



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Penale

**RESPONSABILITÀ PENALE DI AMMINISTRATORI
E SINDACI NELLE ATTIVITÀ COLLEGIALI**

RELATORE

Prof. Maurizio Bellacosa

CANDIDATA

Livia Monfrecola

Matr. 126643

CORRELATORE

Prof. Antonino Gullo

Anno Accademico 2018/2019

“RESPONSABILITÀ PENALE DI AMMINISTRATORI E SINDACI NELLE ATTIVITÀ COLLEGIALI”

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO: LA RESPONSABILITÀ PENALE COLLEGIALE.

1. La responsabilità penale collegiale: la controversa figura del reato collegiale.
 - 1.1. Le critiche alla figura del reato collegiale.
 - 1.2. La responsabilità penale ex art. 40 c.p. e 110 c.p.
2. La giurisprudenza rilevante.
 - 2.1. Il caso “*ThyssenKrupp*”: tra dolo eventuale e colpa cosciente
 - 2.2. Il caso del gruppo “*Cultrera*”.
 - 2.3. Il caso del “*Banco Ambrosiano*”.
 - 2.4. Il caso “*Fiat*”.
3. La dottrina: una premessa.
 - 3.1. Posizione formale e limiti.
 - 3.2. Posizione sostanziale e limiti.
4. Confronto tra dottrina e giurisprudenza.

CAPITOLO SECONDO: LA RIFORMA SOCIETARIA DEL 2003. LE MODIFICHE INTRODOTTE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ.

1. La responsabilità degli organi societari dopo la riforma del 2003: alcune considerazioni.
2. La responsabilità verso la società: il nuovo articolo 2392 c.c.
 - 2.1. Il criterio della diligenza.
 - 2.2. La responsabilità solidale.

- 2.3. L'equiparazione delle deleghe atipiche a quelle formali.
 - 2.4. L'amministratore di fatto.
 - 2.5. L'esonero da responsabilità.
 - 2.6. L'azione sociale di responsabilità: profili generali.
 - 2.7. Il profilo discrezionale nelle attività di gestione.
3. La responsabilità dei sindaci e azioni di responsabilità nei loro confronti ex art. 2407 c.c.
- 3.1. I nuovi doveri del collegio sindacale.
 - 3.2. La responsabilità esclusiva.
 - 3.3. La responsabilità concorrente.
 - 3.4. Compatibilità degli articoli del codice civile.

CAPITOLO TERZO: LA TEORIA DEI SEGNALI DI ALLARME E LA SENTENZA BIPOP-CARIRE.

- 1. La teoria dei c.d. "segnali di allarme".
- 2. la sentenza Bipop Carire.
- 3. Critica della dottrina.
 - 3.1. La giurisprudenza successiva.
 - 3.2. La sentenza 42519/12.
 - 3.3. La sentenza 14783/18.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

INTRODUZIONE

Il presente elaborato trae origine dall'intento, senza presunzioni, di esaminare approfonditamente e offrire una visione di insieme sull'exkursus normativo, giurisprudenziale e dottrinale che ha come protagonista il tema controverso e spesso poco enfaticizzato della responsabilità penale degli amministratori non esecutivi e sindaci delle società di capitali nell'espletamento delle loro attività collegiali.

La maggior parte reati che possono essere commessi nel panorama economico-societario vengono fatti risalire alla titolarità dei componenti di organi collegiali, quali il consiglio di amministrazione oppure in egual modo al collegio sindacale.

In tal caso, essendo in presenza di deliberazioni adottate da più amministratori facenti parte di un consiglio di amministrazione (o di un comitato esecutivo) ovvero, a maggior ragione, da un organo che necessariamente prevede la collettività quale è il collegio sindacale, si pone il delicato problema se sia configurabile un particolare tipo di responsabilità penale di natura collegiale.

Ci si propone, infatti, nella prima parte dello scritto, ad analizzare questi particolari tipi di reati soffermandosi sul quesito se gli stessi siano o meno ammissibili in quanto in passato una parte della dottrina aveva elaborato la dubbia c.d. "teoria del reato collegiale". Secondo tale elaborazione, i reati riferibili agli organi collegiali costituirebbero una speciale categoria di illeciti nell'ambito dei quali ciascun componente, in quanto tale e parte dell'unitarietà, verrebbe a rispondere solidalmente del fatto promanante dalla volontà collettiva.

Tale costruzione giuridica è però frutto, come si vedrà, di una mera, e presuntuosa nella sua approssimazione, astrazione dottrinale, carente nel suo

tentativo di risalire a qualsiasi fondamento ordinamentale, dato che il reato commesso in ambito collegiale è stato ricompreso nella categoria dei reati plurisoggettivi, senza alcuna ulteriore speciale caratterizzazione che giustifichi l'individuazione di un'autonoma fattispecie illecita.

In effetti, la commissione di reati mediante atto collegiale non costituisce altro che una modalità del concorso di più persone nello stesso reato che, come meglio si analizzerà, può qualificarsi anche come concorso omissivo tramite il viatico dell'art. 40 c.p. in combinato disposto con l'art. 2932 c.c. così come novellato dalla riforma societaria del 2003. L'atto collegiale, peraltro, ancorchè costituente la risultate di una pluralità di volontà diverse, può comunque, entro certi limiti, rilevare e isolare le sottostanti volontà individuali dalle quali è scaturito. Non è perciò impossibile pervenire all'accertamento delle singole imputazioni dei partecipanti alla deliberazione o, quantomeno, escludere la responsabilità di coloro la cui volontà risulti difforme da quella impersonalmente espressa nell'atto collegiale.

Fatte tali riflessioni ci si soffermerà in seconda istanza, sulla riforma societaria del 2003. Questa si intuisce essere necessario presupposto per comprendere meglio le posizioni e le caratteristiche specifiche dei protagonisti di tale approfondimento, si mettono in primo piano ovviamente le figure degli amministratori e dei sindaci, evidenziando le peculiarità dei loro obblighi coinvolti successivamente in modifiche normative. Queste ultime hanno portato ad un cambiamento radicale dei loro oneri e vincoli, quali espressione di poteri necessari per l'affermazione della loro posizione di garanzia e tutela nei confronti della gestione della società.

Si evidenzia come il legislatore abbia effettivamente fatto di tale decreto un primo punto concreto di delimitazione delle responsabilità nascenti dalle posizioni ricoperte da tali collegi sindacali e di amministrazione. Viene posto in risalto come queste innovazioni vadano di pari passo con l'evoluzione economico sociale in cui le società devono integrarsi, essendo esse stesse

operatori principali. Comprendendo tutto il fattore umano di cui sono composte e di cui sono espressione, le società devono adeguarsi logicamente anche al panorama giuridico penale, nel caso in questione, e civile. Infatti, la riforma come si leggerà successivamente, è intervenuta con il decreto legislativo 17 Gennaio 2003, n.6, oltre 50 anni dal Codice Civile del 1942.

Necessaria per adeguare e modernizzare la disciplina soprattutto delle società di capitali, ha apportato cambiamenti radicali e fondamentali. Oltre lo sviluppo in tema di responsabilità dei collegi come pocanzi affermato, svariati sono stati gli scopi preminenti di questo ingente intervento legislativo. Ad esempio, conformare la normativa del diritto societario italiano a quello oramai consolidato dei mercati internazionali; rendere più semplice la materia societaria e adattarla alle esigenze economiche che si presentano, questo per stimolare la nascita di nuove imprese ed incentivare l'iniziativa economica.

Si conclude, dopo aver chiarito tali posizioni, con l'analisi del caso *Bipop Carire* che ha rimodulato in modo decisivo a livello giurisprudenziale la responsabilità penale degli amministratori non esecutivi per i fatti illeciti commessi dai delegati. Precedentemente a questa sentenza i giudici, oltre a non aver correlato i casi con la riforma di cui sopra, non si erano mai concentrati su quali potessero essere le ripercussioni delle disposizioni civilistiche della riforma nell'ambito penale della responsabilità omissiva.

CAPITOLO PRIMO

“LA RESPONSABILITÀ PENALE COLLEGIALE”

INDICE: 1. La responsabilità penale collegiale: la controversa figura del reato collegiale. – 1.1. Le critiche alla figura del reato collegiale. – 1.2. La responsabilità penale ex art. 40 c.p. e 110 c.p. – 2. La giurisprudenza rilevante. – 2.1. Il caso “ThyssenKrupp”: tra dolo eventuale e colpa cosciente. – 2.2. Il caso “Cultrera”. – 2.3. Il caso del “Banco Ambrosiano”. – 2.4. Il caso “Fiat”. – 3. La dottrina: premessa. – 3.1. Posizione formale e limiti. – 3.2. Posizione sostanziale e limiti. – 4. Confronto tra dottrina e giurisprudenza.

1. La responsabilità penale collegiale: la controversa figura del reato collegiale.

Il dilemma della configurabilità e dei confini indefiniti della responsabilità penale derivante da reati commessi con atti collegiali non è sorto di recente, è stato già discusso anche sotto la vigenza del codice di commercio del 1882 il quale, per gli amministratori, conteneva una norma simile a quella dell’art. 2392 c.c. il cui dispositivo reca la demarcazione di oneri e responsabilità a carico degli stessi.

Va preventivamente rilevato che il problema della responsabilità collegiale si pone necessariamente nell’ipotesi delle società di capitali, più nello specifico in quelle di ingenti dimensioni che, non essendo amministrate da un singolo soggetto, presentano un organo gestorio composto da persone che dispongono di prerogative di tipo esecutivo e non.

In quest’ultimo caso, la loro attività si limita tendenzialmente al controllo inerente non solo alle azioni poste in essere dai consiglieri esecutivi, ma anche alle attività e organizzazione della gestione dell’impresa.

Solitamente, gli amministratori privi di deleghe hanno una competenza tecnica, in quanto specializzati in sfere specifiche di attività inerenti all'impresa (come la consulenza), di conseguenza, la possibilità di incidere realmente con le proprie conoscenze professionali sulla gestione dell'azienda si rivela decisamente bassa.¹

In aggiunta, è necessario evidenziare che tali figure sono scelte dalla maggioranza azionaria che presiede l'impresa e di conseguenza hanno un livello di autonomia molto limitato dovendosi attenere alle istruzioni che vengono impartite da chi realmente detiene il comando².

