime dei controlli interni, ci si trova davanti ad una novità, sia dal punto di vista normativo che strutturale rispetto a quanto previsto dal legislatore del 1942;

Tuttavia permane il fatto che il modello tradizionale rappresenta la regola e i soci eventualmente possono scegliere un altro modello soltanto modificando la statuto e l'atto costitutivo.

Nonostante, il modello tradizionale sia rimasto il più usato, non si deve cadere nell'equivoco che anche la normativa non abbia subito gli effetti degli interventi legislativi.

Quanto ai poteri conferiti ai sindaci bisogna far riferimento alle norme del codice civile. Abbiamo già, più volte affermato, che si tratta di un organo collegiale, pertanto i poteri-doveri devono essere esercitati dal collegio, salvo per gli atti che costituiscono una parte dell'intero procedimento, che possono, quindi, essere posti in essere, espletati, dal sindaco uti singulus.

Nell'attività di controllo esercitata dai sindaci possiamo distinguere essenzialmente tre momenti:

- a) fase ricognitiva-ispettiva;
- b) fase valutativa;
- c) fase comminatoria o di intervento attivo.

La prima fase è molto importante, in quanto i sindaci si trovano davanti ad un materiale del tutto nuovo, che devono esaminare per poi esercitare i loro poteri ispettivi o il dovere di informazione nei confronti di altri soggetti.

La seconda fase, detta appunto valutativa, è fondamentale in quanto i sindaci devono verificare che gli atti o le condotte poste in essere dagli amministratori o da altri soggetti all'interno delle dinamiche societarie, siano del tutto conformi alla legge e al principio di buon andamento e efficienza della gestione.

Il terzo e ultimo momento consiste nell'attività dell'organo di controllo che deve, in caso di violazione e di accertata illiceità delle condotte, porre in essere, nei limiti delle sue attribuzioni, tutto quanto necessario per evitare che si verifichino illeciti e danni all'impresa sociale⁴⁴⁴. Questa fase si realizza con la denuncia da parte del soggetto delle irregolarità rilevate, agli organi competenti.

Occorre a questo punto procedere ad una differenziazione tra i poteri "reattivi" attribuiti dalla legge solo all'organo sindacale in quanto tale e non ai singoli membri dai poteri "impeditivi" dei singoli membri. Il collegio può, innanzitutto, ai sensi dell'art. 2377, comma 2, c.c.,⁴⁴⁵ impugnare le deliberazioni dell'assemblea non conformi alla legge o allo statuto, oppure quelle delibere che violando l'art. 2391 c.c.⁴⁴⁶ sono viziate in quanto violano le

⁴⁴⁴ CAVALLI G., Art 149, in CAMPOBASSO G.F., Testo unico della finanza, p. 1233.

⁴⁴⁵ "Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale".

⁴⁴⁶ L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti

disposizioni sul conflitto d'interessi.

Tuttavia, in questo caso il potere attribuito al collegio, non è impeditivo in quanto lo stesso nulla può più fare nel caso in cui il reato si sia già consumato poiché l'impugnazione non può colpire direttamente l'atto viziato annullandolo; al più il potere in questo caso attribuito all'organo sindacale, si configura come deterrente per gli amministratori che saranno portati al revocare la deliberazione piuttosto che procedere per vie legali.

L'art 2406⁴⁴⁷ del codice civile, al primo comma disciplina il potere-dovere dei sindaci di convocare l'assemblea in caso di omissione o ingiustificato ritardo degli amministratori.

Al secondo comma, attribuisce all'organo sindacale il potere nonché dovere di convocare il consiglio di amministrazione nel caso in cui ravvisi "fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere". Ancora il collegio può convocare autonomamente l'assemblea anche nel caso in cui rilevi durante la sua attività di controllo segnali di reati in itinere; deve a questo punto informare gli amministratori e chiedere la convocazione di un CDA.

Il potere riconosciuto al collegio quindi di partecipare alle assemblee, però, può rappresentare un arma a doppio taglio; se da un lato infatti l'organo potrebbe voler convocare l'assemblea per evitare la commissione di illeciti, prendere

acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione.

L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

⁴⁴⁷ In caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, il collegio sindacale deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge.

Il collegio sindacale può altresì, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere.

provvedimenti nei confronti degli amministratori che contravvengano alla legge, dall'altro potrebbe essere solo un modo per coalizzarsi a discapito della minoranza, influenzando così, la volontà sociale.

Ulteriore prerogativa affidata al collegio è rappresentato dalla denuncia al tribunale delle gravi irregolarità di gestione capaci di produrre un danno alla società, di cui all' art. 2409, comma 7, c.c.⁴⁴⁸ che nel caso delle società quotate viene rivolta alla Consob ex art. 149, comma 3, TUF⁴⁴⁹. Diversamente a quanto accade in caso di convocazione dell'assemblea da parte del collegio, in questo caso viene coinvolto un soggetto extraneus all'ambito societario che ha il compito di porre fine alle irregolarità della gestione ed evitare la lesione di interessi particolarmente meritevoli di tutela all'interno dell'impresa sociale⁴⁵⁰.

Tutti questi rimedi, sono attribuiti al collegio come organo, in virtù di quel principio di collegialità e ponderazione, e non ai sindaci per quanto i suddetti poteri se conferiti ai singoli componenti avrebbero sicuramente avuto il fattore positivo della speditezza e della celerità⁴⁵¹.

Altro potere attribuito al collegio è l'azione di responsabilità contro gli amministratori ex art. 2393, comma 3, c.c.,⁴⁵²; condizione necessaria affinché questa possa essere esperita è che vi sia una deliberazione dell'organo assunta a

⁴⁴⁸ "I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società".

⁴⁴⁹ "Il collegio sindacale comunica senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione".

⁴⁵⁰ CENTONZE F., Controlli societari, p. 277-278.

⁴⁵¹ AMBROSINI S., I poteri del collegio sindacale, p. 45.

⁴⁵² "L'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti".

maggioranza di due terzi e che abbia come fine ultimo quello di evitare la commissione di un reato in itinere.

Ai fini della nostra indagine sulla posizione di garanzia dei sindaci, è necessario analizzare i poteri - doveri a questi riservati singolarmente.

Ai sensi dell'art. 2405 c.c.⁴⁵³ e dell'art. 149, comma 2, TUF,⁴⁵⁴ i sindaci, hanno il potere di "assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo"; qualora un membro del collegio sindacale non sia favorevole ad una deliberazione può e deve farlo presente, in quanto la partecipazione prevista dal codice è attiva⁴⁵⁵.

Si tratta in un certo senso di un rimedio preventivo al loro dovere di vigilanza in quanto proprio esprimendo il loro dissenso potrebbero prevenire la commissione di illeciti da parte degli amministratori. I sindaci potranno, in seno alla riunione fare osservazioni, chiedere chiarimenti, ma non potranno esprimere il loro voto e in caso di condotte illecite dovranno prendere posizione e ammonirle.

⁴⁵³ "I sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo. I sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio".

⁴⁵⁴ "I membri del collegio sindacale assistono alle assemblee ed alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo. I sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio".

⁴⁵⁵ BUTTARO L. Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori, in Riv. Soc., 1989, p. 367 ss. l'autore ritiene, invece, che la partecipazione dei sindaci alle riunioni degli amministratori sia piuttosto una partecipazione passiva in quanto questi non possono pretendere chiarimenti ma devono esclusivamente ascoltare senza intervenire. In questo modo l'autore tende a svilire il ruolo che invece la legge attribuisce agli stessi proprio in virtù di quella posizione di garanzia che fa loro capo.

In seno all'assemblea il sindaco può esprimere il proprio dissenso rispetto ad una deliberazione. Se il dissenso ha per oggetto il contenuto del verbale d'assemblea, il sindaco può⁴⁵⁶, redigere e depositare una propria relazione per evitare che si compiano atti illeciti.

Oltre ai poteri – doveri riservati ai sindaci dalla legge, la giurisprudenza ne ha previsto un altro in assenza di alcuna previsione da parte del legislatore. Questo rimedio consente ai sindaci di denunciare la rilevata irregolarità al pubblico ministero affinché questi renda possibile quanto prescritto dall'art. 2409 del codice civile.⁴⁵⁷

Questo rimedio è stato previsto a seguito di un caso pratico affrontato e deciso dalla Suprema Corte civile nel 2000⁴⁵⁸.

Nel caso di specie i sindaci venivano accusati di non fatto tutto quanto fosse necessario e nei loro poteri per evitare i danni subiti dalla società. A giudizio della Corte, siamo di fronte ad un'ipotesi di *mala gestio* degli amministratori e di un'omissione da parte dei sindaci.

La Corte pone a fondamento del giudizio la circostanza, infatti, che se i sindaci avessero agito conformemente a quanto previsto dalla legge in merito ai loro poteri, si sarebbero potute evitare o quanto meno contenere le conseguenze danno e pregiudizievoli di quelle condotte illecite.

In prima battuta veniva contestato ai sindaci di non aver adempiuto al dovere di informazione; la corte prosegue dicendo che l'adempimento dei doveri previsti dalla legge prescinde dalla circostanza nel caso di specie che l'amministratore

⁴⁵⁶ Ex multis, SASSO C., TEDESCHI N.

⁴⁵⁷ Cassazione, 17 settembre 1997. Per la giurisprudenza di merito, ex multis, Tribunale di Padova, 5 aprile 1999; Tribunale di Messina, 12 novembre 1999; Tribunale di Rimini, 23 luglio 2002.

⁴⁵⁸ Cassazione, 17 settembre 1997, in foro it., 2000, I, c. 243 con nota di DELLE VERGINI L., Natura dei doveri del collegio sindacale, loro inosservanza, danno e rapporto di causalità.

fosse socio di maggioranza e controllasse l'assemblea.

In secondo luogo i giudici affermano che i sindaci oltre ai poteri espressamente indicati nel codice, sono titolari anche di rimedi extra societari serventi ad evitare la commissione di condotte illecite o a limitarne le conseguenze dannose. Uno di questi rimedi esterni è proprio la denuncia al pubblico ministero.

Tuttavia questo rimedio extra societario diviene un obbligo per il sindaco solo nel momento in cui non vi siano altre possibilità per evitare i reati societari e le condotte illecite degli amministratori che espongono a rischio il patrimonio sociale".⁴⁵⁹

La dottrina però non è concorde sulla natura da attribuire a questo rimedio. Infatti, alcuni ritengono che non sia un potere impeditivo in quanto la denuncia opera ex post rispetto alla condotta illecita.

Altri invece ritengono che debba essere considerato alla stregua dei poteri impeditivi. Tuttavia, però, questo orientamento non tiene conto del fatto che in ogni caso, anche se considerati come poteri impeditivi, sarebbero poteri mediati e non diretti in quanto sarebbe comunque un terzo, extraneus rispetto all'impresa sociale, il pubblico ministero a porre fine alle irregolarità riscontrate nella gestione.⁴⁶⁰

In merito alla posizione di garanzia dei sindaci è sorto un ampio dibattito dottrinale.

Quella sopra esposta è una delle argomentazioni addotte dai sostenitori⁴⁶¹ della tesi secondo cui i sindaci non concorrono nel reato perpetrato dagli amministratori.

⁴⁵⁹ Cassazione, 17 settembre 1997.

⁴⁶⁰ GIUNTA F., Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2006, p. 610.

⁴⁶¹ Ex multis, FIORELLA A., LEONCINI I., PISANI N.

Tuttavia, per quanto nota, questa linea di pensiero è rimasta nell'ombra a vantaggio di quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria. Partendo dal secondo comma dell'art. 2407 del codice civile⁴⁶² che afferma che "Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica", emerge che non vi siano differenze con quanto stabilito dall' art. 2392, comma 2, c.c. ⁴⁶³ perché , anche i sindaci hanno il dovere di fare quanto nelle loro possibilità per evitare che vengano poste in essere condotte pregiudizievoli per gli interessi sociali⁴⁶⁴.