Concretamente, si è venuta a creare una categoria di amministratori dai compiti peculiari in quanto essi non entrano direttamente nella gestione e comando della società, ma hanno il compito di garantire e controllare che gli altri amministratori operino in modo corretto e trasparente.³ Sono così emersi tra i consiglieri privi di deleghe esecutive, quelli *indipendenti*. Si tratta di figure di nomina assembleare, che però dovrebbero porsi in una condizione di non subordinazione rispetto a coloro che li hanno nominati, in forza del particolare merito di cui sono autori in campo professionale e scientifico.

Coerenti nella loro indipendenza, la loro partecipazione all'organo che amministra la società dovrebbe servire da maggiore tutela per i soci che si trovano in minoranza, oppure per coloro che hanno investito il loro denaro in obbligazioni dell'impresa, sempre che quest'ultima sia quotata in un mercato regolamentato.

Il regime degli obblighi degli amministratori senza delega, è radicalmente cambiato a seguito del decreto legislativo n.6 intervenuto in data 17 Gennaio

¹ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, Diritto Penale dell'impresa, 18 febbraio 2013, p. 414 e ss.

² ABBADESSA, *Profili tipici della nuova delega amministrativa*, in Abbadessa, Portale (diretto da), *il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v., II, Torino, 2007, 501 ss.

³ RORDORF, R., *Gli amministratori indipendenti*, in Giur. comm., I, 2007, p. 143 e ss.

2003, il quale ha apportato fondamentali cambiamenti alla disciplina societaria moderna.

Coerentemente con la disciplina precedente a carico di questi pesava un generale e indistinto obbligo di monitoraggio sul progressivo andamento della gestione, congiuntamente al dovere di operare un blocco per evitare il verificarsi di fatti pregiudizievoli per l'impresa o per quanto possibile ovattarne le conseguenze.

La non tassatività e la vaghezza di tali dispositivi operativi comportavano che, nel caso in cui si fossero riscontrati risultati nocivi derivanti da *mala gestio*, tutti i componenti del collegio di amministrazione fossero ritenuti solidalmente responsabili in tema di risarcimento dei danni causati alla società. Questo perché non avevano espletato il potere di vigilanza che si riteneva comprendere l'adeguamento del fatto posto in essere al rispetto della legge, allo statuto e ai principi di una amministrazione trasparente e regolare. A tale proposito, sembra interessante considerare e concentrarsi su un punto ancora controverso e oggetto di costanti innovazioni dottrinali e giurisprudenziali, vale a dire la responsabilità di tipo penale che viene fatta risalire in capo a questa particolare categoria di amministratori.

Per comprendere e contestualizzare le vicende che hanno portato alla sintesi delle diverse teorie che abbracciano questo tema, può agevolare una parentesi che analizza la particolare natura dei reati che si possono configurare nell'ambito delle attività svolte nel collegio degli amministratori.

Per prima cosa va detto che la responsabilità penale in seno ai cd. organi collegiali di amministrazione e controllo risulta, in teoria, strettamente connessa, oltre che al principio di personalità dell'illecito penale, anche all'istituto del concorso di persone nel reato ex art. 110 e ss. c.p.

Si è evidenziato, quindi, come la constatazione che gli amministratori, così come pure il collegio sindacale o i liquidatori, possono o debbono adempiere al loro ruolo necessariamente riuniti in collegio, e questo punto ha indotto a

ricondurre a primo impatto i loro illeciti penali, eventualmente realizzati nell'esercizio di tali attività, a quella peculiare e autonoma categoria di reati, per l'appunto definiti, in vista della loro ritenuta singolare struttura, *reati collegiali*.

Tali si configurerebbero non quando, allo scopo di commettere uno o più reati, diversi individui si riuniscono sporadicamente, come ad esempio nelle associazioni a scopo criminoso, ma da soggetti riuniti e costituiti *ex lege* in collegio, in tal caso necessario organo di una persona giuridica, nell'esercizio delle loro attribuzioni⁴.

In effetti, se tali persone traessero semplicemente occasione dal trovarsi riunite in collegio per commettere un reato estraneo alle loro funzioni, allora non si tratterebbe di un reato collegiale, ma di un altro *reato collettivo*, quale del resto si avrebbe pure se esso venisse commesso da più persone, facenti sì parte di un organico, ma senza che, per commetterlo, sia stata necessaria la funzione del collegio nel modo previsto dalla legge che lo costituisce.

Inquadrata e descritta in tale modo la categoria del reato collegiale nello schema degli illeciti penali, si evince che la pluralità dei soggetti attivi ne costituisce elemento necessario, e che tali tipi di reati sogliono essere definiti come reati *plurisoggettivi*, precisamente vanno ricondotti nello schema dei c.d. "reati accordo", intesi come quei "*reati plurisoggettivi a condotte omogenee e moventesi l'una verso l'altra*"⁵.

Tutto lascerebbe quindi intendere che la pluralità di soggetti sia stata ritenuta *presupposto essenziale* ed inderogabile della categoria dei reati societari derivanti da attività collegiali, ed anzi uno tra i fattori fondamentali che ne affermano la presunzione a volersi classificare come autonomi.

⁴ RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, p. 4 ss.; ID., *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, Bologna, 1948, p. 4 ss.

⁵ RANIERI, *Il concorso di più persone in n reato*, Milano, 1949, p. 24; ID., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Padova, 1956, p. 377.

Sembra scontato adesso affermare che è proprio negli esercizi economici delle imprese che l'attività svolta dagli organi collegiali assume una portata imprescindibile e di vitale influenza.

Ciò che va evidenziato è che il risultato finale della condotta di gruppo prende origine da una sequenza concatenata di azioni e decisioni singole che consequenzialmente si saldano l'una con l'altra, essendo presupposte temporalmente, e che scaturiscono poi in un prodotto unico e comune.

In effetti, quando la modalità di azione è collettiva, le diverse condotte comportano un *risultato unitario*, quindi esternamente sarà presa in considerazione la rilevanza dell'agire di gruppo. Si ha in tali ipotesi una responsabilità solidale in quanto le singole azioni, non potendo essere isolate, sono attribuite al gruppo e non al singolo individuo.

Di conseguenza, quando si pone la necessità di determinare le singole condotte *ex-post*, la difficoltà è da rinvenire nella coincidenza delle singole azioni.

Per questa ragione, qualora si intenda accertare una possibile infrazione delle regole in un contesto collettivo, si deve inevitabilmente considerare il legame che coordina e connette le azioni dei singoli componenti nel complesso dell'attività di gruppo.

In tale ambito, è all'interprete che in sede di valutazione penale spetta il compito di estrapolare il singolo atto illecito e isolarlo dall'organico, per poi accollarlo ad una o più persone, che avevano il dovere e responsabilità di svolgere specifiche attribuzioni.

Per quanto riguarda in particolare il collegio, esso è caratterizzato da un rapporto di tipo operativo il cui scopo è regolare e gestire l'attività dell'organismo⁶, ed è in questo modo che l'atto finale rappresenta la volontà

⁶ CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, p. 144 e ss.

comune e si forma in seguito ad un processo articolato che coinvolge più persone.

Gli amministratori, infatti, hanno l'obbligo di perseguire l'interesse sociale, il quale, pur non trovando espressa codificazione nell'ordinamento, è considerato dalla dottrina come dovere che incombe in capo a questi ultimi pur con la difficoltà di individuarne la concreta portata.

In tale ambito, si nota come la particolarità del delitto comune risiede proprio nel carattere unitario di un atto posto in essere da una pluralità di soggetti, oltre che dalla natura individuale della responsabilità di tipo penale, di cui i singoli membri del collegio possono essere chiamati a rispondere.

In particolare, la teorizzazione del reato di tipo collegiale⁷ presenta il merito di mettere in luce il carattere particolare del complesso dei reati che si possono ravvisare in ambito collegiale.

La ragione per cui si è frettolosamente giunti all'ipotesi di catalogare il reato collegiale come *plurisoggettivo*, è dovuto al fatto che rinvenendo in tale fattispecie un delitto commesso da più soggetti si riconosce come l'attività svolta all'interno di un collegio si traduca in un provvedimento di natura unitaria.

Ma c'è da fare una puntualizzazione, essendo considerato il reato collegiale come necessariamente plurisoggettivo e caratterizzato da una attività comune, viene classificato come figura autonoma rispetto al concorso necessario.

Inoltre, l'arrecare un danno alla persona giuridica mediante atto collegiale figura nella fattispecie legale come elemento costitutivo⁸.

⁷ GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, p. 233 e ss., in tal senso anche RENDE, *Disposizioni penali su società e consorzi*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro V del Lavoro (art. 2555 – 2642)*, Bologna, 1947, p. 64 ss; ID., *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943, p. 44 e ss.

⁸ GRISPIGNI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 223 – 224. Secondo l'autore il reato plurisoggettivo implica tre requisiti: a) che una fattispecie legale si riferisca nella propria descrizione espressamente a più persone; b) che la descrizione della fattispecie si riferisca a più persone in quanto tengono una determinata condotta; c) che tale condotta figuri nella fattispecie come elemento costitutivo in senso stretto.

Chiunque però potrebbe intuire quanto una tale ricostruzione potrebbe esporsi a critiche essendo eccessivamente superficiale e anacronistica⁹.

1.1. Le critiche alla figura del reato collegiale.

Da anni risulta datata e tendenzialmente respinta dalla maggioranza dottrinale la categoria del c.d. “reato collegiale”, ovvero appunto quel reato commesso “*non da persone che si uniscono allo scopo di commettere uno o più reati ma da persone già costituite dalla legge in collegio, come organo di una persona giuridica (pubblica o privata che sia) per compiere atti giuridici leciti, anzi doverosi, di natura amministrativa, giudiziaria o di diritto privato, le quali persone, nell’esercizio delle loro funzioni, commettono uno o più reati in cui la condotta di ciascun soggetto riceverebbe l’impronta di fatto punibile dal verificarsi della condotta altrui*”¹⁰.

Ebbene, puntualizzato che nei reati di cui si tratta, la commissione mediante atto collegiale non è costante, ma eventuale, essa non può essere ritenuta una caratteristica distintiva di una particolare categoria di illeciti penali¹¹.

Alla luce di ciò deve dedursi che la figura del c.d. reato collegiale manca dell’*ubi consistam*. Frutto di confusione di concetti, essa è una delle più

⁹ CRESPI A., *Studi di diritto penale societario*, II Edizione, Giuffrè editore, Milano, p. 86 e ss.

¹⁰ D. RENDE, *Disposizioni penali su società e consorzi*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Libro V, Del lavoro (artt. 2555 - 2642), Zanichelli, Bologna, 1947, 47 ss. Per una critica alla teoria del reato collegiale v., per tutti, L. CONTI, *I soggetti*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, diretto da A. DI AMATO, vol. I, Cedam, Padova, 1990, 255.

¹¹ Conf. App. Napoli 5 dicembre 1988, in *Dir. pen. econ.*, 1990, 7. Il TONDO, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in *Riv. Pen.*, 1951, I, p. 286; MIRTO, *Società*, p. 134, pur negando che il c.d. reato collegiale si a un reato plurisoggettivo, ritengono che esso costituisca una particolare fattispecie vd. *contra* CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1958, p. 529 – 532.

tipiche manifestazioni della tendenza della dottrina penalistica alla sterile astrazione e alla moltiplicazione delle figure giuridiche¹².

Dalla struttura propria dell'organismo amministrativo, infatti, secondo alcuni si dovrebbe convenire che il reato abbia una pluralità di autori che vi hanno concorso in modo necessario.

In effetti, la molteplicità dei soggetti coinvolti deriva dal particolare autore del reato in esame, e non dalla particolare natura del delitto commesso.

In altre parole, un delitto di tipo collegiale si deve caratterizzare per la necessaria presenza di un'attività di tipo collettivo, oltre che dall'orientamento unitario di coloro che prendono parte all'organismo e della posizione dagli stessi rivestita ma, come specificato, il reato risulta comunque essere solo eventualmente plurisoggettivo.

La posizione che tendeva a tracciare una netta linea di demarcazione e di differenziazione tra il reato commesso all'interno di un collegio e le ipotesi di concorso riconducendo l'ipotesi *de qua* nella prima categoria non è stata confermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La causa di tale situazione deriva, essenzialmente, dalla scarsa autonomia di cui possono godere coloro che compongono il collegio; in altre parole, le diverse posizioni si sono appiattite, in termini di responsabilità penale.

Tale situazione rischia di far applicare in modo scorretto il criterio della colpevolezza, dato che rende decisamente arduo accertare le responsabilità dei singoli non permettendo di individuarla correttamente.

Invece, all'interno degli organi formati da una pluralità di soggetti, si dovrebbero distinguere le singole posizioni, considerando le diverse mansioni e prerogative.¹³

¹² ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Volume I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, Tredicesima edizione a cura di GROSSO F. C., Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 100 e ss.

¹³ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit., p. 416 e ss.

Scegliendo, invece, di non operare una differenziazione, si apre la strada per una valutazione collettiva degli enti che si caratterizzano per la loro complessità.

La critica fin qui condotta all'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della categoria del reato plurisoggettivo varrebbe, già di per sé, a sollevare l'interprete dall'opportunità di esaminare ulteriormente quella cosiddetta speciale figura del reato collegiale.

Se si esclude che la natura unitaria dell'atto collegiale, in cui si anniderebbe l'illecito penalmente sanzionato, possa significare responsabilità penale di tutti i componenti del collegio, e se si dovesse escludere che per la sussistenza del c.d. reato collegiale sia necessario che esso sia stato posto in essere dal numero minimo di soggetti richiesti per una valida costituzione del collegio deliberante e, per contro, si dovesse ammettere che il reato possa ben sussistere anche con riferimento ad un unico soggetto, il quale abbia da solo illegittimamente deliberato, o che solo sia risultato penalmente perseguibile, vi sarebbe quanto occorre per bandire dal novero degli istituti la concezione del reato collegiale¹⁴.

A tale riguardo, si consideri come una società di capitali venga gestita, concretamente, da uno o più figure amministrative che fanno parte del gruppo di comando e che dispongono realmente delle prerogative per gestire l'impresa. Gli altri amministratori, invece, si limitano a svolgere un ruolo di tipo consultivo nei confronti di decisioni che sono già state assunte da coloro che possono disporre di incarichi di tipo esecutivo.

Generalmente, questi ultimi non conoscono a sufficienza la materia in modo da valutare con cognizione di causa l'impatto dell'atto che deve essere approvato;¹⁵ in pratica, le uniche informazioni derivano da un piccolo *dossier* che illustra quali sono gli argomenti oggetto di discussione, che gli amministratori mettono a disposizione prima che abbia inizio la riunione. Di

¹⁴ TONDO, *Sulla natura del reato collegiale*, op. cit., p. 286; MIRTO, *Il diritto delle società*, Milano, 1954, p. 134.

¹⁵ CENTONZE, F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 125 ss.

conseguenza, accade con una certa frequenza che i consiglieri non esecutivi decidano di approvare sulla base di pochi dati atti particolarmente importanti per la vita societaria, come il bilancio oppure richieste per ottenere crediti di valore ingente. In definitiva, il via libera alla delibera viene determinato solamente dalla relazione personale e politica rispetto ai consiglieri esecutivi¹⁶.

Per quanto riguarda, invece, il collegio dei sindaci, si consideri come, nel caso in cui essi siano stati nominati dalle persone su cui dovrebbero esercitare il controllo, la possibilità e la volontà di controllare siano decisamente ristrette.

In pratica, un'effettiva funzione di monitoraggio risultava decisamente rara¹⁷. È bene evidenziare come inevitabilmente tra i diversi membri si stabilisca un legame solidaristico, al pari di quanto accade per l'organismo amministrativo. La responsabilità degli amministratori è solidale e, infatti, ai sensi dell'art. 2932 c.c. *“gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri (specifici o generali). La norma in esame eccettua il caso in cui “si tratti di attribuzioni proprie degli amministratori delegati o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”*¹⁸.

La configurazione del reato collegiale ha incontrato quindi forti opposizioni in dottrina¹⁹ perché si fonda su un equivoco.

¹⁶ CENTONZE F., *op. cit.*, p. 136, il quale riporta quanto già descritto da Antolisei nel 1959: *“Solo gli amministratori delegati fanno quello che bolle in pentola ed in definitiva fanno quello che vogliono, il bello ed il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono più che comparse, nomi risonanti per la loro posizione nella finanza, nella politica e nella professione oppure uomini di fiducia dei padroni dell'impresa. Essi sanno ben poco della situazione degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale”*.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ GHEZZI F., *Amministratori artt. 2380 – 2396 c.c.*, in MARCHETTI P. – BIANCHI L. A. – GHEZZI M. – NOTARI M., *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 494. L'ultima proposizione della norma (*“o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”*) è stata aggiunta dalla riforma del 2003 come meglio verrà analizzato.

¹⁹ CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1957, p. 528 – 529; MIRTO, *Società*, 126 SS., Tondo, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in *Riv. Pen.*, 1951, I, 268 ss..

Non esistono, infatti, reati che si distinguano dagli altri per essere realizzati con atti collegiali, e cioè reati nei quali la commissione mediante atto collegiale figura nella fattispecie legale come elemento costitutivo²⁰.

1.2. La responsabilità penale ex art. 40 c.p. e 110 c.p.

Se si prende in considerazione il prototipo classico di fattispecie penale, esso è stato elaborato dalla dottrina tradizionalista come azione positiva, l'ordinamento, infatti, sembra chiedere ed imporre ai cittadini di trattenerli dall'agire in modo da violare i diritti di altri soggetti.

Nella realtà disciplinare del diritto penale, è fondamentale differenziare i cd. commissivi la cui caratteristica è la violazione di un divieto, dai reati cd. omissivi, che invece si sostanziano e si configurano quando vi sia la violazione di un comando.

La maggior parte dei giuristi si è impegnata per lungo tempo nello sforzo di ricondurre ad un tutt'uno la condotta attiva e quella omissiva, cercando con difficoltà pratica di conferire all'omissione una proprietà tangibile e "attiva", tutto questo muovendo da una prassi e un cammino giurisprudenziale affannosi, intesi ad identificare l'omissione rispettivamente in un'inerzia, un *aliud facere* o nel "movimento interno nervoso con cui si arresta l'impulso ad agire"²¹.

Sia la prima tesi che è priva di valenza penale, sia quella che fa riferimento all'*aliud facere* non sono accettabili.

Quest'ultima va incontro a difficoltà insuperabili in quanto chi omette un'azione dovuta non sempre compie un'altra azione, poiché può rimanere totalmente inerte; in secondo luogo spesso l'individuazione dell'azione

²⁰ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Volume I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, Tredicesima edizione a cura di GROSSO F. C., Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 100 e ss.

²¹ GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale*, parte generale, XII edizione, Nel diritto Editore, Roma, 2016, p. 512.

diversa non è agevole, perché entro il termine previsto il soggetto compie un'infinità di azioni diverse.

Si ritiene logico allora ricollegare anche l'omissione a un riscontro giuridico, ravvisandosene il *proprium* nel *non facere quod debetur*. L'omissione si sostanzia nell'azione attiva di un soggetto a cui viene imposto dall'ordinamento un divieto di agire, per ragioni che siano morali, sociali o di diritto²².

Ciò posto, giova sottolineare che nella normativa penale risaltano due forme di omissione, i reati omissivi propri (*delicta omissiva*) e reati omissivi impropri (*delicta commissiva per omissionem*).

Un primo *discrimen* porterebbe a pensare che la differenza di base tra le due categorie sia riscontrabile nella natura della disposizione che viene violata, una norma di comando nei reati omissivi propri, diversamente un precetto di divieto in quelli omissivi impropri, in questi si cerca di evitare la causazione dell'evento lesivo di diritti tutelati²³.

In una siffatta impostazione, i reati omissivi impropri costituirebbero mere forme di manifestazione di reati commissivi (da qui l'origine dell'espressione "delitti commissivi mediante omissione").

Si tratta però di un'impostazione tendenzialmente superata posto che la divergenza fondamentale tra i divieti e i comandi trova base invece nella natura della condotta che si richiede, da un lato i divieti presuppongono una omissione, i comandi sono legati alla realizzazione di un'azione attiva.