Ancora, ad ulteriore suffragio di questa tesi, vi è anche un riferimento normativo; l'art. 2407, comma 3, c.c.⁴⁶⁵, infatti, fa esplicito riferimento all'art. 2395 c.c.,⁴⁶⁶ il quale disciplina l'azione individuale del socio e del terzo. Questo riferimento è di fondamentale, primaria importanza in quanto amplia il perimetro della posizione di garanzia dei sindaci fino a ricomprendere, non solo la protezione degli interessi patrimoniali dell'impresa sociale, ma anche e soprattutto i diritti dei soci e dei terzi.

Tuttavia, a questo punto, è necessario delimitare l'ambito applicativo della posizione di garanzia dei sindaci; ai sensi dell'art. 2407, comma 2, c.c., questa è limitata ad un controllo sull'attività, sulle condotte e sull'operato degli

⁴⁶² "Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica".

⁴⁶³ "In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, 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".

⁴⁶⁴ CENTONZE F., Controlli societari, p. 290.

⁴⁶⁵ "All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395".

⁴⁶⁶ "Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo".

amministratori⁴⁶⁷.

Occorre però interrogarsi sulla tipologia dei reati che i sindaci sono tenuti ad impedire.

Per quanto riguarda i reati propri degli amministratori, nulla quaestio; ambito più complessa e dibattuta è quello in merito ai reati comuni e ai reati tributari.

Sia per gli uni che per gli altri vale la stessa premessa; il codice civile disciplina il dovere di vigilanza in maniera ampia e senza esplicito riferimento a particolari reati; pertanto nell'ambito dei reati comuni, i poteri attribuiti dal codice ai sindaci sarebbero in grado di impedire anche condotte integranti fattispecie di reato comune, in quanto si tratta in ogni caso di reati lesivi di beni patrimoniali o degli interessi dei soci, dei creditori o dei terzi⁴⁶⁸.

Nel caso dei reati tributari invece entrano in gioco interessi diversi, non contemplati nell'art. 2407 del codice civile. Quid iuris? è necessario, quindi, ricercare altre norme, che insieme agli articoli 2403 c.c. e 149 tuf, riescano a giustificare la posizione di garanzia dei sindaci e quindi una responsabilità concorsuale anche in caso di reati tributari commessi dagli amministratori.

Queste norme⁴⁶⁹ sanzionano i soggetti che esercitano funzioni di controllo, che al momento della sottoscrizione, omettono di controllare e verificare la legittimità e la conformità alle previsioni normative dell'atto, sia nel contenuto che nella forma.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, p. 358.

⁴⁶⁸ CENTONZE F., Controlli societari, p. 294.

⁴⁶⁹ Art. 9, comma 5, d. lgs. 471/1997; art. 1, comma 5, d.p.r. 322/1998.

⁴⁷⁰ CENTONZE F., Controlli societari, p. 296.

L'altra direttrice da esaminare nell'ambito della responsabilità omissiva dei sindaci è quella del nesso causale tra la condotta omissiva del sindaco e quella commissiva degli amministratori.

Qui l'onere della prova ricade sul pubblico ministero che deve necessariamente dimostrare che la condotta omissiva del sindaco è stata decisiva ai fini della commissione dell'illecito. In altre parole il pubblico ministero, mediante quel giudizio prognostico di eliminazione mentale deve provare che se il sindaco avesse posto in essere quanto ritenuto doveroso dalla legge, senza omettere la condotta, avrebbe impedito il verificarsi di un danno per l'impresa sociale.

“I sindaci sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”. Questa norma a primo acchito sembra delineare in maniera sufficientemente chiara i confini della posizione di garanzia dei sindaci per i reati commessi dagli amministratori⁴⁷¹ ma il pubblico ministero deve fare i conti con una verifica ex post del nesso causale tutt'altro che semplice. Ciò perché i sindaci non sono dotati di poteri direttamente impeditivi nei confronti delle condotte e degli atti degli amministratori; diventa perciò difficile provare che se questi avessero posto in essere la condotta doverosa e adempiuto ai loro obblighi, il fatto di reato non si sarebbe verificato; “quasi mai si potrebbe stabilire con assoluta certezza che il danno non si sarebbe prodotto se quei poteri fossero stati esercitati”⁴⁷²

La dottrina⁴⁷³ ha cercato di risolvere questa situazione, ma comunque le soluzioni sono varie.

Una corrente di pensiero, ritiene che per far fronte a queste difficoltà probatorie bisognerà rinunciare a coefficiente probabilistici alti, tendenti al centro, a favore di

⁴⁷¹ CENTONZE F., Controlli societari, p. 300.

⁴⁷² VASSALLI F., Sindaci, p. 744.

⁴⁷³ Ex multis, MAGNANI M., TEDESCHI N..

valutazioni di “normalità legale”⁴⁷⁴: occorrerebbe sempre affermare una responsabilità dei sindaci in caso di omissione, partendo dalla presunzione secondo cui l’ottemperamento dei propri doveri da parte dei sindaci, in ogni caso scongiurerebbe il verificarsi dell’illecito o rederebbe più miti le conseguenze negative.⁴⁷⁵

Un’altra scuola di pensiero ritiene che non si possa affermare la sussistenza del nesso causale soltanto alla luce di una mera presunzione, ma occorre un *quid pluris* che questi autori ritengono opportuno ricercare nell’*id quod plerumque accidit*, delle massime di comune esperienza.⁴⁷⁶

Ancora, altri autori⁴⁷⁷ ritengono che si debba guardare al danno concretamente cagionato; compito del giudice sarà quello di dimostrare che in ogni caso, se i sindaci avessero ottemperato ai propri doveri, il danno si sarebbe attenuato.⁴⁷⁸

Tuttavia, tutte queste argomentazioni, non possono essere condivise in ambito penale in virtù dei principi di tassatività, personalità della responsabilità penale e colpevolezza.

I penalisti, infatti, ritengono e affermano che sia necessario affermare con assoluta certezza la sussistenza del nesso eziologico tra le condotte e non può dirsi esistente sulla base di mere presunzioni o coefficienti probabilistici bassi,⁴⁷⁹ poiché un conto è il piano della responsabilità civile, un conto è quello della responsabilità penale.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 303.

⁴⁷⁵ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 303.

⁴⁷⁶ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 303-304.

⁴⁷⁷ *Ex multis* VASSALLI F.

⁴⁷⁸ CENTONZE F., *Controlli societari*, p. 304.

⁴⁷⁹ Cassazione penale, sezione V, 27 aprile 2005, n. 40815.

⁴⁸⁰ MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, p. 57.

Molto spesso però a questa verifica puntuale⁴⁸¹ si predilige l'affermazione del nesso causale mediante mere presunzioni.⁴⁸²

Una pronuncia particolarmente significativa della Cassazione, afferma che per la prova del nesso non sono sufficienti coefficienti probabilistici bassi ma è necessario e indispensabili utilizzare coefficienti probabilistici prossimi o addirittura pari al cento.⁴⁸³

Un altro ambito problematico da analizzare per il giudice è la valutazione della celerità dell'azione del sindaco. Innanzitutto bisogna fare una precisazione; affinché si possa affermare la sussistenza del nesso causale e l'inadempimento del sindaco di un dovere attribuito dalla legge, è necessario che l'inerzia sia precedente alla consumazione del reato poiché nel momento stesso in cui il reato si verifica e consuma a nulla più servirà la condotta attiva del sindaco, non potendo più impedire il reato.

Anche la Corte di Cassazione in una pronuncia in merito alla responsabilità dei sindaci supplenti, ha sottolineato la necessità di una analisi meticolosa del nesso causale. La stessa infatti afferma che la responsabilità omissiva del sindaco non si può affermare per la ragione esclusiva di non aver esercitato i poteri e i doveri di controllo affidatigli dall'ordinamento, ma è necessario che l'omissione sia stata rilevante ai fini del verificarsi e della consumazione dell'illecito da parte degli amministratori.

A parere della Corte, questa rigorosa analisi va fatta ex post; infatti solo dopo la commissione del reato potrà verificarsi se fosse necessario che il sindaco esercitasse quei poteri e se avrebbero avuto una "reale efficacia impeditiva".

Tuttavia, questa verifica, per quanto analitica e puntuale, del nesso di causalità, non esclude comunque che sul pubblico ministero ricada l'onere di dimostrare la

⁴⁸¹ Cassazione penale, sezione V, 21 novembre 1989; Cassazione penale, sezione V, 19 giugno 1992; Trib. Milano, 16 aprile 1992.

⁴⁸² Cassazione, sezione II, 12 febbraio 2009, n. 20515.

⁴⁸³ Cassazione penale, sezione V, 28 febbraio 1991.

sussistenza dell'elemento psicologico che è il dolo.

L'altra direttrice da esaminare, nell'ambito della responsabilità omissiva dei sindaci, riguarda l'elemento soggettivo.

Relativamente alla prova del dolo si possono riprendere le regole che abbiamo già visto in merito al coefficiente psicologico degli amministratori privi di delega. Tuttavia occorre fare delle precisazioni.

Per quanto riguarda la prima precisazione, vi è una sentenza della Cassazione di poco successiva alle pronunce relative al caso Bipop-Carire, che sembra distaccarsi dall'impostazione di quest'ultime relativamente alla responsabilità dei sindaci per i reati commessi dagli amministratori e all'utilizzo della teoria dei segnali d'allarme per la prova del dolo.

Innanzitutto la Corte afferma il dolo eventuale è sicuramente compatibile con i reati omissivi impropri e che nell'ambito di questa ricostruzione probatoria un ruolo importante è attribuito ai segnali dall'allarme; si tratta, a detta della Corte, di indici che, secondo id quo plerumque accidit, rivelano il pericolo, nonché il rischio che si verifichi un evento lesivo, un fatto di reato.⁴⁸⁴ Pertanto, possiamo affermare che l'elemento rappresentativo del dolo è dato dalla dimostrazione della percezione da parte dell'attore di questi indici rivelatori.⁴⁸⁵

Come abbiamo precedentemente detto, la Corte si distacca dall'orientamento inaugurato con la sentenza sul caso Bipop-Carire.

Mentre nella sentenza 23838 del 2007, la Corte affermava che in primo luogo è necessario verificare che i segnali d'allarme si siano mostrati; a questo punto occorre procedere ad una valutazione circa le caratteristiche degli stessi: è

⁴⁸⁴ Cassazione penale, sezione V, 3 ottobre 2007, n. 1896.

⁴⁸⁵ Secondo la Corte le irregolarità documentali e contabili erano così macroscopiche da non poter sfuggire al commercialista.

necessario infatti che siano perspicui e peculiari in relazione all'evento; infine verificare che oltre ad essersi appalesati, i segnali siano stati effettivamente percepiti dal soggetto omissivo, in questa sede, invece, nulla dice né sulla qualità o sulle caratteristiche, né tanto meno sui passaggi da seguire al fine di giungere alla prova del dolo.

Questo modo di procedere però non è senza conseguenze soprattutto negative; infatti il rischio che si corre è quello di prendere in esame per la prova dell'elemento psicologico, segnali del tutto generici e ambigui, addirittura segnali che non si siano mostrati né siano stati concretamente percepiti dal sindaco, o ancora segnali che non siano né perspicui né peculiari dell'illecito in itinere. ⁴⁸⁶

Il secondo punto su cui dobbiamo soffermarci riguarda in particolare la centralità assunta dai sindaci all'interno dell'ordinamento e della gestione societaria. Proprio in virtù di questa situazione e di questa posizione assunta dai sindaci è necessario che la dimostrazione dell'elemento psicologico sia fatta con massimo rigore e precisione.

Questa premessa è funzionale al discorso sulle massime d'esperienza e sui ragionamenti presuntivi.

Infatti, in questi anni, nei processi penali che vedono come protagonisti i sindaci, sempre più forte e marcato è stato il rischio di basare l'accertamento dell'elemento psicologico esclusivamente su mere presunzioni e valutazioni erronee dei segnali d'allarme.

Per quanto riguarda, invece, le massime di comune esperienza, molto spesso queste venivano utilizzate in maniera poco rigorosa; la conseguenza era quella di dar valore esclusivamente a risultanze che non sono frutto di un ragionamento logico, razionale e scientifico, ma che al contrario si basano su mere presunzioni, assunzioni dogmatiche e pretese di verità.

⁴⁸⁶ CENTONZE F., Controlli societari, p. 311.