I reati omissivi impropri sono quindi reati omissivi a tutti gli effetti, commessi in violazione di norme di comando.

Soffermandoci su tale categoria di reati omissivi (e sottolineando che quelli propri, non comportano la necessaria causazione di un evento e, infatti, dai più sono chiamati "reati di mera condotta") bisogna evidenziare che se ne

²² MANTOVANI F., *Diritto penale*, parte generale, VIII edizione, Cedam, Padova, 2013, p. 166.

²³ LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinem teutschen Strafrecht*, 2 BAND, *Ueben den Thatbestand des Verbreches*, Gottingen, 1840, 219 – 220, e nella dottrina italiana VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 48 ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1981, 690 -691.

rinviene la disciplina nella parte generale del codice penale e, in particolare, nell'art. 40 co. 2 c.p. il quale statuisce che *“non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*.

La disposizione dell'art. 40 c.p., in sostanza, affianca ad ogni fattispecie commissiva di parte speciale per cui tale assimilazione è possibile una nuova fattispecie. In particolare è necessario sottolineare che tale accostamento sarà possibile con riferimento ai reati commissivi a forma aperta, prendendo d'esempio, l'omicidio, nei quali il legislatore non incrimina specifiche modalità di condotta ma tende ad impedire solo l'evento lesivo, non sarà possibile invece nei reati a forma vincolata (come ad esempio la truffa) nei quali invece, sono previste modalità determinate di condotta e quindi non essendo previste necessarie condotte attive del soggetto agente (ad es. artifici e raggiri). Ancora, tale assimilazione tramite la clausola di equivalenza ex art. 40 cpv. c.p. non sarà possibile con riferimento ai reati di mera condotta.²⁴

La nuova fattispecie di cui sopra, è imperniata principalmente sul mancato impedimento, della quale fornisce gli elementi strutturali: la condotta, che si riscontra nella contrarietà di un obbligo giuridico di impedire l'evento, il rapporto di causalità, e ovviamente l'evento stesso. Non si può dubitare, allora, dell'autonomia strutturale delle fattispecie omissive improprie, consistenti nella violazione di una norma di comando, intesa ad imporre il compimento di azioni volte all'impedimento di un evento tipico.

Principale problema è quello relativo alla compatibilità di questo disegno criminoso con i principi costituzionali corollari del diritto penale, vale a dire quello di legalità e determinatezza della fattispecie penale, posto che l'art. 40 cpv. c.p. dà ingresso a nuove ed autonome fattispecie legali, rimettendo, tuttavia, all'interprete il compito di rintracciare il presupposto e il luogo dove rientra questa responsabilità per omissione di aver impedito un evento²⁵.

²⁴ FIANDACA MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli Editore, p. 535 ss.

²⁵ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub art. 40*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 81: l'Autore evidenzia l'inadeguatezza dell'attuale regolamentazione legislative del reato omissivo improprio sottolineando come esso rappresenti attualmente “uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali”.

Delimitato il quadro in cui si muove la fattispecie omissiva impropria, bisogna fotografare le condizioni costitutive della stessa.

In sintesi, vengono in considerazione, sul versante oggettivo, la situazione tipica, che riscontra anche in altre circostanze, ossia il punto di partenza che genera il fatto da cui scaturisce una situazione pericolosa per il bene tutelato dal legislatore che necessariamente fa attivare in capo all'agente il dovere di impedire il danno; la condotta omissiva, che si concepisce nell'inerzia totale di compiere un'azione mirata ad evitare l'evento, è la cd. "situazione di garanzia"; l'evento naturalistico descritto come una fattispecie determinata nei suoi caratteri e imperniata su una condotta positiva; il rapporto di causalità tra "non fare" ed evento.

Risulta necessario per riscontrare tale configurazione, l'intervento di una volontaria non curanza dell'obbligo di congelare l'evento prima che si possa portare a compimento.

La prima questione interpretativa, posta dall'art. 40 cpv. c.p. attiene, dunque, alla delimitazione di quelli che sono dei vincoli giuridici di attivarsi che se non rispettati portano alla fattispecie di responsabilità omissiva.

L'obbligo di tutela e soprattutto vigilanza devono ovviamente essere contestualizzati nella disciplina penale, per tale motivo si possono far risalire ai principi fondamentali dell'ambito criminologico.

In particolare, si veda l'insindacabile principio di legalità, questo sicuramente è tangente

- a) Al principio di riserva di legge, che riscontra la base giuridica nell'imposizione da parte dell'ordinamento ad attivarsi;
- b) Insieme al principio di tassatività si delimita uno specifico obbligo di garanzia che non comprende quindi imposizioni generiche;
- a) Infine, va ovviamente ricompreso il principio della personalità dell'azione penale, in base al quale sono presenti i necessari poteri impeditivi in capo al soggetto autore, questo implica la capacità

pratica di espletare un'azione di blocco nei confronti dell'attività pericolosa²⁶.

Bisogna inoltre tenere presente, come in queste circostanze faccia da corollario anche il principio di libertà, il quale mira a tutelare le posizioni e porre limiti alle imputazioni mosse ai soggetti destinatari dell'obbligo di garanzia, questo non lo si deve addossare a categorie indefinite e generiche, ma la solidarietà va fatta riscontrare in capo ai soggetti coinvolti direttamente.

È da questa analisi che rileva la circostanza che al cospetto della congiunzione di questi indici di cui sopra, si evidenzia maggiormente la differenza profonda che intercorre tra: l'obbligo di posizione garante da cui deriva la responsabilità penale dovuta ad omissione impropria, e l'agire, o meglio, il dovere di azionarsi per tutelare altre categorie di beni specifici. Quest'ultimo dovere senz'altro non risulta idoneo a sostenere l'equivalenza dispositiva di cui all'art. 40 cpv.

Sulla scorta di quanto tutto sino ad ora esposto è necessario ulteriormente sottolineare la differenza che intercorre tra i meri obblighi di sorveglianza e gli obblighi di attivazione.

I primi sono nella dottrina e giurisprudenza ritenuti propri di alcuni particolari ordini di individui a cui, nonostante non vengano concessi poteri impeditivi sufficientemente efficaci, viene imposto l'obbligo di monitorare l'attività di altri soggetti ed eventualmente di avvisare ed informare il titolare del bene di possibili fatti pregiudizievoli.

Nei secondi invece sono riconosciuti in capo ai soggetti rivestenti qualifiche specifiche veri e propri obblighi di attivazione.

Se si considera questo criterio si può dire “funzionale”, si devono fare alcune precisazioni in quanto va considerata un'ulteriore differenza quasi

²⁶ GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale*, parte generale, XII edizione, Neldiritto Editore, Roma, 2016, p. 523.

impercettibile ma fondamentale tra le posizioni di garanzia. Infatti, da un lato si può avere una posizione cd. “di controllo”, la quale prevede una posizione datoriale o per meglio dire di dominio su una catena di attività, così come su determinati oggetti materiali. In questa ipotesi si potrebbero riscontrare controlli di situazioni elevate di pericolosità, dal cui accadimento possono derivare danni per i terzi. Altre posizioni di garanzia possono aversi quando si è in presenza di una posizione di “protezione” tra garante e titolare, facendo leva sulla possibilità o meno di proteggere i beni in questione.

Fatte tali necessarie premesse, è questa la sede per affermare che quando si tratta di responsabilità degli amministratori o dei sindaci e quindi dei componenti degli organi collegiali di una data persona giuridica, pubblica o privata, spesso si fa riferimento proprio a forme di responsabilità omissiva. A meno che, infatti, tali soggetti non pongano in essere volontariamente atti illeciti o che vadano contro gli interessi della società stessa, il più delle volte agli stessi verrà imputato di non aver correttamente vigilato sull’attività di impresa e di non aver controllato lo svolgimento e l’andamento di quest’ultima ponendo in essere le attività richieste agli stessi dalla legge che siano di tipo informativo, di controllo o di vigilanza.

È indubbio, infatti, che su tali soggetti (come affermato anche dalla giurisprudenza e come si vedrà nel prosieguo della trattazione) incombono delle posizioni di garanzia che li obbligano ad attenersi al comando e quindi a quanto previsto dalla legge e la conseguenza di un loro eventuale sviamento dai poteri e dai doveri summenzionati sarà causa di responsabilità penale ex art. 40 cpv. c.p. in combinato disposto con l’art. 2932 c.c. eventualmente in concorso con condotte attive di altri soggetti (ad esempio amministratori) preposti alla gestione dell’impresa.

L’esigenza di formulare un’autonoma definizione degli obblighi di sorveglianza è sorta dal controverso inquadramento e dalla incerta rilevanza penale degli obblighi gravanti su amministratori e sindaci di società in ordine all’impedimento di reati societari o in danno della società.

La giurisprudenza prevalente è solita attribuire agli amministratori non delegati, ex artt. 2392 c.c. e 40 c.p. in combinato disposto con l'art. 110 c.p. una responsabilità a titolo di *concorso* con i delegati, per non averne impedito l'attività illecita, riconoscendo pertanto in capo ai primi un vero e proprio obbligo di garanzia, munito cioè dei connessi ed idonei poteri impeditivi²⁷.

Lo stesso atteggiamento investe i componenti del collegio sindacale, allorché omettano consapevolmente di esercitare i propri doveri – poteri di controllo e/o di denunciare le irregolarità eventualmente riscontrate.

Anche per costoro la responsabilità a titolo di concorso con gli amministratori origina dalla ritenuta titolarità di obblighi di garanzia²⁸.

Ad identico rigore si ispira un importante settore della dottrina che ritiene che quella di amministratori e sindaci sia un'ipotesi tipica di posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento di reati altrui²⁹.

Secondo un altro e più convincente indirizzo, invece, la diversità di poteri di intervento di cui dispongono i due organi societari sugli atti illeciti impone di differenziare il contenuto degli obblighi gravanti su ciascuno, individuando solitamente obblighi di garanzia per gli amministratori e di sorveglianza per i sindaci, di modo che gli amministratori possano rispondere di concorso mediante omissione con l'autore del reato non impedito, mentre a carico dei sindaci non sussisterebbe responsabilità penale, se non ove la legge preveda un'autonoma fattispecie incriminatrice di mancata sorveglianza³⁰.

Allo stesso modo degli amministratori, e come posto dall'argomento del presente elaborato, si può affermare inevitabilmente che il collegio sindacale

²⁷ Cassazione, Sezione V, 26 giugno 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, 828, relativa al caso "Sindona".

²⁸ Cassazione, Sezione V, 28 febbraio 1991, in *Cass. Pen.*, 1991, 1849.

²⁹ PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, p. 287 ss.; TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983, 190 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, p. 338 ss.

³⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale*, 170 e 181; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, 173 ss. Più prudente la posizione di ALESSANDRI, *Parte generale*, 88, il quale invita a procedere con particolare cautela nell'assegnare alle disposizioni civilistiche il delicato ruolo di fonte di una responsabilità per omissione.

delle imprese di grandi dimensioni è, considerando la giurisprudenza maggioritaria, classico esemplare, nella sua conformazione e nelle prerogative attribuitegli dall'ordinamento, di soggetto munito di obblighi di garanzia.

Al pari dei consiglieri non esecutivi, questi hanno ovviamente come ruolo principale quello del controllo sull'altrui attività, monitorare se c'è il rischio che le collettività di lavoratori, così in particolare i consiglieri esecutivi, possano porre in essere fatti penalmente rilevanti. Questo comporta che anche a loro viene estesa la punibilità ex concorso omissivo, in quanto si può riscontrare anche in capo a questi la possibilità di una consapevole e volontaria omissione di esercizio dei poteri impeditivi di cui sono forniti, accettando l'eventuale e plausibile rischio di commissione di reati.

La responsabilità di questi se la si circoscrive temporaneamente nel caso di reato di bancarotta, rileva sotto l'occhio degli artt. 110 e 40 cp., infatti si devono tenere conto che la volontaria inerzia dal controllare può rilevare a seconda del tipo di azienda in cui si è inseriti, da una prospettiva generica come ad esempio nelle imprese per esercizio di credito, e da un'inquadratura più nello specifico che comprende diversi movimenti tra gli organi collegiali, quali deleghe concesse dal cda, compromessi con il collegio sindacale e altre circostanze simili.

In definitiva, i collegi di cui si sta trattando sono classificati per esempio quali autori qualificati del reato previsto dall'art. 2629 c.c.; definitivamente quindi sono imputati alla stregua del discorso fin qui condotto a titolo di concorso commissivo od omissivo, in quanto titolari di una funzione di controllo e quindi soggetti obbligati all'impedimento del reato ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p.³¹.

³¹ Cassazione Penale, Sezione V, 28 febbraio 1991, CP, 1991, I, 1849.

Naturalmente sarà ben configurabile il caso in cui il soggetto non sia né in dolo né in colpa a causa di una sua legittima ignoranza.

Senza dubbio, è importante sottolineare che il dissenso espresso esclude ogni forma di concorso.

È poi questione di fatto vagliare se certe forme di quasi dissenso, di assenso parziale, di astensione, di assenza concordata da parte dei soci o degli amministratori costituiscano concorso morale.

Anche le dimissioni possono essere, talvolta, una forma di incoraggiamento al proposito criminoso.

È il caso ad esempio delle dimissioni rassegnate dopo una delibera illegale. Esse certamente rappresentano la forma più casistica di dissenso; ma poiché possono essere date soltanto per sfuggire alla responsabilità, questa non potrà essere esclusa se il dimissionario, con la sua precedente condotta, ha coscientemente operato a favore della deliberazione illegale, anche soltanto rafforzando nei colleghi il proposito di adottarla.

Anche in questo caso ciò che decide è il comportamento e la volontà reale del soggetto nei riguardi del fatto criminoso.

Non in modo diverso si risolvono i dubbi che sorgono rispetto all'amministratore che non ha partecipato alla deliberazione, e cioè all'assente.

Mentre per la sua responsabilità civile basta che a lui si possa rimproverare una colpa, sia pure per non aver agito, dopo aver avuto conoscenza del deliberato, quando poteva impedirne o limitare i risultati pericolosi, per configurare la responsabilità penale, nel caso tipico dei delitti, è richiesto che l'assenza abbia reso possibile il fatto criminoso e sia stata preordinata per questo scopo, oppure che l'assente in precedenza abbia operato a favore del provvedimento illegale, suscitando o rafforzando nei colleghi il proposito di attuarlo³².

³² ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Volume I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, Tredicesima edizione a cura di GROSSO F. C., Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 112.

2. La giurisprudenza rilevante.

Secondo quanto statuito dalla giurisprudenza in materia di illeciti collegiali, e cioè commessi all'interno di un collegio di una società di capitali, bisogna prendere in considerazione e analizzare alcuni elementi di riferimento ai fini della configurabilità e della delimitazione della responsabilità penale in tale ambito:

- a) il primo consiste nell'indicazione a un soggetto della sua posizione di garanzia, correlata alle obbligazioni di natura civile ex artt. 2932 e 2403 c.c., e nascente in capo a coloro che svolgono la funzione di sindaco o amministratore di un'impresa di capitali.
- b) In secondo luogo, qualora si ravvisi un illecito dei membri del collegio, ad esempio del sindaco negligente o dell'amministratore non delegati e quindi sprovvisto di deleghe funzionali, può ritenersi sussistente il dolo eventuale.
- c) Infine, considerando le garanzie riconosciute in capo ai sindaci ed agli amministratori non delegati, è possibile rinvenire un concorso di persone tra le due figure menzionate in precedenza e gli amministratori delegati.

A tale riguardo, sembra particolarmente rilevante la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che l'art. 2392 c.c. è la fonte della posizione di garanzia che inerisce chi amministra un'impresa di tipo commerciale, atteso che la norma *“fa carico agli amministratori dei doveri generali di vigilanza sull'andamento della gestione nonché di fare quanto in loro potere per impedire il compimento di atti pregiudizievoli ovvero di eliminare o attenuare conseguenze dannose”*.³³

³³ Corte Cass., sentenza n. 172, 27 maggio 1996.

In particolare, i giudici di Piazza Cavour hanno posto attenzione e messo in evidenza le garanzie che devono essere riconosciute quali obblighi e oneri degli amministratori.

Infatti, qualora tali soggetti e in particolare l'amministratore delegante, non adempiano alla loro funzione di garanti, si ravvisa l'esistenza e la configurazione di un reato omissivo improprio ex art. 40 co. 2 c.p.³⁴, dovuto alla mancata vigilanza e al mancato adempimento degli obblighi posti dalla legge a loro carico e che integrano la posizione di garanzia dagli stessi rivestita. Ciò, sempre che si tratti di reati previsti dal diritto fallimentare.³⁵ Questo orientamento di garanzia è stato esteso consequenzialmente anche al collegio sindacale.

Con ulteriore sentenza la Suprema Corte ha poi identificato un'ipotesi di responsabilità omissiva in concorso, rispetto al delitto di bancarotta, nel caso di un consigliere privo di delega in una società di capitali.

In questo caso, il profilo penale della responsabilità deriverebbe dalla violazione dell'obbligo di vigilare e di attivarsi, permettendo che vengano compiuti atti che comportano un pregiudizio nei confronti dell'azienda. Secondo tale sentenza, dunque, la stessa funzione di amministratore comporterebbe un obbligo di garanzia e una posizione funzionale di tutela, rispetto ai beni giuridici messi in pericolo dal reato di bancarotta e di falso in bilancio³⁶.

Allo stesso modo, i giudici hanno rinvenuto, per i sindaci, un ruolo che si esplica in tre fasi distinte:

- a) ricognitiva
- b) valutativa
- c) dinamica – comminatoria

³⁴ Corte Cass., sentenza del 22 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 651.

³⁵ Corte Cass., sentenza n. 16778, 8 aprile 2008.

³⁶ Per il semplice fatto di essere investito del proprio ruolo, all'amministratore senza delega viene accollata la responsabilità penale per tali reati poiché egli non si è azionato per evitare che l'evento criminoso venisse posto in essere.

La prima consiste nel potenziare la circolazione di informazioni, la seconda si identifica nell'analisi delle informazioni raccolte, la terza, infine, si esplica mediante l'adozione di atti che dovrebbero mettere in allarme coloro che hanno la responsabilità della gestione, avvertendo e facendo sorgere dubbi sulla presenza di irregolarità nel funzionamento dell'azienda. Alternativamente, la terza fase si può anche tradurre nell'opposizione a decisioni considerate non regolari, come nel caso in cui vengano impugnate le deliberazioni dell'organo assembleare.³⁷

A conferma dell'orientamento rigido della Corte vi è una recente sentenza³⁸ con la quale si è deciso di sanzionare e ritenere penalmente rilevante la condotta di un amministratore non esecutivo al quale la carica era stata attribuita per il prestigio rappresentato dalla sua persona.

Con tale pronunciamento si è sottolineato e ribadito l'obbligo di vigilanza, per gli amministratori privi di deleghe esecutive, ex art. 2932 c.c., il quale prevede una responsabilità residuale degli amministratori per gli atti pregiudizievoli compiuti nei confronti delle società, dei creditori e dei terzi. In tal modo, si è ravvisata un'ipotesi di concorso nel reato di tipo doloso o colposo per gli amministratori che avessero permesso ad altri di compiere reati contravvenendo all'obbligo di garanzia di vigilare sul corretto andamento della gestione societaria.

Dato che si è in presenza di un delitto omissivo dalla natura impropria, la valutazione circa la sussistenza della responsabilità e quindi il relativo nesso causale tra l'inosservanza dell'obbligo e il mancato impedimento dell'evento criminoso, è fatto secondo un giudizio prognostico probabilistico³⁹ che deve essere effettuato tenendo in considerazione l'impatto della condotta passiva, e deve tendere ad arrivare ad un giudizio di ragionevole certezza che il delitto derivi direttamente dall'inerzia dell'amministratore.

³⁷ Corte Cass., sentenza n. 5398, 19 gennaio 2006.

³⁸ Corte Cass., sentenza n. 12372, 24 maggio 2006.

³⁹ Corte Cass., 21 novembre 1989, Sezione V, in *Cass. Pen.*, 1991, 1537, 2046.

In altre parole, chi è garante della gestione deve impedire che si verifichi un episodio che la possa pregiudicare, come risulta dalla disciplina civilistica.