Tutto ciò però non è accettabile né tanto meno condivisibile dal diritto penale che nulla da per scontato; “nella prova del dolo (...) non è accettabile che il giudice fondi le sue valutazioni su una scienza privata, segreta e imperscrutabile, né che egli si serva acriticamente di una esperienza comune incerta e inattendibile”.⁴⁸⁷

Per riassumere quanto detto fin’ora, possiamo riproporre una sentenza della Suprema Corte del 2009⁴⁸⁸.

Nella sentenza in esame la Corte si trova a dover esaminare un caso di responsabilità dei sindaci di S.p.a. per omesso impedimento del reato commesso dagli amministratori).

Il reato addebitato all’ imputato era quello di cui all’art. 314 del codice penale: peculato.

“L’imputato nella sua qualità di membro e presidente del collegio sindacale della società per azioni ALFA, aveva sistematicamente omesso di rilevare frodi che emergevano dalla contabilità sociale, così consentendo agli amministratori della stessa società di dilatare artificialmente i costi di gestione di una discarica, gestione che era in pratica l’unico oggetto sociale, al fine di ottenere dalla Pubblica Amministrazione la liquidazione di una tariffa di volta in volta maggiore di quella predeterminata nella concessione; così appropriandosi di denaro pubblico per un importo non inferiore a 150 miliardi di lire, pari alla differenza tra quanto corrisposto dall’Amministrazione Pubblica a titolo di compenso alla concessionaria per il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani (sulla società gravava l’obbligo di rendicontazione annuale alla regione Lombardia del reale costo del servizio stabilito nella Convenzione) e quanto avrebbe dovuto invece esserle corrisposto sempre sulla base della Convenzione, nel caso in cui fosse stato presentato, come dovuto, un rendiconto reale”.

⁴⁸⁷ CENTONZE F., Controlli societari, p. 314.

⁴⁸⁸ Cassazione Penale, 15 maggio 2009, n.20515

La Corte territoriale esaminando la vicenda affermava che il giudice di primo grado aveva assolto l'imputato ritenendo non presenti elementi riconducibili ad una sua responsabilità. "ad avviso del primo giudice, il F. non aveva in alcun modo, istigato, ispirato o rafforzato la volontà di coloro che avevano materialmente posto in essere la condotta di peculato per distrazione e, per l'effetto, doveva ritenersi del tutto assente l'elemento soggettivo del reato".

Avverso questa decisione, proponeva appello il pubblico ministero ritenendo del tutto infondate le motivazioni proposte da giudice di primo grado. La corte territoriale, confermava la decisione di primo grado sostenendo che il fatto che l'imputato fosse membro del collegio sindacale, in alcun modo implicava un obbligo di controllo di questo nei confronti delle condotte degli amministratori in violazione delle prescrizioni di legge.

Avverso la sentenza della Corte di Appello di Milano propongono ricorso per cassazione i difensori dell'imputato deducendo violazione di legge e mancanza e/o contraddittorietà della motivazione, con sei specifici motivi di ricorso. La maggior parte di questi attengono all'individuazione dei criteri per affermare la responsabilità omissiva dei sindaci ex art. 40 cpv. del codice penale.

Prima di procedere alla sua analisi la Cassazione, afferma che è assolutamente configurabile in capo ai sindaci una posizione di garanzia; dalla lettura combinata degli artt. 2403 e 2404 c.c. si evince come il sindaco abbia il potere- dovere di intervenire tutte le volte in cui rilevi una condotta degli amministratori contraria alle legge e che possa arrecare danno e pregiudizio all'impresa sociale.

La Corte continua dicendo che l'obbligo di vigilanza, previsto dalla legge in capo al collegio sindacale, non è circoscritto al solo controllo contabile, ma al contrario ha un ambito di applicazione molto vasto, che abbraccia anche il contenuto della gestione societaria e si estende anche alla valutazione della conformità della gestione al principio di legalità.

Il controllo dei sindaci, quindi, deve essere analitico e penetrante, specie nel caso in cui vi siano segnali macroscopici di una illecita gestione.

La Cassazione, quindi, a seguito di questa analisi sul potere di vigilanza affidato al collegio, afferma che in capo ai sindaci sussiste una posizione di garanzia che potrebbe sfociare, in caso di omissioni in responsabilità penale ex art. 40 cpv. c.p.

Nel caso di specie, a parere della Corte, le violazioni e le condotte degli amministratori erano così palesemente contrarie alla legge da non poter essere ignorate dal sindaco; ancora la Corte afferma che l'omissione del sindaco diviene quindi penalmente rilevante, nella misura in cui è stata causa del verificarsi dell'illecito.

Per quanto riguarda il nesso eziologico tra l'omissione e il reato di peculato, la Corte afferma che è *in re ipsa*, ovvero è individuabile attraverso la semplice narrazione dei fatti.

Si scorge in questa affermazione, un ritorno al passato; la Corte infatti afferma che il nesso deve essere individuato attraverso la mera enunciazione dei fatti senza attribuire, quindi, al giudice alcun obbligo di indagine.

4. Amministratori e gruppi di società: responsabilità, poteri e doveri.

La riforma del 2003, oltre ad introdurre le novità che abbiamo già esaminato, rappresenta la prima riforma ad essersi interessata in ambito societario, a dettare regole precise in materia di gruppi di società.

Prima di questo intervento normativo, infatti, il legislatore aveva inserito esclusivamente l'art. 2359, comma 1, c.c.,⁴⁸⁹ che disciplina il controllo societario ma che non ha nulla in comune con la nozione di gruppo.

In assenza di una specifica normativa, quindi, la dottrina, per far fronte all'esigenza di disciplinare questo fenomeno sempre più dilagante, aveva dato una propria definizione del gruppo di società, qualificandolo come "un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria".⁴⁹⁰ Nella configurazione della dottrina, notiamo, che ad un'unica impresa (denominata "società madre", "società dominante" o "holder") sotto il profilo economico corrispondevano più imprese ("società figlie", "dominate", "eterodirette") dal punto di vista giuridico, ciascuna con una propria soggettività.

Ancora, prima della riforma, sono stati emanati il d. lgs. 385/1993 (Testo unico

⁴⁸⁹ "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"

⁴⁹⁰ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Volume 2-Diritto delle società*, Torino, 2012, p. 289.

delle leggi in materia bancaria e creditizia) e il d. lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

Questi due interventi legislativi sono stati molto importanti anche per quanto riguarda l'impostazione del successivo d.lgs 6/2003 che ne ha fatto propri i punti fondamentali.

In questi decreti emergeva, infatti, un dato fondamentale, ovvero che la disciplina dei gruppi di società, non sarebbe potuta essere circoscritta solo ai rimedi sanzionatori di volta in volta applicabili per far fronte e per punire le condotte illecite, ma al contrario e in aggiunta si sarebbe dovuta estendere fino a prevedere il "riconoscimento della rilevanza giuridica della direzione unitaria, e la definizione dei limiti entro cui tale direzione può legittimamente esercitarsi".⁴⁹¹

L'intento del d. lgs. 6/2003 era quello di creare un vero e proprio "diritto dei gruppi" che contenesse una serie di norme relative alla disciplina, all'organizzazione, alle attività dei gruppi. Doveva trattarsi di una sorta di "statuto organizzativo".

Tuttavia, entrambi i decreti non davano una soluzione al problema che si era posto in relazione ai gruppi di società: occorreva infatti definire i poteri e i doveri in capo alla società madre e alle società dominate. Si trattava, infatti di norme troppo generiche, e che proprio per questo motivo mal riuscivano a circoscrivere l'ambito legittimo della direzione e del coordinamento della capogruppo e a individuarne poteri e obblighi.⁴⁹²

La riforma del 2003 rappresenta in un certo senso la svolta a questa situazione; seppur il legislatore non diede alcuna definizione di gruppo introdusse nel capo IX, una serie di norme relative alla disciplina dei gruppi:

⁴⁹¹ AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013, p. 766.

⁴⁹² AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Padova, 2013, p. 769.

- a) l'art 2497 bis che disciplina la pubblicità;
- b) 2497 ter relativo alla motivazione delle decisioni sociali;
- c) 2497 quater che prevede il diritto di recesso in capo al socio dalla società figlia;
- d) 2497 quinquies che regola i finanziamenti nell'attività di direzione e controllo.

Affinché queste norme trovino applicazione è necessario che venga effettivamente esercitata una attività di direzione e coordinamento che rappresenta per il legislatore l'elemento cardine dei gruppi di società.

Il legislatore della riforma tuttavia ha inserito anche altre disposizioni nel capo V; si tratta di norme che esprimono il tentativo di regolare i rapporti tra le società facenti parte del gruppo.

Possiamo quindi concludere, dicendo che la riforma del 2003 ha rappresentato il primo passo verso il riconoscimento e la creazione di una disciplina organica per i gruppi di società anche se comunque si presenta come un intervento conservatore in quanto non riesce ancora a dare una spiegazione, una soluzione concreta a quello che è il nodo cruciale ovvero di specificazione e definizione di quelli che sono i poteri e gli obblighi propri sia della capogruppo che delle società figlie.

Infatti si è rivelato successivamente necessario riconsiderare l'ambito di estensione dei poteri degli amministratori della società eterodiretta".⁴⁹³ Molto importante in questo ambito è l'art. 2380 bis⁴⁹⁴, comma 1, c.c., che appunto

⁴⁹³ AA. VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013, p. 770.

⁴⁹⁴ La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il

afferma che la gestione dell'impresa sociale spetta agli amministratori che hanno i poteri per compiere le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale⁴⁹⁵.

Sorge a questo punto un problema: la comunicabilità tra due principi: la centralità e l'autonomia degli amministratori da un lato e il potere di direzione e coordinamento della capogruppo dall'altro.

Si tratta del potere che la società madre ha di "determinare la gestione sociale delle controllate in vista del perseguimento di un progetto unitario, comune a tutte le società del gruppo".⁴⁹⁶

Per far fronte a questo problema sono stati elaborati in dottrina vari orientamenti;

a) un prima scuola di pensiero, facente capo a Galgano, ritiene che nonostante si tratti di gruppo e quindi di un insieme eterogeneo di società, comunque viene fatto salvo il potere degli amministrazioni di gestire le imprese sociali che a loro fanno capo in via esclusiva.

Secondo questo orientamento, infatti, nonostante la società capogruppo abbia il potere di dettare regole vincolanti, gli amministratori hanno il potere di opporsi a queste direttive.

b) un altro orientamento, che rappresenta il maggioritario e il cui portavoce è Tombari, esclude che nell'ambito dei gruppi di società possa trovare applicazione

consiglio di amministrazione.

Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea.

Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea.

⁴⁹⁵ "La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

⁴⁹⁶ AA. VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013, p. 770.

il principio stabilito dall'art. 2380 bis, comma 1, c.c. ovvero quello dell'autonomia di gestione.

Ciò in quanto si ritiene che poiché i principi e la disciplina delle società furono previsti dal legislatore solo per le società monadi, le disposizioni di cui agli artt. 2497-2497 septies sono state introdotte proprio per evidenziare questa differenza sia nelle fattispecie sia nelle regolamentazione, tra la società monade e la società di gruppo".⁴⁹⁷

Tuttavia, è bene sottolineare, che non rileva il fatto che si aderisca all'uno o all'altro orientamento, quanto che la società per azioni di gruppo sia, normativamente parlando, diversa dalla società per azioni monade in quanto prevedendo come elemento principe di tutta la disciplina, l'etero gestione, si discosta dallo schema tradizionale.

Infatti gli amministratori delle società figlie, se da un lato saranno limitati nei loro poteri gestori a tutto vantaggio per la società madre, dall'altro lato invece dovranno uniformarsi alle direttive da questa impartite salvo che le stesse siano illegittime cioè in contraddizione con l'interesse sociale. Sono quindi gli amministratori delle società figlie a dover effettuare una selezione solo di quelle direttive che garantiscono e rispettano l'interesse e gli obiettivi primari delle società controllate dagli stessi.

Il legislatore della riforma, tuttavia, in ottemperanza al principio di precauzione e azione preventiva, nell'ottica di evitare che si verificassero abusi da parte della società madre in quanto titolare del suddetto potere, ha affermato che il potere di direzione e coordinamento della stessa deve conformarsi al principio di "corretta gestione societaria ed imprenditoriale". Ha perciò previsto una serie di sanzioni destinate a colpire in primis la società madre e poi gli amministratori delle eterodirette.

⁴⁹⁷ AA. VV., La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, Padova, 2013, p. 771.

Questo nuovo sistema trova la sua principale applicazione nell'art. 2497, comma 1, c.c.,⁴⁹⁸ che disciplina e sancisce la responsabilità della società madre nel caso in cui l'attività di direzione e coordinamento non si conformi al summenzionato principio⁴⁹⁹ che va letto come obbligo per la società madre di emanare direttive conformi all'interesse sociale del gruppo e delle società singolarmente considerate e di organizzare in maniera corretta e legale l'attività economica delle stesse dividendo gli utili equamente tra i soci⁵⁰⁰.

È necessario che questo primo comma si coordini con l'art. 90 del d. lgs. 270/1999⁵⁰¹ che tutela determinati interessi quali ad esempio la partecipazione del socio agli utili maturati dalla società; il diritto del socio a scambiare la propria partecipazione sociale senza che il valore della stessa muti considerevolmente; ancora l'integrità del patrimonio sociale.

Nella seconda parte dell'articolo si legge come "nel caso in cui il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette", il legislatore abbia previsto l'esenzione dalla responsabilità per la società.

⁴⁹⁸ "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

⁴⁹⁹ ABBADESSA P., La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione, in Banca borsa titoli di credito, 2008, p. 292. Secondo l'autore una responsabilità della società controllante verso la controllata sussisterà solo nel caso in cui la stessa persegua fini illeciti e predatori⁵⁰⁰ AA. VV., Manuale di diritto penale dell'impresa, p. 775.

⁵⁰¹ "Nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite".

Alla luce di questa disposizione vari autori tra cui in particolare Gatti, hanno ritenuto che stando alla lettera della legge, questa seconda parte debba essere interpretata come se il danno, integrante la fattispecie di cui all'art. 2497 comma 1, non riguardi la disposizione singolarmente considerata in quanto emanata dalla società madre, ma che al contrario riguardi l'intera attività di vigilanza e coordinamento posta in essere dalla stessa e che quindi debba essere inteso come un danno complessivo.⁵⁰²

Occorre pertanto in questo contesto procedere ad una analisi complessiva a 360 gradi che prenda in considerazione il gruppo, unitariamente considerato, e l'attività di direzione e coordinamento e non le singole direttive emanate.

La dinamica complessiva ci impone di considerare il fatto che una società inserita all'interno di un gruppo consegue numerosi vantaggi per bilanciare i pregiudizi eventualmente subiti quali conseguenze di condotte illecite poste in essere dalle altre società sempre inserite all'interno del gruppo. È fondamentale quindi interrogarsi circa la prevalenza o meno dell'interesse del gruppo o delle società singolarmente considerate; si sono sviluppati, in merito, tre orientamenti diversi⁵⁰³;

a) il primo sosteneva la prevalenza dell'interesse del gruppo unitariamente considerato. Questo orientamento affermava che l'interesse sociale deve essere inteso e deve coincidere con l'interesse del gruppo.

b) il secondo si poneva in una posizione diametralmente opposta, negandolo del tutto. Secondo questo orientamento è necessario piuttosto tutelare le singole esigenze dei soci di minoranza e dei creditori oltre che dei terzi che vengono in contatto con il gruppo; compito delle singole società è quello di salvaguardare l'interesse sociale e l'integrità del patrimonio.

c) il terzo orientamento infine, cercava di operare un bilanciamento tra le

⁵⁰² AA. VV., Manuale di diritto penale dell'impresa, p. 783.

⁵⁰³ MUSCO E., I nuovi reati societari, p. 222.

esigenze contrapposte del gruppo e delle singole società secondo un meccanismo che viene definito compensativo; si ritiene infatti che l'interesse del gruppo debba avere comunque un determinato peso e che non possa essere a priori considerato extrasociale.

Sembra che il legislatore abbia fatto proprio e accettato questo ultimo orientamento e abbia quindi adottato la c.d. teoria dei vantaggi compensativi, in virtù della quale "la condotta degli amministratori dovrà essere valutata, ai fini dell'accertamento di un'eventuale responsabilità, sulla base di un'analisi non meramente quantitativa ma piuttosto economico- funzionale, dell'esistenza di vantaggi compensativi, da accertarsi tramite il criterio della prognosi postuma, ovvero sia tramite un'analisi ex post degli elementi noti al momento in cui l'operazione infragruppo fu decisa".⁵⁰⁴

Al secondo comma, l'art. 2497, afferma che "risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

Con questa disposizione si realizza, quindi, un'estensione della responsabilità agli amministratori della capogruppo e quelli delle controllate che abbiamo effettivamente e concretamente tratto un vantaggio dalle condotte illecite.⁵⁰⁵ Non possiamo parlare in questo caso di una responsabilità di posizione ma, invece, di una violazione del dovere di diligenza di cui all'art. 2392 c.c. configurata

⁵⁰⁴ FAVA I., I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria, in *Le soc.*, 2003, p. 1200.

⁵⁰⁵ FAVA I., I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria, p. 1203. L'autore afferma che nelle intenzioni del legislatore vi era sicuramente quella di prevedere una norma che estendesse la responsabilità esclusivamente in forma concorsuale a tutti quei soggetti, interni all'impresa sociale, che pur non essendo stati preposti alla funzione di coordinamento e vigilanza, abbiamo concorso con i titolari della stessa pur non avendo materialmente e concretamente preso le decisioni attinenti alla gestione e la politica del gruppo di società.

come aggiuntiva rispetto a quelle già previste agli artt. 2394⁵⁰⁶ e 2395 c.c.⁵⁰⁷.

La differenza con l'art. 2394 c.c.⁵⁰⁸ sta nel fatto che gli amministratori delle singole società potrebbero essere chiamati a rispondere nei confronti dei creditori sociali anche nel caso in cui non siano gli amministratori della società debitrice o anche in tutti i casi in cui nella gestione della capogruppo non si sia rispettato il principio di corretta gestione societaria o comunque non si siano rispettati gli interessi propri del gruppo quali la tutela dell'interesse sociale o l'integrità patrimoniale anche nella circostanza in cui non si sia verificata una alterazione irreversibile e sia comunque sufficiente al soddisfacimento dei crediti ma sia comunque stato "pregiudizievolemenente menomato".⁵⁰⁹

La differenza con l'articolo 2395 c.c.⁵¹⁰ si rinviene in maniera palese nel fatto che

⁵⁰⁶ "Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi".

⁵⁰⁷ "Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo".

⁵⁰⁸ Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale [2409,2509].

L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti [2949]. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria [2901] quando ne ricorrono gli estremi [2393,2393 bis, 2395].

⁵⁰⁹ AA. VV., Manuale di diritto penale dell'impresa, p. 795.

⁵¹⁰ Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo [2419] che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori [2393, 2393 bis, 2394,2394 bis].

viene attribuito al socio una legittimazione a chiedere e ad ottenere il risarcimento, tutto a proprio vantaggio, di un danno che costituisce esclusivamente un riflesso di quello subito dalla società di appartenenza. Diritto tuttavia che si pone in contraddizione con la scelta del legislatore in ambito societario, di limitare questa azione alla sola evenienza in cui il socio abbia subito un danno diretto e non riflesso, al suo patrimonio.⁵¹¹

Queste, in realtà, non sono le uniche forme di responsabilità previste per gli amministratori della società dirette e coordinate, poiché il legislatore ne ha previste altre anche se cosiddette minori.

Innanzitutto l'art. 2497 bis, comma 3, c.c.⁵¹² che punisce esplicitamente gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cassata.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.

⁵¹¹ AA. VV., Manuale di diritto penale dell'impresa, p. 795.

⁵¹² La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo.

E' istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette.

Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi.

La società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento. Parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

L'altra ipotesi di responsabilità "minore" è rappresentata dall'art. 2497 ter c.c.,⁵¹³ che disciplina la motivazione delle decisioni delle società soggette alla direzione e al coordinamento della capogruppo.

In questa sede, meritevole di attento esame è il caso "Parmalat".

Dopo all'incirca un anno dal fallimento del gruppo Cirio, si verificò un altro scandalo finanziario che ebbe come protagonista la Parmalat, un colosso alimentare formato da oltre 200 società localizzate in vari paesi tra cui Caraibi e isole Cayman.

La crisi di questo grandissimo impero alimentare (raggiungeva da solo lo 0,8 % del PIL italiano) è stata datata agli anni Ottanta, in conseguenza al disastro nucleare di Chernobyl, che aveva comportato una notevole contrazione della domanda e dell'offerta nel mercato alimentare.

Infatti durante il periodo del disastro nucleare contravvenendo al divieto di commercializzazione imposto come misura di prevenzioni dalla comunità europea, il gruppo Parmalat retrodatò le partite di latte, continuando così la vendita del latte e dei suoi derivati in tutto il mondo.

Questo determinò una crescita esponenziale del gruppo, che si ampliò inglobando nuove società collegate ma ciò richiese sempre più ingenti e numerosi finanziamenti nella forma di prestiti obbligazionari determinando uno smisurato indebitamento;

i manager della società, infatti ritenevano che solo la richiesta di finanziamenti

⁵¹³ "Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428".

con la conseguente disponibilità di ingenti somme di denaro liquido da iniettare nelle varie operazioni finanziarie avrebbe consentito loro di continuare a fare affari prefigurandosi la concreta possibilità di ulteriori margini di crescita, ma in realtà a questa virtuale crescita corrispose un progressivo ed inesorabile indebitamento.

Questa scelta fu accettata sia dal collegio sindacale che dalle società di revisione del bilancio (Grant Thornton e Deloitte&Touche) che non vi rinvennero alcuna anomalia né il rischio di un pericolo imminente.

La prima ad insospettirsi fu la Consob. La stessa, infatti, non riusciva a spiegarsi come mai la Parmalat avesse chiesto una proroga per rimborsare un prestito di 150 milioni di euro nonostante vi fosse un documento che attestava liquidità per un totale di 3,95 miliardi di euro.

La stessa Bank of America presso la quale si riteneva in base al documento fossero depositati i 3,95 miliardi di euro, il 17 dicembre del 2003, scoprì l'esistenza di questo documento e ne dichiarò la falsità che fu poi comunicata alle Procure di Milano e di Parma.

In primo luogo, il Tribunale di Parma, che il 27 dicembre del 2003 accertò e dichiarò lo stato di insolvenza in considerazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.l. 347/2003 e dell'art. 8 del d. lgs. 270/1999.

In secondo luogo, poi, il 30 dicembre del 2003 la Parmalat s.p.a. venne ammessa all'amministrazione straordinaria in base ad un decreto del Ministro delle attività produttive e stessa sorte toccò alla Parmalat Finanziaria s.p.a. e alle società collegate.

Ci si è interrogati, dunque, sulle cause che hanno portato al fallimento di un tale colosso alimentare e la risposta si è rinvenuta nella carenza di norme e di una disciplina esaustiva e efficace in tema di corporate governance e di tutela degli investitori;

tuttavia si reputa che per quanto non sia assolutamente certo che l'esistenza di una normativa in materia avrebbe sicuramente impedito il dissesto con conseguente fallimento, si ritiene comunque che l'esistenza di una disciplina e di una regolamentazione più stringente, avrebbe sicuramente ostacolato in qualche modo il verificarsi di un evento dannoso di simili proporzioni o quantomeno ne avrebbe attenuato le conseguenze pregiudizievoli.⁵¹⁴

Il problema di fondo è stato l'adesione al Codice Preda,⁵¹⁵ il cui principio fondamentale è quello del "libero adattamento" secondo cui alla società spetta la scelta se conformarsi o meno alle norme e alle previsioni contenute nel suddetto codice, prevenendo in caso di non adozione, l'obbligo di motivazione circa la scelta effettuata.⁵¹⁶

Ancora facevano parte del comitato per il controllo interno e del comitato di remunerazione, quasi esclusivamente amministratori indipendenti, che in quanto legati da forti legami con l'azionista di maggioranza, facevano in modo che il meccanismo compensativo dei checks and balances non potesse essere applicato.