Nessuna sentenza, tuttavia, solleva dubbi sulla possibile incompatibilità tra le obbligazioni degli amministratori e le garanzie dagli stessi rivestite, ravvisando, generalmente, una responsabilità di tipo civile.

In modo analogo, i giudici hanno ritenuto⁴⁰ che la supervisione esercitata dal collegio sindacale riguardo il monitoraggio sul rispetto formale delle norme da parte degli amministratori, che permette ai sindaci di richiedere notizie sugli sviluppi della società, crea un pretesto per ritenere esista una posizione di garanzia a cui sono tenuti e che invece riscontra nella realtà applicativa diversi limiti, in quanto sarebbe del tutto sprovvista di concreti mezzi e poteri necessari per impedire l'attività illecita.

Tale supposizione, tuttavia, ha suscitato diverse perplessità, che hanno sollevato dubbi sulla posizione garantista nei confronti dei sindaci⁴¹ proprio in virtù dell'assenza dei poteri impeditivi necessari.

In particolare, è bene notare come le prerogative che vengono riconosciute a sindaci ed amministratori abbiano natura di tipo civilistico.

In questo senso effettivamente appare mirato il riferimento diretto alla diligenza, che deve essere valutata rispetto alla tipologia di incarico, o, alternativamente, alle competenze possedute da coloro che hanno una responsabilità di tipo amministrativo.

Il codice civile, infatti, all'art. 1176 c.c. prevede due tipi di diligenza, quella "semplice" e quella c.d. "qualificata" che è tale in quanto ricadente in capo a soggetti dotati di una particolare qualifica soggettiva come nel caso di cui qui ci si occupa e che è parametrata alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze degli amministratori

⁴⁰ Corte Cass., sentenza n. 2515, 15 maggio 2009.

⁴¹ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit., p. 420 e ss.

In aggiunta, si consideri come la responsabilità richiamata dall'articolo 2392 c.c. si riferisca a indici esclusivamente patrimoniali e risarcitori, per tale motivo, proveniente da disciplina civilistica.

Dubbi simili a quelli rilevati nelle righe precedenti emergono anche nell'analisi all'identificazione della costituente psicologica, che secondo alcuni rientra nel dolo eventuale⁴², nonostante l'atteggiamento interiore dell'autore sia marcato unicamente dalla esclusiva rappresentazione mentale dell'evento illecito.

Inoltre, come si vedrà meglio successivamente nel corso dell'elaborato, i magistrati hanno individuato i criteri di verifica di tale elemento soggettivo nella rappresentazione anche solo astratta, nella mente del reo, di eventi che si possono configurare come reato, e che potrebbero venire a realizzarsi ed integrarsi sulla scorta di "campanelli d'allarme" che si possono desumere dalla condotta dei consiglieri esecutivi. Secondo il parere della Cassazione, in effetti, il dolo definito dal codice civile all'articolo 2621 c.c. si può ravvisare semplicemente nel mettere a rischio i beni dei soci o di persone terze⁴³.

In altre parole, i giudici considerano che si riscontra il dolo ogni qual volta l'agente, in questo caso amministratore o sindaco, pur non perseguendo direttamente l'azione pregiudizievole, sia in condizione tale da poter visualizzare l'evolversi di una situazione di concreto pericolo⁴⁴.

In aggiunta, si consideri come i magistrati rinvengano la possibilità di intravedere un pericolo reale nelle condotte assunte dal singolo sindaco, dalla sua esperienza all'interno del collegio, che farebbe presupporre un buon livello di conoscenza di come esso funzionasse.

Se si prende il caso concreto e di esempio del reato di bancarotta semplice documentale, si consideri un altro pronunciamento, che ha riconosciuto la

⁴² CRESPI, A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1150 ss.

⁴³ Corte Cass., sentenza n. 172, cit.

⁴⁴ Corte Cass., sentenza n. 12372, cit.

responsabilità del sindaco quando chi aveva il compito di tenere le scritture contabili, lo ha fatto in modo non regolare⁴⁵.

In questo caso, si presume che le figure professionali incaricate di tale particolare compito debbano necessariamente conoscere la normativa dettata dal Legislatore in materia, rispondendo del fatto illecito anche secondo lo schema della colpa lieve.

Per ciò che concerne inoltre l'ambito probatorio, vengono richieste prove generiche, relative al fatto di essere consapevoli del comportamento dissipativo, occultivo, dissimulativo, o, alternativamente, di riconoscere passività che in realtà inesistenti, imputabili alle azioni poste in essere da una figura amministrativa, sia *de iure* che di fatto.⁴⁶

Quando si considerano le sentenze delle corti ordinarie di merito, si nota come esse si pongano in linea di continuità con le decisioni della casistica giudiziaria di legittimità della Corte di Cassazione data la funzione nomofilattica dalla stessa svolta.

Si consideri, in questo senso, una sentenza⁴⁷ del Tribunale di Milano, riguardante il reato di falso in bilancio. In questo caso, l'ipotesi di reato riguardava sia i sindaci che gli amministratori di una società per azioni, parte integrante di un gruppo aziendale di un finanziere scomparso.

In particolare, l'attitudine psicologica degli amministratori privi di delega viene fatta coincidere con la categoria del dolo eventuale, che è tradotto nella generica rappresentazione⁴⁸ dei rischi di determinate operazioni e nella probabilità che si verifichi un'azione non lecita.

⁴⁵ Corte Cass., 19 aprile 2005.

⁴⁶ Corte Cass., sentenza n. 16778, cit.

⁴⁷ Trib. Milano, 24 novembre 1999.

⁴⁸ La rappresentazione della probabilità del verificarsi della situazione rischiosa viene individuata dal Tribunale in una serie di indici rivelatori che avrebbero dovuto sensibilizzare i sindaci e gli amministratori deleganti. Il primo di essi è "*la genericità delle classificazioni di certe poste che avrebbe dovuto balzare evidente a chi rivestiva una carica professionale*". A carico del quale, il giudice individua un vero e proprio obbligo di indagare "*se la fiduciaria avesse effettivamente ricevuto ed entro quali limiti ordini dai fiduciari per compiere operazioni di importi così rilevanti [...] rispetto ai quali non era neppure riscontrabile un movimento bancario o finanziario*". L'adempimento di tale obbligo di controllo avrebbe "*potuto far emergere l'arbitrarietà dei comportamenti, posti in essere da chi amministrava*". Vd. FOGLIA MANZILLO F. *op. cit.*, p. 12

La titolarità della responsabilità dei sindaci e degli amministratori non delegati è, quindi, riscontrata nell'aver concluso una verifica non esaustiva e superficiale, non avendo in questo modo sufficientemente approfondito lo stesso.

In realtà, in questa valutazione pocanzi analizzata scaturisce come la rappresentazione dell'evento, la percentuale probabilistica del verificarsi del crollo dell'impresa, evitata da manovre rischiose, il comportamento negligente dell'amministratore che non interviene per sanare situazioni al limite tra illecito e non, per alcuni versi lascerebbe pensare ad una più corretta supposizione in cui ci si trova in realtà sulla linea sottile tra dolo e colpa, piuttosto che completamente nella disciplina della prima, risultando la dottrina della colpa più appropriata per abbracciare questi caratteri.

Risulta essere questa la sede più appropriata per approfondire un tema propedeutico per continuare una corretta e chiara analisi della responsabilità di cui si sta trattando.

Per comprendere e delimitare, per quanto possibile, il confine troppo spesso incerto tra dolo eventuale e della colpa cosciente, decisivo in tema di accollo della responsabilità a un determinato soggetto, consegue una necessaria e temporanea apertura del sipario su un caso che ha lasciato in eredità alla nostra giurisprudenza l'abbandono della teorizzazione della tale responsabilità penale di amministratori e sindaci come rientrante nell'ambito del dolo, per sfociare in quello più appropriato della colpa.

È questo il caso Thyssengrupp.

2.1. Il caso “ThyssenKrupp”: tra dolo eventuale e colpa cosciente

La sentenza definitiva è intervenuta, come da consuetudine, dopo svariati anni e diversi gradi di giudizio⁴⁹ e ha investito prima la Corte di Assise di Torino e successivamente la Suprema Corte.

Gruppo impegnato nei settori dell'industria, nella tecnologia e servizi, leader nella produzione e fornitura dell'acciaio, non solo nel panorama tedesco, dove è stata fondata nel 1999 e dove ha tutt'oggi la sede principale, ma anche nel mondo.

Nel 2007 è stato protagonista di un incidente contemplato come uno dei più gravi nel panorama contemporaneo italiano. Nello stabilimento succursale di Torino nella notte tra il 5 e 6 dicembre dell'anno citato pocanzi, alcuni dipendenti operai sono andati incontro a morte causata da un mal funzionamento di alcuni ingranaggi dell'impianto principale di produzione che, tramite un forte attrito, ha prodotto in successione consequenziale: prima delle scintille che hanno portato inevitabilmente ad un incendio, alimentato dalla carta intrisa d'olio del macchinario, che infine ha condotto all'esplosione letale dell'impianto idraulico contenente olio ad alta temperatura pressurizzato.

Muovendo dalla questione che in questa analisi rileva, all'amministratore delegato era stata mossa l'accusa, poi confermata con la condanna della Corte di Assise di Torino, di omicidio volontario. Si ritenne sussistente la componente oggettiva del *dolo eventuale*, questo perché si presupponeva una conoscenza inevitabile delle condizioni precarie di sicurezza dell'impianto e la volontà di non intervenire per adoperare le dovute misure di sicurezza.

⁴⁹ Ass. Torino, 14 novembre 2011, Ass. A. Torino, 27 maggio 2013 n. 6 e Cassazione Penale Sezioni Unite, 18 settembre 2014 n. 38343.

Venne infatti ravvisato non esclusivamente nell'accettazione, quanto maggiormente nella consapevolezza dell'alto rischio, evidenziato da diversi indici di pericolosità, di instabilità dello stabile, accompagnato dalla volontarietà di procrastinare gli interventi di prevenzione e sicurezza dovuti e valutati. Si concluse che quindi agì anche a "*costo che si verificassero eventi drammatici*", infatti scaturisce dalla ricostruzione che l'elemento psicologico non poteva rientrare nella colpa cosciente in quanto la speranza che nulla accadesse, non era sorretta dal principio di ragionevolezza.