Al contrario i membri del consiglio di amministrazione erano per la stragrande maggioranza amministratori esecutivi, e perciò poco interessati a effettuare un controllo sulle condotte e sulle azioni poste in essere dagli amministratori indipendenti.

Il Codice di Autodisciplina con riferimento alle figure degli amministratori indipendenti afferma all'art. 2, comma 1 che questi devono essere inclusi nel consiglio di amministrazione "in numero ed autorevolezza tali da garantire che il loro giudizio possa avere un peso significativo nell'assunzione delle decisioni

⁵¹⁴ BENEDETTO F., DI CASTRI S., Il caso Parmalat e l'indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack, p. 214.

⁵¹⁵ Codice di Autodisciplina italiano, è stato emanato nel 1999. Tuttavia nel luglio del 2002 è stato modificato dal nostro legislatore.

⁵¹⁶ C.d. principio di "comply or explain".

consiliari”, e all’articolo successivo, sempre al comma 1 afferma che un “numero adeguato” di amministratori non esecutivi debba essere indipendente.

Si tratta come si può facilmente notare di disposizioni del tutto generiche che mal si conciliano con l’esigenza di dettare una disciplina puntuale e precisa e con l’obbiettivo di evitare che si verificino condotte illecite da parte delle imprese sociali “legittimate”, in un certo qual modo, ad eludere e ad applicare in maniera distorta una normativa quanto mai generica poco chiara e astratta; i dubbi circa la composizione del consiglio di amministrazione e il numero degli amministratori indipendenti sorgono appunto in merito a concetti quali quelli di adeguatezza e peso⁵¹⁷ o agli stessi poteri di nomina e revoca da parte dell’assemblea in quanto, in ottemperanza alla normativa vigente, questi devono controllare le condotte, le funzioni, l’operato degli stessi soggetti che hanno il potere, conferito dalla legge, di revocarli; si capisce come l’amministratore indipendente sia poco propenso ad effettuare questi controlli, dal momento che un eccessivo e pregnante controllo potrebbe determinarne la revoca⁵¹⁸.

L’esame del caso Parmalat è importante anche in relazione alla normativa dei controlli interni, tacciata anche essa di essere troppo generica e poco efficace; l’art. 10 del Codice Preda, limita i poteri del comitato per il controllo interno a favore del consiglio di amministrazione che diviene quindi l’unico organo in grado di prendere provvedimenti e impartire direttive in caso di operazioni particolarmente rischiose o operazioni già commesse in maniera erronea, poste in essere dai membri operativi.⁵¹⁹

Ancora il fallimento del gruppo Parmalat ha evidenziato un altro aspetto particolarmente critico; si tratta del controllo operato dal collegio sindacale

⁵¹⁷ BENEDETTO F., DI CASTRI S., Il caso Parmalat e l’indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack, p. 220.

⁵¹⁸ BENEDETTO F., DI CASTRI S., Il caso Parmalat e l’indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack, p. 220.

⁵¹⁹ BENEDETTO F., DI CASTRI S., Il caso Parmalat e l’indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack, p. 223-224.

sull'attività di gestione societaria.

In relazione a questo ambito l'art. 148 TUF, infatti, non è riuscito a garantire e disciplinare l'autonomia di giudizio dei sindaci nelle società quotate in borsa per quanto si tratti di un organo indipendente. Infatti "l'azionista di controllo non ha interesse ad applicare la norma in modo scrupoloso, perché non riceve nessun vantaggio dalla presenza di sindaci effettivamente autonomi; piuttosto la presenza di un controllore indipendente sarebbe scomoda per un management avvezzo al rischio, in quanto potrebbe interferire nella gestione per ostacolarla. Pertanto, in sede di nomina del collegio sindacale, si preferisce eleggere soggetti che recepiscano i condizionamenti da parte della proprietà o dei manager della società, prestando attenzione solo alla loro formale indipendenza".⁵²⁰

Altra zona lacunosa è rappresentata dalla disciplina delle società incaricate della revisione contabile, ovvero Grant Thornton e Deloitte&Touche. Nonostante la prima fosse stata sostituita da Deloitte&Touche, continuò ad esercitare il mandato nei confronti di alcune società tra cui Bonlat, in conformità con quanto stabilito dall' art. 159, comma 4, TUF⁵²¹.

L' analisi puntuale del caso "Parmalat" è fondamentale perché permette di esaminare e rendersi conto delle lacune presenti in questo ambito.

Nonostante il legislatore non possa e non abbia in mezzi, per emanare una disciplina accorta e dettagliata di tutto ciò che merita di essere regolato da norme di legge, avrebbe dovuto comunque evitare normative facilmente eludibili come nella pratica si è poi verificato e di cui il caso Parmalat rappresenta l'esempio più lampante.

Bisogna sempre considerare che, fra gli altri, il compito del legislatore è quello di evitare che si verifichino condotte illecite ed eventi pregiudizievoli non solo, quindi, prevedere sanzioni.

⁵²⁰ BENEDETTO F., DI CASTRI S., Il caso Parmalat e l'indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack, p. 227.

⁵²¹ "L'incarico dura tre esercizi e può essere rinnovato per non più di due volte".

5. Amministratori di diritto e amministratori di fatto.

La figura dell'amministratore di fatto è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina; si sono contrapposti due diversi orientamenti, uno formalistico e l'altro funzionale.

Il primo riteneva che dovesse considerarsi amministratore solo chi fosse stato formalmente investito della qualifica da parte di un organo competente in base alla legge.

Il secondo orientamento, invece, si poneva in conformità con quanto affermato dalla Corte di Cassazione 1999,⁵²² e riteneva che amministratore di fatto dovesse essere "colui che, in assenza di un'efficace deliberazione assembleare di nomina, abbia esercitato in modo continuativo funzioni riservate agli amministratori di diritto della società, con autonomia decisionale, in posizione sostitutiva o anche meramente cooperativa, ma non subordinata, rispetto a questi ultimi".

Questo secondo orientamento, dunque, elaborò dei criteri utili ai fini dell'identificazione dell'amministratore di fatto; si tratta della rilevanza delle funzioni da questo esercitate e della sistematicità nell'esercizio delle stesse.⁵²³

⁵²² Cassazione civile, sez. I, 6 marzo 1999, n. 1925.

⁵²³ App. Milano, sezione. I, 9 dicembre 1994. Si tratta di un procedimento avente ad oggetto la qualifica di un istituto di credito come amministratore di fatto di una società di leasing da questo controllata. La Corte d'Appello ha affermato, in conformità alle disposizioni della legge, che affinché un soggetto, nel caso in esame l'istituto bancario, possa essere qualificato come amministratore di fatto, è necessario che eserciti i poteri in maniera significativa e quindi che vi sia un'ingerenza dello stesso stabile e continuativa dal punto di vista temporale, non essendo invece sufficiente che ponga in essere singoli atti di gestione meramente occasionali o poteri atipici e del tutto marginali.

L'amministratore di fatto doveva essere concretamente ed effettivamente attivo nell'ambito della gestione societaria, avere un interesse attuale.

Questa impostazione è stata fatta propria dal legislatore della riforma del 2003 che ha sostenuto l'irrilevanza dal punto di vista giuridico dell'investitura formale e dando rilievo invece alla vicinanza oggettiva tra l'interesse tutelato e il soggetto attivo al fine di meglio tutelare il bene giuridico ad oggetto.⁵²⁴

Infatti il Merenda ritiene che la qualifica debba essere intesa quale "situazione naturalistica di particolare prossimità al bene tutelato, per cui un soggetto si troverebbe in una condizione che gli consente di offenderlo con particolare facilità".⁵²⁵

Pertanto è stata inserita all'interno del codice civile l'art. 2639⁵²⁶ rubricato "estensione delle qualifiche soggettive" che ha introdotto una vera e propria "responsabilità per l'amministrazione"⁵²⁷.

⁵²⁴ AA. VV., Manuale di diritto penale dell'impresa, Bologna, 2000, p. 565.

⁵²⁵ MERENDA I., Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2004, p. 934.

⁵²⁶ "Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi".

⁵²⁷ CAPIROSSI M., Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, p. 765: L'autore definisce questo tipo di responsabilità non come responsabilità dell'amministratore ma "responsabilità per l'amministrazione. Egli infatti ritiene che questa responsabilità sia collegata non ad un atto di investitura formale che il soggetto non riceve ma che debba sussistere poiché il soggetto esercita concretamente ed effettivamente determinati poteri che lo rendono parificabile, dal punto di vista della responsabilità penale, all'amministratore formalmente investito della qualifica o della funzione.

Questo articolo prevede quindi che al soggetto formalmente investito della qualifica o al titolare della funzione prevista dalla legge possa essere equiparato chi volge la stessa funzione seppur diversamente qualificata, sia chi esercita in maniera continuativa e significativa i poteri propri di quella qualifica o funzione.

Il primo comma contiene quindi una “mera clausola di equiparazione generale”⁵²⁸ prevista dal legislatore per uno scopo ben preciso; egli in conformità al principio di certezza del diritto e affidamento, voleva garantire e assicurare ex ante l’applicabilità di questa fattispecie a chiunque si fosse trovato a svolgere una funzione o fosse titolare della stessa funzione o qualifica seppur diversamente qualificata.

La seconda parte del primo comma, invece è dedicata ai cosiddetti soggetti di fatto. Tuttavia è necessario che vengano rispettati due criteri: uno di tipo quantitativo ovvero la continuità dell’esercizio delle funzioni; e l’altro di tipo qualitativo che si sostanzia nella significatività e tipicità dei poteri concretamente esercitati.⁵²⁹ In ogni caso, ricorrendo tutti i presupposti, è sempre possibile che si configuri una responsabilità concorsuale per lo stesso.⁵³⁰

Il primo criterio, quello della continuità dell’esercizio delle funzioni, prevede, quindi, la reiterazione e la sistematicità degli atti, dei comportamenti e delle condotte poste in essere dal soggetto di fatto; è escluso in questo caso un esercizio

⁵²⁸ ALESSANDRI A., I soggetti, in AA.VV., Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 40

⁵²⁹ DI GIOVINE O., L’estensione delle qualifiche soggettive, in AA.VV., I nuovi reati societari: diritto e processo, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, p. 31; PALIERO C. E., Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l’argine alle incriminazioni, in Guida dir., n. 16/2002, p. 41; GIUNTA F., La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, in Studium iuris, 2002, p. 842; PISANI N., Controlli societari e responsabilità penale nelle società per azioni, Milano, 2003, p. 128-129; quest’ultimo ritiene che al sindaco di fatto non sia necessario applicare entrambi i criteri.

⁵³⁰ PALLADINO P., L’amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari, in Cass. pen., 2005, p. 3094.

di poteri meramente episodico e occasionale o singoli atti di gestione.⁵³¹ Il secondo criterio, invece, non prevede né pretende l'esercizio di tutti i poteri tipici collegati alla funzione⁵³², ma esclude che possano assumere rilevanza ai fini dell'estensione della qualifica soggettiva attribuzioni del tutto marginali e che nulla hanno a che vedere con la funzione o la qualifica o ancora funzioni esecutive o tecniche.⁵³³ È in quest'ultimo caso che al più potrebbe verificarsi quella responsabilità a titolo di concorso di cui sopra.

Il ricorso a questi criteri, ha come scopo precipuo quello di evitare che la norma venga applicata a situazioni non pregiudizievoli per l'interesse e la gestione sociale, ovvero situazioni in cui non vi sia una vera e propria, concreta ed effettiva, ingerenza nelle funzioni da parte del soggetto di fatto.⁵³⁴

Un'altra figura che merita particolare attenzione è quella dell'amministratore di diritto "testa di legno", che esercita esclusivamente funzioni di mera facciata irrilevanti ai fini della gestione dell'impresa sociale.