Nel grado successivo di appello, diversamente, la Corte valutò l'evento come omicidio colposo, aggravato da *colpa cosciente*, "*avendo agito nonostante la previsione dell'evento*" ex art.61, n.3) cp. In seconda sede venne quindi smontato il giudizio di irragionevolezza sostenuto dai primi giudici, si ci soffermò esclusivamente su un punto molto più complesso, ossia il confronto tra l'obiettivo preposto dall'autore e l'evento dannoso. Quest'ultimo considerato come non voluto, ma comunque valutato come possibile. Il nucleo del tutto venne riassunto nella conclusione che il tragico evento verificatosi non poteva essere ricondotto ad una previsione *accettata* dall'amministratore, e per questo compresa nell'ambito della responsabilità colposa.

Venne dunque presentata in ultima battuta contro tale sentenza, impugnazione da parte della procura generale, dove si richiese che la fattispecie fosse configurata come dolosa.

Vista la delicatezza della demarcazione della linea di confine tra i due istituti, il ricorso venne assegnato alla Suprema Corte a Sezioni Unite. Questa, nella sentenza definitiva, pose un chiarimento circa la responsabilità dell'amministratore nella vicenda *de qua*, fatta rientrare nell'alveo della *colpa cosciente*, contrariando quindi la base accusatoria mossa dal Procuratore.

In questa sede si decise di analizzare prima approfonditamente le nozioni di dolo e colpa elaborate da dottrina e giurisprudenza, per poi risalire all'applicazione e la congruenza pratica delle stesse al caso in questione.

Per il dolo si partì inevitabilmente dalla nozione del codice penale⁵⁰ dove rilevano elementi volitivi e rappresentativi, c'è da aggiungere che tendenzialmente il legislatore prende in considerazione diverse categorie di dolo caratterizzate da diverse intensità di volizione: intenzionale, diretto ed eventuale.⁵¹

La nostra attenzione ricade in particolare nella definizione che venne data, tutt'oggi considerata, a quest'ultimo istituto individuato come l'ipotesi dell'agente che, nonostante il prefigurarsi il rischio che la propria condotta possa sfociare in un evento dannoso, accetta implicitamente tale possibilità e la pone comunque in essere.

Quindi il rimprovero va a minare la volontarietà della condotta nonostante la previsione e non la leggerezza con cui si è comportato.

Diversamente la colpa cosciente venne descritta come una previsione negativa di un fatto di reato che si considera di possibile realizzazione.

La cautela della S.C. risiedeva proprio nell'evitare di trasformare il dolo, caratterizzato quindi da un concreto atteggiamento di accettazione del risultato, in una responsabilità in realtà dolosa.

Avendo considerato questi punti, si può notare come la Corte d'Assise già dal primo grado abbia individuato nelle figure imputate dell'amministratore delegato e gli altri consiglieri coinvolti, il titolo di datore di lavoro. Questo implica che a titolo di colpa cosciente, già dalle origini si consideravano delegati tutti ad uno scrupoloso ruolo di vigilanza, in particolare che tutti

⁵⁰ Art. 43 cp. *“è doloso o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”*

⁵¹ Per maggiore precisazione, si intende dolo intenzionale quando si vuole realizzare uno specifico evento; diretto è il dolo che si compie si agisce volontariamente in un determinato modo, e si rappresenta con certezza o alta possibilità la realizzazione di un evento.

concorrevano alla reale gestione dell'impresa. Dovevano considerare le cautele dovute nella conformazione a norme specifiche o di portata generale, misure concordanti nelle disposizioni di legge, prendere atto della tutela dell'ambiente esterno, la disciplina sugli infortuni a lavoro. Tutto questo con la possibilità di delegare ad altri questi poteri.

Tale pronuncia è di rilevanza particolare perché conduce ad un percorso giurisprudenziale minuzioso, le fanno cornice tesi dottrinali e anche approfondimenti tecnici sfociati da psicologia cognitiva. I principi scaturiti poi da questa vicenda sono tutt'oggi presi in considerazione in diversi campi come la sicurezza del lavoro fino a trovare estensione alla responsabilità colposa in materia di azioni illecite.

2.2. Il caso del gruppo “Cultrera”

Tornando ai casi giurisprudenziali che possono rilevare per il nostro approfondimento, è utile sintetizzare come negli anni '90 circa siano scaturiti alcuni episodi processuali molto interessanti, che hanno messo in luce le conseguenze dovute al crollo di banche, quindi istituti di credito e società finanziarie a partecipazione pubblica ed altri che evidenziano come questi episodi, oltre la complessità giudiziaria, vadano a coinvolgere anche l'indignazione pubblica suscitata dal modo di gestire tali imprese ritenuto spesso poco trasparente.

Quali esponenti di punta di vicende sintomatiche verranno esaminate le sentenze relative agli episodi di bancarotta che hanno coinvolto il caso Cultrera e del Banco Ambrosiano.

La peculiarità di questi casi risiede nel fatto che tutte sono capitanate dalla presenza di un amministratore ritenuto portante dell'attività e reale gestore dell'azienda, imputato poi, a seconda della accusa di reati societari così come fallimentari, un'imputazione estesa ai componenti del consiglio di

amministrazione non delegati e del collegio sindacale, per lo più personaggi estranei alla concreta gestione dell'impresa. Le decisioni finali, muovendosi sulla stessa linea logica, giungono alle stesse conclusioni di condanna degli imputati.

Verrà poi analizzata la vicenda relativa alla precisazione della responsabilità penale dell'amministratore delegato della Fiat, per irregolarità contenute nel bilancio.

Segue infine la sentenza del caso Bipop – Carire, dove vengono poste le basi di una nuova disciplina che pone una diversa chiave di lettura della posizione degli amministratori non esecutivi, in conseguenza alla riforma societaria del 2003.

Il primo caso di cui ci si occupa è quello che ha coinvolto il gruppo noto come 'Cultrera', formato da imprese facenti parte delle attività finanziarie il cui fine era l'emissione di autenticazioni rappresentative del capitale della società, da distribuire poi tra i risparmiatori. I certificati emessi erano quindi garantiti dalle proprietà immobiliari delle banche in quanto il portafoglio di tali aziende era composto da imprese operanti nel campo immobiliare, che avrebbero dovuto servire da garanzia per gli investimenti dell'impresa.

In altre parole, le partecipazioni a tali banche finanziarie era rappresentata e tutelata da titoli atipici relativi di imprese immobiliari, che in quel periodo però non erano ancora disciplinate dall'ordinamento italiano.

Da un punto di vista teorico, la gestione della società era affidata dai relativi consigli di amministrazione; nella realtà pratica, invece, il processo decisionale era concentrato in capo a Cultrera e da poche altre persone di sua fiducia.⁵²

⁵² FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit., p. 422 ss.

I primi indici che rilevavano sul piano penale per quanto concerne la responsabilità dell'organo amministrativo, furono delle indicazioni anomale rilevate negli schemi operati dai controlli Consob, infatti, come prima menzionato, si evidenziarono dei titoli non tipici emessi a favore dei risparmiatori.

Ne scaturì conseguentemente l'accusa di falso in bilancio e truffa nei confronti degli organi collegiali di amministrazione e controllo, con l'ipotesi aggiunta di concorso nella falsità da parte dei commissari della Consob.

Si riteneva infatti che quest'ultimi fossero già precedentemente in contatto con il gruppo e che fossero a conoscenza del fatto che i certificati da consegnare ai sottoscrittori in realtà non aveva alla base un immobile di proprietà delle finanziarie.

L'impossibilità di attuare gli obblighi presi con i sottoscrittori condusse inevitabilmente alla liquidazione del gruppo Cultrera.

Tale evento comportò ovviamente danni nei confronti dei risparmiatori, i quali non si videro corrisposti i soldi versati per l'emissione dei certificati. C'è da precisare, sotto il punto di vista della gestione, che la capacità di incidenza nell'amministrazione delle diversificate aziende del gruppo era ovviamente diversa tra il Cultrera, i dirigenti e gli amministratori.

Di conseguenza, gli amministratori non delegati e i sindaci accusati dei delitti menzionati in precedenza si difesero, ricordando come essi non potessero, di fatto, prendere alcuna decisione reale, dato che non avevano le prerogative necessarie per impedire che chi deteneva il potere di fatto compisse reati.

Secondo l'opinione della Suprema Corte,⁵³ invece, nonostante la responsabilità penale sia di tipo personale, i deleganti ed i sindaci devono a prescindere esercitare i loro doveri di vigilanza e controllo nei confronti dei consiglieri delegati.

Di conseguenza, venne individuato come responsabile un amministratore, che pur avendo delegato a Cultrera la sua partecipazione all'organo riunito

⁵³ Corte Cass., 28 febbraio 1991.

in collegio, in occasione di una delibera relativa all'incremento del capitale, avrebbe dovuto esercitare il controllo sull'operato del delegato, allo scopo di evitare che venissero commesse attività non lecite.

In questo modo, l'assenza di controllo è stata considerata come un concorso omissivo in un reato di tipo attivo.

Effettivamente, diversamente da quanto argomentato dai legali difensori, il ruolo di controllo è da attribuire ugualmente anche ai sindaci, il cui dovere si muove ovviamente su basi giuridiche differenti rispetto a quelle degli amministratori, ma che comunque conducono ad una accusa di responsabilità. A tale proposito, sono stati individuati alcuni articoli del codice civile, che impone a tali soggetti una vigilanza pregnante sulle attività gestorie che governano l'impresa.

Gli obblighi dei sindaci, in particolare, sono sicuramente relativi al controllo dell'azione amministrativa della società; alla vigilanza sul rispetto della legislazione e delle disposizioni contenute all'interno dell'atto costitutivo.; all'accertamento della regolare contabilità sociale e quindi la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 c.c. per la valutazione del patrimonio sociale.

Ulteriormente, esiste, un dovere trimestrale, relativo al controllo dell'ammontare della cassa e della sussistenza di titoli o valori che l'impresa detiene o ha ricevuto.

I sindaci, infine, sono tenuti a prendere parte alle riunioni del consiglio di amministrazione, controllando gli *assets* che sono conferiti in natura. In effetti, tali figure sono solidalmente responsabili, insieme a chi amministra la società, in caso di omesso controllo.