⁵³¹ ALESSANDRI A., I soggetti, p. 46; DI GIOVINE O., L'estensione, p. 31; ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale, parte generale, p. 75; VENEZIANI P., Art. 2639, in AA.VV., I nuovi reati societari (Commentario al decreto legislativo 11 aprile 2002, n.61), a cura di LANZI-CADOPPI, Padova, 2003, p. 191; Cassazione, sezione V, 14 aprile 2003, n. 22413.

⁵³² DI GIOVINE O., L'estensione, p. 32.

⁵³³ PALLADINO P., L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari, in Cass. pen., 2005, p. 3093.

⁵³⁴ CASTELLANA A.M., L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c., in Ind. pen., 2005, p. 1077-1078.

L'autore, in conformità con i summenzionati articoli e ancor prima con quanto affermato dalla corte d'appello di Milano nel 1994, sostiene che l'amministratore di fatto debba esercitare i poteri in maniera continuativa. Ciò significa che il suo intervento deve protrarsi nel tempo o debba estrinsecarsi nella reiterazioni di atti relativi alla funzione o qualifica.

Non rileveranno, infatti, ai fini della responsabilità penale atti meramente occasionali ed eterogenei.

Il requisito della significatività, invece, comporta che si tratti di atti tipici della funzione o della qualifica e non marginali o accessori.

In merito alla responsabilità penale di questo soggetto per i reati commessi dall'amministratore di fatto, è sorto un ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza che ha portato all'elaborazione di due orientamenti distinti. Un primo orientamento ritiene sussistente una responsabilità penale omissiva dell'amministratore di diritto per i reati commessi dall'amministratore di fatto nel caso in cui si rimasto inerte di fronte a condotte illecite poste in essere nell'ambito della gestione dell'impresa sociale dall'amministratore di fatto.

L'omissione dell'amministratore testa di legno rileverà penalmente non solo nel caso in cui egli abbia agito in concorso con l'amministratore di fatto ma anche e soprattutto nel caso in cui abbia agito contravvenendo all'obbligo di vigilanza e controllo ex art. 2392 c.c., che prescrive all'amministratore di diritto di agire e fare quanto in suo potere per scongiurare che si verifichino eventi dannosi e pregiudizievoli per l'impresa sociale o di eliminare o quantomeno attenuare le conseguenze dannose.⁵³⁵

Questa responsabilità si basa sulla mera accettazione della carica che determina in capo allo stesso il sorgere di una posizione di garanzia. Dal punto di vista soggettivo è necessario però dimostrare la consapevolezza che dalla propria inerzia potrebbero derivare conseguenze pregiudizievoli per la società e la conoscenza dell'illecito in itinere.⁵³⁶

Il secondo orientamento invece nega la sussistenza di una responsabilità da posizione in capo all'amministratore di diritto. Si ritiene infatti che la condotta non possa essere considerata penalmente rilevante in quanto non vi è l'elemento soggettivo; infatti che vi sia la consapevolezza della condotta illecita che sia di distrazione occultamento dissimulazione distruzione dissipamento dei beni sociali, o comunque qualsiasi condotta che potrebbe arrecare pregiudizio all'impresa sociale.

⁵³⁵ Cassazione penale, 18 aprile 1996.

⁵³⁶ Cassazione penale, sezione V, 5 febbraio 1998, Riccieri.

Secondo questo orientamento, tuttavia non è sufficiente la mera e sola accettazione della carica per configurare una responsabilità penale in capo all'amministratore, nè tanto meno per desumere la sua consapevolezza⁵³⁷.

Oggi si rivela maggioritario il primo orientamento. In questo contesto, merita di essere segnalata la sentenza n. 25432/2012 della sezione V penale della Corte di Cassazione. Si tratta di un procedimento avente ad oggetto un reato di bancarotta fraudolenta.

La Suprema Corte innanzitutto afferma la sussistenza di una responsabilità in capo all'amministratore di fatto in quanto egli è l'unico vero titolare della funzione di gestione e amministrazione dell'impresa sociale e di poteri e doveri tipici dell'amministratore.

In secondo luogo, aggiunge che concorre nella fattispecie di reato anche l'amministratore "testa di legno", in quanto non si è attivato per evitare l'evento dannoso ed è rimasto inerte di fronte al verificarsi dello stesso.

Si può quindi concludere nel senso della sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'amministratore testa di legno per la tutela del patrimonio e dell'interesse sociale.

Oltre ad una responsabilità omissiva concorsuale, l'amministratore di diritto è personalmente responsabile nel caso in cui contravvenga all'obbligo di vigilanza e controllo gestionale o nel caso in cui si verifichino situazione pregiudizievoli per l'impresa e per i creditori.

Vengono così create delle cosiddette responsabilità da posizione che rendono difficoltosa per l'imputato la prova dell'innocenza.

⁵³⁷ Cassazione penale, sez. V, 9 febbraio 2010, n. 11938.

6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

L'analisi svolta, le considerazioni fatte e le argomentazioni addotte devono opportunamente spingerci ad interrogarci circa le prospettive *de iure condendo* e le possibili soluzioni al problema analizzato, ovvero alla responsabilità degli amministratori dell'impresa sociale nel caso in cui contravvengano alla prescrizioni di legge.

Sono state proposte varie soluzioni;

Un primo orientamento⁵³⁸, ritiene applicabile, a fini risolutivi, lo schema previsto dall'art. 57 c.p.,⁵³⁹ che prevede, appunto, un reato autonomo di agevolazione colposa in forma omissiva e un illecito commesso dall'autore della pubblicazione. I fautori di questa soluzione affermano a loro sostegno che, innanzitutto è difficile ricostruire la sussistenza di una posizione di garanzia dall'art. 40 cpv. c.p. e, in secondo luogo, che sussiste una vera e propria difficoltà in sede di accertamento dell'elemento psicologico a valle dell'omissione penalmente rilevante.⁵⁴⁰

È opportuno sottolineare il fatto che questa soluzione è stata fatta propria dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale.

⁵³⁸ COVIELLO A., Sub art. 57 c.p., in AA. VV., Codice penale commentato, Milano, 2009, p. 443 ss.

⁵³⁹ "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo".

⁵⁴⁰ MERCONE G., L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme, in Diritto penale contemporaneo, 2010, p. 18.

All'art 28 ⁵⁴¹, lo statuto prevede un caso di responsabilità penale propria dei soggetti apicali in ambito militare. L'articolo in questione delinea una posizione di garanzia che si estrinseca nel dovere di controllo dei soggetti a questi sottoposti, al fine di evitare la commissione di reati.

Precedentemente al 1° luglio del 2002 ovvero prima che entrasse in vigore lo statuto di Roma, vi furono una serie di condanne nei confronti di militari, che rivestivano posizioni di comando, per i reati commessi dai loro sottoposti. Si trattava di casi di responsabilità di posizione. Tra queste merita di essere segnalata una pronuncia di condanna della Corte Suprema degli Stati Uniti⁵⁴² nei confronti del generale dell'esercito giapponese,

⁵⁴¹ "Oltre agli altri motivi di responsabilità penale secondo il presente Statuto per reati di competenza della Corte: 1. Un comandante militare o persona facente effettivamente funzione di comandante militare è penalmente responsabile dei crimini di competenza della Corte commessi da forze poste sotto il suo effettivo comando o controllo o sotto la sua effettiva autorità e controllo, a seconda dei casi, quando non abbia esercitato un opportuno controllo su queste forze nei seguenti casi: a) questo capo militare o persona sapeva o, date le circostanze, avrebbe dovuto sapere che le forze commettevano o stavano per commettere tali crimini; b) questo capo militare o persona non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti a fine di inchiesta e di azioni giudiziarie. 2. Per quanto concerne le relazioni fra superiore gerarchico e sottoposti non descritte alla lettera a), il superiore gerarchico è penalmente responsabile per i reati di competenza della Corte commessi da sottoposti sotto la sua effettiva autorità o controllo, qualora egli non abbia esercitato un opportuno controllo su tali sottoposti nelle seguenti circostanze: a) essendo a conoscenza, o trascurando deliberatamente di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere tali crimini; b) i crimini erano inerenti ad attività sotto la sua effettiva autorità e responsabilità; c) non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedirne o reprimerne l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti ai fini d'inchiesta e di esercizio dell'azione penale".

⁵⁴² U.S., Military Commission, Manila, Trial of General Yamashita, 7 dicembre 1945.

ARGIRÒ F., La compartecipazione criminosa, in *La Corte penale internazionale*, AA.VV., Milano, 2006, p. 399 e ss.;

MAUGERI A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007;

MANACORDA S., *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, Torino, 2008;

Tomoyuki Yamashita, per i reati commessi durante la Seconda guerra mondiale. Questi fu condannato a morte con l'accusa di non aver controllato le condotte criminose e le operazioni illecite⁵⁴³ poste in essere dai membri del suo esercito.

Questo pronuncia suscitò non poco stupore in quanto rappresentò uno dei pochi casi in cui venne applicato l'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga che prevede che un individuo qualora nell'ambito di una gerarchia sia posto in una posizione sovraordinata debba essere, in caso di reati commessi dai propri sottoposti, ritenuto penalmente responsabile degli illeciti.

Un altro orientamento invece ritiene necessaria la tipizzazione delle posizioni di garanzia da parte del legislatore.

Nel nostro ordinamento nell'ambito della disciplina reato omissivo improprio, si determina una duplice alternativa:

a) la posizione di garanzia non è prevista dalla legge; in questo caso però si determinerebbe una violazione del principio di riserva di legge posto tra i principi cardine del diritto penale ;

b) la posizione di garanzia è prevista dal legislatore ma viene da questo disciplinata in maniera generica e approssimativa; anche in questo caso si avrebbe la violazione di un principio fondamentale del diritto penale ovvero il principio di tassatività e determinatezza.⁵⁴⁴

⁵⁴³ "General Yamashita: the Commission concludes: that a series of atrocities and other high crimes have been committed by members of the Japanese armed forces under your command against people of the United States, their allies and dependencies throughout the Philippine Islands; that they were not sporadic in nature but in many cases were methodically supervised by Japanese officers and non-commissioned officers; that during the period in question you failed to provide effective control of your troops as was required by the circumstances. Accordingly upon secret written ballot, two-thirds or more of the members concurring, the Commission finds you guilty as charged and sentences you to death by hanging".

⁵⁴⁴ ROMANO M., Commentario sistematico del codice penale, Milano, 2004, p.392.

La stessa commissione Grosso ha affermato che l'art. 40 cpv. c.p. rappresenta una clausola in bianco priva dei connotati di determinatezza e del tutto generale e astratta⁵⁴⁵.

La mancanza, quindi, di indicazioni sufficienti a risolvere i dubbi⁵⁴⁶ ha determinato nei sostenitori di questa soluzione, la scelta e la proposta di mettere da parte il modello del codice Rocco e di tipizzare le posizioni di garanzia.⁵⁴⁷

Gli stessi sostengono che una posizione di garanzia per essere penalmente rilevante debba essere prevista espressamente e tassativamente dal legislatore⁵⁴⁸.

Ritengono altresì necessario circoscrivere in maniera dettagliata e puntuale i poteri e i doveri degli amministratori e dei sindaci, in quanto preposti alla

⁵⁴⁵ Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2001, 591 ss. Leggiamo testualmente che "il modello adottato dal codice Rocco comporta, formalmente, un rinvio del diritto penale ad altri settori dell'ordinamento, mediante una disposizione (l'art. 40 cpv. c.p.) costruita come clausola generale. Ma il rinvio è in bianco: la formula legislativa non riesce a dare all'interprete indicazioni sufficienti a risolvere i dubbi; il prezzo pagato, e denunciato dalla dottrina, è un deficit di determinatezza".

⁵⁴⁶ Bricola non accettava l'impianto del codice penale e quindi la tecnica del rinvio; l'autore riteneva che si dovessero sempre rispettare i principi costituzionali.

Questo suggerimento però "è passato inosservato, stante il primato del diritto penale sul principio di sussidiarietà, o la sistematica violazione del principio della riserva di legge". Queste le parole del prof. Foffani durante il convegno "Diritto penale e Costituzione- Il pensiero di Franco Bricola a vent'anni dalla Sua scomparsa", Bologna, 23 maggio 2014.

⁵⁴⁷ ROMANO M., Commentario sistematico al codice penale, p. 393.

⁵⁴⁸ GIUNTA F., La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale, in Dir. pen. e proc., 2001, p.402. L'autore sostiene che la dizione 'con disposizione espressa' debba essere considerata quale strumento per impedire che vengano introdotte disposizioni generiche e estratte come l'art. mira a garantire contro il rischio che nuove posizioni di obbligo vengano a crearsi 40, comma 2, c.p. "Per evitare ciò, il progetto impone al futuro legislatore di dichiarare formalmente la nuova posizione di garanzia come tale",

gestione e al controllo della società, e individuare quali rientrino nell'ambito della posizione di garanzia degli stessi per evitare, quindi, che in sede giudiziale, vengano create fattispecie penali.⁵⁴⁹

Vi è però un terzo orientamento, che si pone a favore e in linea con il codice civile e propone di potenziare i rimedi civilistici in questa materia.

Mercone, giurista di primo piano, afferma che in Italia la responsabilità penale degli amministratori per reati omissivi impropri, sorge solitamente nel caso di insolvenza della società e, quindi, nel caso in cui venga esperita l'azione di responsabilità penale di cui all' art. 2393 c.c..

Ai sensi dello stesso, l'azione deve essere promossa dall'assemblea o dai soci di maggioranza che sarebbero gli stessi soggetti che hanno nominato gli amministratori contro i quali si deve procedere e che, quindi, stentatamente decideranno di intentare un'azione contro gli stessi.

Ancora, bisogna sottolineare che neanche i soci di minoranza sono motivati a procedere sostanzialmente per due motivi; in primo luogo perché l'apertura di un processo determina sempre conseguenze negative sul valore della partecipazione societaria, e in secondo luogo perché in caso di un risultato positivo della loro azione avrebbero diritto solo ad una parte del risarcimento dovuto alla società calcolata in base alla loro partecipazione societaria, e al contrario, in caso di esito negativo, sarebbero costretti a risarcire l'intero

⁵⁴⁹ Ancora il dott. Francesco Greco, in occasione del summenzionato convegno "Diritto penale e Costituzione- Il pensiero di Franco Bricola a vent'anni dalla Sua scomparsa", tenutosi a Bologna il 23 maggio 2014 afferma che "le categorie del diritto penale dell'economia sono nate dall'esperienza delle procure" e che "il diritto penale vive nella sua possibilità di essere applicato".

ammontare del danno⁵⁵⁰. È per questo motivo che nella maggior parte dei casi, piuttosto che esercitare l'azione di responsabilità, preferiscono vendere la loro partecipazione.

Questo orientamento, quindi, ritiene necessario introdurre riti processuali speciali, più brevi, per evitare una paralisi della società⁵⁵¹ o ancora inserire, nel nostro ordinamento dei meccanismi che prevedono premi in caso di denuncia avverso irregolarità e condotte *contra ius* nella gestione dell'impresa sociale. Solo nel caso in cui tutto ciò non determini risultati positivi e sperati, allora si potrà procedere nel senso di configurare una responsabilità penale in capo agli amministratori deleganti.

I sostenitori di questo orientamento ritengono che i meccanismi premiali siano l'unica strada percorribile. Questo è motivato e supportato in considerazione del fatto che quando il controllore si renda conto di eventuali irregolarità nella gestione societaria nella maggior parte delle volte è più incentivato a dimettersi e a non denunciare l'accaduto per evitare di doversi, comunque, dimettere con l'ulteriore aggravio di essere implicato in scandali societari. Ma dall'altro lato la sua inerzia potrebbe determinare il sorgere di una responsabilità penale omissiva concorsuale in capo allo stesso.

È per questo motivo che è stato creato e proposto un sistema di premi e incentivi volti a conferire una ricompensa al controllore che denunci gli illeciti societari e

⁵⁵⁰ MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, p. 18-19.

⁵⁵¹ 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 in onore di F. Stella*, Milano, 2007 p. 1088 e ss.; PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in C. Pedrazzi - F. Sgubbi, sub artt. 216-227, Bologna, 1995, p. 283; L'autore si pone dallo stesso lato di Centonze.

FERRARINI G. - GIUDICI P., *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata*, in F. GALGANO - G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 203;

le irregolarità in atto⁵⁵².

Anche Norberto Bobbio evidenzia l'inadeguatezza della funzione repressiva del diritto penale la quale definisce il diritto come "un ordinamento coattivo, che si fonda su un nesso necessario e indissolubile tra diritto e coazione"⁵⁵³. Egli sostiene che la funzione incoraggiante del diritto, che si è sviluppata a seguito delle carte costituzionali post-liberali, ha rappresentato una svolta nel controllo, determinando l'apertura ad un tipo di controllo non più passivo ma attivo⁵⁵⁴. Si cerca di incentivare comportamenti attivi da parte dei controllori e non passivi, di mera inerzia e omissione e lo si fa ricorrendo alla "sanzione positiva" che viene presentata come "un premio, una ricompensa e che verrà attribuita in un secondo momento, solo a comportamento ormai compiuto"⁵⁵⁵.

Anche Centonze, partendo dall' esempio dell'esperienza statunitense che egli stesso giudica come un "un formidabile laboratorio di sperimentazione", procede all'esame di varie "misure di incoraggiamento" adottate da questo ordinamento⁵⁵⁶.

Al tempo stesso, però, l'autore ritiene che questi strumenti abbiano in se dei limiti al pari della sanzione negativa e della concezione repressiva intrinseca al diritto penale; infatti secondo Centonze sia la penalità che la premialità presentano pro e contro. Infatti vero è che in questo modo si passerebbe da un sistema di controllo passivo ad uno attivo e i controllori sarebbero incentivati a denunciare le irregolarità e a non contravvenire ai doveri conferitigli dall'ordinamento, tuttavia non bisogna sottovalutare le influenze che potrebbero subire nell'ambito

⁵⁵² CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 451-452

⁵⁵³ BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 8.

⁵⁵⁴ BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, p. 15.

⁵⁵⁵ BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, p. 17.

⁵⁵⁶ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 457.

dell'impresa sociale e soprattutto che la legge deve essere rispettata in quanto esistente e non perché l'ordinamento prevede premi per ricompensare l'adempimento dei doveri o sanzioni per punirne l'omissione⁵⁵⁷.

Ancora Hamdani e Kraakman, promulgatori della resignation rule, affermano che è necessario premiare un amministratore, nel caso in cui avendo riscontrato delle irregolarità nella gestione o illeciti in itinere che potrebbero creare un pregiudizio o addirittura il fallimento della società, si dimetta e denunci quanto accertato avendo, nel frattempo, esperito tutti i rimedi possibili e avendo esercitato tutti i poteri affidatigli dall'ordinamento per impedire il verificarsi dell'illecito. Nel caso in cui poi venga accertata la verità di quanto affermato dallo stesso egli avrà diritto alla ricompensa, precedentemente pattuita⁵⁵⁸.

Questi sono convinti promotori anche del leadership regime; si tratta di un strumento volto a premiare l'amministratore che in situazioni difficili per l'impresa sociale faccia quanto in suo potere per impedire il default.

Anche Zingales⁵⁵⁹ suggerisce di premiare l'onesta e afferma che "Il mondo della finanza si basa sulla fiducia e si presta quindi ad abusi difficilmente identificabili da qualsiasi controllo esterno, se perpetrati con la connivenza dei dipendenti chiave. Fedeli alla dirigenza dell'impresa non solo per un malinteso senso di lealtà, ma anche perché "parlare" significa compromettere la carriera futura. La soluzione è premiare chi denuncia episodi di criminalità economica, con un compenso proporzionato all'entità della frode" .

⁵⁵⁷ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p.460-461.

⁵⁵⁸ CENTONZE F., Controlli societari e responsabilità penale, p.458.

⁵⁵⁹ ZINGALES L., Se l'onesta non paga, tratto da www.lavoce.info/index.php; DE NICOLA A., Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile, Bologna, 2005;

Ancora, l'autore ritiene che : “se il problema è che l'onestà non paga abbastanza, la soluzione è di aumentarne il rendimento per legge. Basta stabilire una ricompensa per chiunque permetta di far emergere una frode finanziaria, con un compenso proporzionato alla sua entità. Pensate forse che la truffa di Parmalat sarebbe durata quindici anni se ci fosse stata una ricompensa, diciamo del dieci per cento della dimensione della truffa, per chi avesse fornito informazioni utili alla sua identificazione? Sono pronto a scommettere di no”.

“Abbiamo accettato di lasciare liberi assassini (come quelli di Walter Tobagi), pur di stroncare il fenomeno delle Brigate Rosse. Perché non spendere qualche euro per premiare gli onesti e stroncare la criminalità economica?”⁵⁶⁰

Personalmente ritengo che l'ipotesi di Zingales sia la più plausibile e quindi quella da preferire in quanto si pone sulla stessa linea della riforma del 2003. Il decreto legislativo 6 del 2003 ha cercato di colmare la frattura tra le previsioni normative precedenti del tutto astratte e generali e la disciplina interna alle società prendendo in considerazione le peculiarità del consiglio di amministrazione, dei poteri in concreto in capo agli amministratori non esecutivi etc.

L'introduzione e la relativa applicazione di questi meccanismi, potrebbe costituire una svolta importante nell'ambito della “onestà sociale” prevedendo una ricompensa adeguata per chi denunci le irregolarità e gli illeciti commessi nell'ambito della gestione societaria.

⁵⁶⁰ ZINGALES L., Se l'onestà non paga, tratto da www.lavoce.info/index.php.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, 2000

AA. VV., *Codice penale commentato*, UTET Giuridica, 2009

AA. VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Zanichelli, 2009

AA. VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, CEDAM, 2013;

AA. VV., *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di BONELLI F. e JAEGER P. G., Milano, 1993;

ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Rivista italiana di Diritto penale*, 1936, p. 121 ss.;

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, Milano, 1975;

ABBADESSA P., *L'assemblea: competenza*, in *Trattato di Colombo G. E. e Portale G. B.*, III, Torino, 1994;

ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 493;

ABBADESSA P., *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, Banca borsa titoli di credito, 2008, p. 279 ss.;

ABBADESSA P. – PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Giappichelli, 2007

ACCINNI G.P., *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, *Rivista delle società*, 1992, 1510 ss.

ACCINNI G.P., *La responsabilità penale degli amministratori nel gruppo di società*, *Le società*, 1992, p. 1625 ss.;

AIMI A., *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale*, *diritto penale contemporaneo*;

ALAGNA R., *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, II;

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984;

ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)*, *Digesto delle discipline penalistiche*, 1992, vol. VI, p. 193 ss.;

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 534 ss.;

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010;

ALESSANDRI A., *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002;

AMBROSINI S., *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005;

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Padova, 2006;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003;

ARGIRÒ F., *La compartecipazione criminosa*, in *La Corte penale internazionale*, AA.VV., Milano, 2006;

BELLACOSA M., *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006;

BARACHINI F., *La gestione delegata nella società per azioni*, Giappichelli, 2008;

BARBIERI E., *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 4329 ss.;

BENEDETTO F.,-DI CASTRI S., *Il caso Parmalat e l'indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack*, Banca impresa società, 2005, p. 211 ss.;

BERTOLINA J., *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*, L'indice penale, 2012, p. 79 ss.;

BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006;

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1997, p. 1339 ss.;

BLAIOTTA ROCCO, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cassazione penale*, 2010;

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007;

BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004;

BONELLI F., *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni*;

BRICHETTI R., *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*;

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano;

BURZI E., *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*, Giurisprudenza italiana, 2008, p. 434 ss.;

BUTTARO L. *Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori*, in

Riv. Soc., 1989;

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, Padova, 2002;

CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985;

CALANDRA BUONAURA V., *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in Trattato di Colombo G. E. e Portale G. B., IV, Torino, 1991;

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Vol. 2- Diritto delle società*, UTET Giuridica, 2012;

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999;

CAPIROSSI M., *Legem non curat praetor. Responsabilità civili e penali dell'amministratore di fatto*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 755 ss.;

CARACCIOLI I., *Diritto penale*, Padova, 1998;

CARACCIOLI I., *Voce Omissione (Diritto Penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965 p. 896 ss.;

CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, *Rivista delle società*, 2003, p. 1229 ss.;

CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. Comm.*, 2003,

I;

CASTELLANA A. M., *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, L'indice penale, 2005, p. 1067 ss.;

CAVALLI G., *Il collegio sindacale*, in S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005;

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2011, p. 277 ss.;

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009;

CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 109 ss.;

CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, *Rivista delle società*, 2007, p. 722.;

CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, *Cassazione penale*, 2008, p. 109 ss.;

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 in onore di F. Stella, Milano, 2007;
CERQUA L. D., *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*, Diritto penale contemporaneo;

CHIARAVIGLIO G., *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, Rivista dei dottori commercialisti, 1992, p. 191 ss.;

CHIARAVIGLIO G., *La responsabilità dell'amministratore delegante tra agire informato e poteri di impedimento*, Le società, 2010, p. 887 ss.;

CHIARAVIGLIO G., *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, Rivista dei dottori commercialisti, 2012, p. 187 ss.;

CONSULICH F., *Poteri di fatto e obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, Le società, 2012, p. 553 ss.;

CORSI F., *Il concetto di amministratore nel diritto privato*, Milano, 1974;

COTTINO G., *Società: società per azioni. Il controllo della gestione nelle società per azioni*, in Noviss. Dig. It., Torino, 1957, v. XVII;

COTTINO G., *Diritto commerciale*, III ed., Padova, 1994, v. I., tomo II;

COLOMBO G. E., *La disciplina italiana della revisione*, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 1997, n. 1, p. 55 ss.;

COLOMBO G.E., *Amministrazione e controllo*, in Il nuovo ordinamento delle società;

COVIELLO A., *Sub art. 57 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, Milano, 2009;

CRAVETTO P., *Profili di responsabilità penale degli amministratori indipendenti*, Business Jus, 2013;

CRESPI A., *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in *Rivista delle Società*, 2006, p. 273 ss.;

CRESPI A., *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Rivista delle Società*, 2009, p. 1419 ss.;

CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1149 ss.;

CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*;

D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2010, p. 1125 ss.;

DEMURO G. P., *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010;

DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419*, *La legislazione penale*, 1992, p. 769 ss.;

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008

DE MARTINO F.M., *Indice penale*, 2002;

DE NICOLA A., *Art 2380 bis*, in *Amministratori* a cura di GHEZZI F., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da MARCHETTI P., Milano, 2005;

DE NICOLA A., *Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile*, Bologna, 2005;

DEGL'INNOCENTI L., *Le novità in materia di delega di funzioni introdotte dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, in *Cassazione Penale*, 2010, p. 2479 ss.;

DI AMATO A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000;

DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino della minoranza*, *Giurisprudenza commerciale*, 2004, p. 647 ss.;

DI GIOVINE O., *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002;

FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, *Le società*, 2003, p. 1197 ss.;

FERRARINI G. - GIUDICI P., *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata*, in

F. GALGANO - G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006;

FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2003, p. 625 ss.;

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979;

FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, *Archivio penale*, 1983, p. 25 ss.;

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007;

FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985;

FIORE S., FIORE C., *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I, Torino 2004;

FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999;

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, trattato diretto da GALGANO F., Torino, 1992, p. 33 ss.;

GALBRAITH J. K., *L'economia della truffa*, BUR, 2004

GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, 7.1, p. 147 ss.;

GALLO M., *Ratio e struttura del dolo eventuale*, in *Crit. dir.*, 1999;

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Torino, 2001, p. 126 ss.;

GARGANI A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi "esemplari" di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p., in Diritto penale e Processo, 2004, p. 1390 ss.;*

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti, in L"indice penale, 2000, p. 581 ss.;*

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale, Roma, 2011;*

GENTILE G., *"Se io avessi previsto tutto questo". Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank, in Dir. pen. cont., 30 ottobre 2013;*

GIORDANENGO G. -RESTANO F., *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni, in Giurisprudenza commerciale, 2010, p. 1095 ss.;*

GIUNTA F., *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale, Diritto penale e processo, 2001, p. 401 ss.;*

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 2006, p. 597 ss.;*

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria, in Diritto penale e processo, 1999, p. 620 ss.;*

GIUNTA F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61, in Studium iuris, 2002, p. 842 ss.;*

GRASSO Giovanni, *Il reato omissivo improprio, Milano, 1983;*

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983

GUARNIERI G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937;

IACOVIELLO F.M., *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, Cass. pen., 1998, p. 3161 ss.;

IACOVIELLO F., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010 p. 481-482 e 504-507;

IADECOLA G., *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente*, in Cass. Pen., 1998, p. 953 ss.;

INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, *Diritto penale contemporaneo*, 2012;

INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'organismo di vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2008, p. 1266 ss.;

INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 563 ss.;

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, p. 437 ss.;

IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, 2005;

LA FRATTA A., *Profili penali della responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione non delegati*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto, 2011;

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999;

LEONCINI I., voce *Reato omissivo*, *Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Bergamo, 2007, p. 32 ss.;

MANACORDA S., *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, Torino, 2008

MANDELLI L., *I sindaci di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa e Titoli di credito*, 2009, p. 444 ss.;

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2010, p. 779 ss.;

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2004, p. 984 ss.;

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007;

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 337 ss.;

MANTOVANI F., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv*,

it. Dir. proc. pen., 1997, p. 1051 ss.;

MANZILLO F. F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, in *Diritto penale dell'impresa*, 2013, p. 3;

MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2009, p. 523 ss.;

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001;

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, III ed., Milano, 2009;

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2006;

MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, *Giurisprudenza commerciale*, 2005, p. 105 ss.;

MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 493 ss.;

MATINO A., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: la responsabilità civile degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale*, 2013;

MAUGERI A. M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007;

MAURA A., *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*;

MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, *L'indice penale*, 2000, p. 57 ss.;

MELZI D'ERIL C.-VIGEVANI G. E., *Nelle motivazioni di condanna della sentenza violazione della privacy per mancato consenso*, in *Guida al Diritto*, 2010, fasc. 10, p. 20 ss.;

MENARDO N., *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziale e spunti di riflessione*, in *Diritto Penale contemporaneo*;

MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, *Diritto penale contemporaneo*, 2010;

MERENDA I., *Esercizio dei poteri tipici e amministrazione di fatto nel nuovo diritto penale societario*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, p. 925 ss.;

MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione*

penale, 2011, p. 1182 ss.;

MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956;

MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, *Rivista delle società*, 2007, p. 317 ss.;

MORSELLI E., *Indice penale*, 2001;

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, III ed, giuffrè, Milano;

NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, 2009;

NISCO A., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 2435 ss.;

NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, *L'indice penale*, 1982, p. 433 ss.;

OLIVIERI G., *Amministratori "indipendenti" e "di minoranza" nella legge sulla tutela del risparmio*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2006;

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 1998;

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2011;

PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*;

PALIERO C. E., *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida dir.*, n. 16/2002, p. 41;

PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi*

prasseologici, Rivista italiana di medicina legale, 1992, p. 821 ss.;
PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la
"Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in Riv. it. dir. proc.
pen., 2000, p. 503 ss.;

PALLADINO P., *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati
societari*, Cassazione penale, 2005, p. 3088 ss.;

PANNAIN P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 1967;

PAZIENZA A., *Sulle recenti modifiche all'art. 112 c.p.*, Rivista italiana di
diritto e procedura penale, 1992, p. 723 ss.;

PAVONE LA ROSA A., *Le attribuzioni dell'assemblea della società per azioni
in ordine al compimento di atti inerenti alla gestione sociale*, in Riv. Soc.,
1997, p. 16 ss.;

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952;

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, Rivista italiana di diritto e procedura
penale, 2000, p. 1265 ss.

PEDRAZZI C., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse
dal fallito*, in C. Pedrazzi - F. Sgubbi, sub artt. 216-227, Bologna, 1995;

PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di
responsabilità di posizione*, Giurisprudenza italiana, 2010, p. 978 ss.;

PELLEGRINI C.B., *Storia del banco ambrosiano: fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982*;

PERICU A., *Il ruolo degli amministratori indipendenti nei paesi dell'Europa continentale*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 115 ss.;

PESCI S., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2009, p. 2652 ss.;

PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012;

PIERDONATI M., *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013;

PIERGALLINI C., *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2007, p. 593 ss.;

PIERGALLINI C., *Natura commissiva od omissiva della responsabilità e relative conseguenze*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, p. 1111 ss.;

PIPIA U., *Società anonima*, in *Dig. it.*, XXI, Torino, 1903-1906;

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003;

PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'Economia*, 2009, p. 123 ss.;

PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, Torino, 2006, p. 5 ss.;

PRESTI G.-MACCABRUNI F.M., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 97 ss.;

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 68 ss.;

PROVERBIO D., *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, p. 571 ss.;

PULITANÒ D., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, p. 902 ss.;

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, 2009.;

PULITANÒ D., *I Confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 35 ss.;

RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Giuffrè, 2004.;

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2005.;

REGOLI D., *Gli amministratori indipendenti*, in ABBADESSA P., PORTALE G. B., *Il nuovo diritto delle società*, Vol III, p. 387 ss.;

RINALDI R., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 195 ss.;

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione al reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1267 ss.;

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, 2001;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004;

ROMANO M., - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 1990;

RONCO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Bologna, 2007;

ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 2111 ss.;

ROSSI A., *La responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, ne *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di AMBROSINI S., Milano, 2007, p. 1- 5;

SABATINI M., *Responsabilità per omesso impedimento dell'altrui fatto criminoso: la Corte di Cassazione nuovamente alle prese con i segnali d'allarme*, Cassazione penale, 2011, p. 4298 ss.;

SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*;

SACCO R., voce Affidamento, in Enc. Diritto, Vol I, Milano, 1958, p. 661 ss.;

SACERDOTI A., *Legislazione sulle società anonime ed in accomandita per azioni*, in Temi ven., 1894, XIX, p. 185 ss.;

SANDULLI M., Commento all'art. 2392 c.c., ne *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI M. e SANTORO V., Tomo I, Artt. 2325-2422 c.c., Torino, p. 473 ss.;

SANTOSUOSSO D. U., *La riforma*, Giuffrè, 2003;

SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe tra vecchio e nuovo diritto societario*, Le società, 2006, p. 290 ss.;

SEMERARO P., *Il concorso mediante omissione nel reato*, L'indice penale, 2006, p. 583 ss.;

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, CEDAM, 1975;

STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005;

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizio controfattuali. L'attività medico chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1893 ss.;

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione necessaria*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1988, p. 1217 ss.;

STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1990, p. 553 ss.;

STELLA RICHTER JR., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, *Banca impresa società*, 2005, p. 163 ss.;

STELLA RICHTER JR., *I comitati interni all'organo amministrativo*, *Rivista delle società*, 2007, p. 269 ss.;

TINA A., *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità* (art. 2393, ultimo comma, c.c.) in nota a Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. Comm.*, 2001, p. 334-339;

TORRENTE A., SCHELENSIGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007;

VASSALLI F., *Sul concorso di persone nel reato*, *La riforma della parte generale del codice penale*, 2003, p. 345 ss.;

VASSALLI F., *Commento all'art 2392*, in *Società di capitali*, p. 674;

VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale e accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1969 ss.;

VENEZIANI P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Iuris*, 2001;

VENTORUZZO M., *Responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società: le principali novità della riforma*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2004, p. 363 ss.;

VIGANÒ F., *Fuga spericolata in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr.mer.*, 2005, p. 75 ss.;

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2009, p. 1679 ss.;

VIVANTE C., *Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulla società anonime*, in *Riv. Dir. comm.*, 1935, I, p. 497 ss.;

VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, p. 97 ss.;

VINCIGUERRA S., *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio (In tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1967, p. 307 ss.;

VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006;

ZAMPERETTI G.M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005;

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia: reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2008;

ZECCA M., *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011;

ZINGALES, *Interessi dell'azienda e poltrone di comando*, *Il Sole 24 Ore*, 14 novembre 2006, p. 9;

ZINGALES, *Se l'onestà non paga*, www.lavoce.info/index.php

WEIGMANN G., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974;