In definitiva, i magistrati della Cassazione hanno ritenuto come le prerogative e gli obblighi dei sindaci non rivestano un carattere semplicemente formale.

Al contrario, essi sono da considerare effettivi e capaci di incidere sulle decisioni di gestione dell'impresa.⁵⁴

Di conseguenza, la posizione garantista riconosciuta agli amministratori dovrebbe essere attribuita anche ai sindaci: allo stesso modo, quando il controllo non viene esercitato, e si verifica un atto illecito, si configura una responsabilità di tipo penale per omissione, da considerare come concorsuale rispetto al comportamento attivo dell'amministratore.

Tale forma di responsabilità omissiva sarà il frutto del combinato disposto dell'art. 40 cpv. c.p., in precedenza analizzato, e l'art. 2932 c.c.

In particolare, la verifica della relazione causale tra l'omissione ed il reato si traduce nella valutazione dell'incisività del mancato controllo da parte di chi ne aveva la responsabilità nei confronti dell'episodio non lecito.

Secondo i magistrati, inoltre, il giudizio in esame non può essere ristretto ad una semplice probabilità che l'evento si verifichi, ma deve essere in grado di giungere alla certezza che quest'ultimo sia stato determinato dal comportamento non corretto del sindaco.

Tale relazione può essere desunta mediante la valutazione dei singoli casi e dei principi logici con cui viene vagliato lo svolgimento degli eventi; in questo modo, si può arrivare ad affermare la responsabilità dei sindaci e dei consiglieri non esecutivi.

2.3. Il caso del “Banco Ambrosiano”.

Il secondo episodio giudiziario che ci si è proposti di analizzare è quello relativo alla bancarotta del Banco Ambrosiano, ha segnato in modo particolare la casistica giudiziaria italiana; in effetti, la banca in esame rivestiva un ruolo di primaria importanza per il sistema bancario dell'epoca.

⁵⁴ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit. p. 426 e ss.

Si consideri poi come il decesso, su cui non è mai stata fatta chiarezza, del suo presidente, Roberto Calvi, ha suscitato una forte impressione sull'opinione pubblica.

A tali argomenti, si aggiungano anche i risvolti di tipo politico, con particolare attenzione per le relazioni tra il Vaticano e l'Italia.

A complicare ulteriormente la situazione, è bene ricordare come i magistrati della Cassazione decisero di annullare il mandato di cattura per due dirigenti dallo stato laico e per il presidente dell'Istituto, in seguito al riconoscimento dello *status* extraterritoriale dello IOR.⁵⁵

In pratica, la vicenda in esame è strettamente legata al dottor Calvi, Presidente del Banco Ambrosiano il quale conosceva perfettamente il funzionamento della banca, dato che la sua intera carriera si era svolta tra le sue mura.

L'istituto di credito, inoltre, godeva di un incredibile prestigio, dato che era considerato uno dei punti di riferimento dei finanziari cattolici; la gestione di Calvi, tuttavia, fu segnata da diversi profili di irregolarità, che si tradussero nell'infrazione dell'ordinamento penale.

In particolare, il Presidente, analogamente al consiglio di amministrazione, venne accusato e ritenuto colpevole di aver violato la normativa valutaria, avendo gestito a mezzo dei canali finanziari dell'Istituto, l'esportazione di capitali, condotta che nel 1980 era qualificata come reato.

A tale episodio fecero seguito diversi controlli ed ispezioni da parte dell'Autorità di vigilanza costituita dalla Banca d'Italia, portando

⁵⁵ "Istituto per le opere religiose", vd. Corte Cass., sentenza n. 3932, 17 luglio 1987 in *Riv. Pen. e.c., N. O.*, 1988, 15: "L'art. 11 del Trattato del Laterano tra la Santa Sede e lo Stato italiano, con lo stabilire che gli enti centrali della Chiesa Cattolica sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano, impone a quest'ultimo di non invadere la sfera dell'altra, con tutte le esplicazioni di poteri pubblici ed ovviamente anche con la giurisdizione. L'istituto per le Opere Religiose (IOR) è ente centrale della chiesa Cattolica, avente personalità giuridica, autonomia patrimoniale, competenza funzionale universale, cioè estesa a tutto l'ordinamento, per il raggiungimento dello scopo ad esso con naturalmente essenziale". Tale decisione fu emessa dalla Suprema Corte che cassò, senza rinvio, l'ordine di custodia cautelare emesso dal G.I. di Milano nei confronti dei dirigenti dello IOR, istituto bancario del Vaticano, coinvolto del reato di bancarotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano. La Corte di Cassazione affermò il principio per il quale l'Istituto bancario del Vaticano non era soggetto alla giurisdizione italiana.

all'identificazione di numerosi reati commessi nell'ambito della gestione della banca.

Tra i delitti riconosciuti se ne ricordano alcuni, come la distrazione di un ingente ammontare di denaro verso imprese operanti all'estero e allo IOR dai quali nacque la richiesta di preteso risarcimento da parte del governo italiano nei confronti del Vaticano, dato che lo IOR era un organo.

In questo modo, il Banco Ambrosiano entrò in regime di amministrazione controllata.

Venne attivato un processo per bancarotta fraudolenta, con accuse che riguardavano il c.d.A. e il collegio dei sindaci. Questi come noto non potevano incidere realmente sulla gestione della banca.⁵⁶

L'episodio, in effetti, riguarda in modo particolare la posizione degli amministratori deleganti⁵⁷ e di coloro che facevano parte del collegio sindacale, che, come noto non potevano incidere sulla gestione della banca. Effettivamente, la difesa di tali figure si basava sull'impossibilità di attribuire loro una precisa responsabilità, dato che esse non erano dotate delle prerogative per gestire il Banco Ambrosiano.

A tale proposito, si ricorda che i pronunciamenti sul reato di bancarotta per chi amministrava l'istituto di credito in esame furono tre: il primo venne emesso dal Tribunale di Milano, il secondo dai magistrati della competente Corte d'appello, mentre il terzo dalla Corte di Cassazione.

In tutti e tre i casi, si dispone di ampi commenti, che hanno attirato l'attenzione da parte della dottrina⁵⁸.

Il punto che ha suscitato maggiori dibattiti ha riguardato la presenza o meno, nell'atteggiamento dei consiglieri non esecutivi, del dolo⁵⁹.

⁵⁶ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit., p. 433 e ss.

⁵⁷ REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in Abbadessa, Portale, (diretto da) cit., v. II, 385 ss.

⁵⁸ CRESPI, A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 1147 ss.

⁵⁹ PEDRAZZI, C., *Tramonto del dolo?* in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, p. 1265 ss.

In particolare, si osserva che il pronunciamento del Tribunale di Milano⁶⁰ si è concentrato su tre problemi collegati tra loro: il primo relativo alla sussistenza di un obbligo di garanzia in capo a chi riveste funzioni di amministrazione; il secondo attinente all'esame dell'atteggiamento psicologico di tali figure; il terzo riferito al profilo della responsabilità penale dei sindaci.

Per quanto riguarda la prima dimensione, la Corte ha confermato in modo netto come chi amministra una società assuma una posizione di garanzia che si concretizza in un obbligo di vigilanza, allo scopo di impedire che vengano poste in essere azioni che possano comportare un pregiudizio per l'impresa. Secondo i giudici, dunque, la responsabilità penale non può essere invocata e imputata solo ad alcuni amministratori per il fatto che i poteri per gestire l'impresa fossero a loro stati affidati ma anche a tutti i restanti componenti del consiglio di amministrazione.

L'obbligo di garanzia individuato in forza dell'interpretazione congiunta degli artt. 2392 c.c. e 40 co. 2 c.p. come prima evidenziati e analizzati, assume aspetto cogente di ordine pubblico non derogabile dalla volontà privata.

Nel caso in cui il dovere di vigilanza non fosse ottemperato, si potrebbe configurare il concorso dei consiglieri privi di delega, seguendo lo schema del reato improprio di tipo omissivo.

L'obbligo di controllo che grava in capo all'amministratore delegante gli impone di procedere alla verifica dei documenti che riguardano la sua gestione societaria e contemporaneamente, i consiglieri di tipo esecutivo devono mettere a disposizione di questi ultimi la necessaria documentazione rendendo in tal modo effettivo il potere di controllo.

Di conseguenza, il delegante deve attivarsi per accertare che le rappresentazioni del delegato siano corrette, mentre la sua inerzia viene considerata come concorso nel reato compiuto da altre persone.

⁶⁰ Trib. Milano, 16 aprile 1992.

Una conferma della responsabilità penale dei consiglieri non esecutivi la si rinviene nell'indicazione, da parte della Corte, di come le sessioni del consiglio di amministrazione non prevedessero discussioni articolate per le delibere particolarmente rilevanti, che, invece, venivano approvate in tempi eccessivamente brevi.⁶¹

Secondo i magistrati la mancata attivazione dei consiglieri non esecutivi diventa rilevante dal punto di vista penale, dato che tale situazione si caratterizza per la presenza del dolo eventuale.

Rispetto al reato di bancarotta, il dolo si concretizza nella rappresentazione e nella volontà di compiere fatti distrattivi in danno dell'azienda, indipendentemente dalla rappresentazione e volontà di provocare con tali atti lo stato di fallimento.

Per quanto riguarda i sindaci, invece, la responsabilità è stata attribuita in forza dell'infrazione dei doveri indicati dal codice civile, con particolare attenzione per l'articolo 2403, in combinato disposto con l'art. 40 cpv. del codice penale.

Analogamente a quanto avviene per gli amministratori, anche ai componenti del collegio sindacale viene attribuita una funzione di garanti rispetto al controllo ed ispezione della gestione societaria.

Tale ruolo deve tradursi nel controllo sugli atti posti in essere da parte degli amministratori.

La sentenza emessa dalla Corte di Appello,⁶² in questo senso, presenta delle significative analogie.

In effetti, i giudici di appello hanno ritenuto come la funzione in esame, per chi amministra la società, debba servire a garantire l'interesse degli attori sociali, così come anche dei terzi e del sistema economico nazionale.

⁶¹ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit. p. 435 ss.

⁶² Corte App. Milano, 10 giugno 1996.

2.4. Il caso “FIAT”.

Un altro caso⁶³ sul quale si è soffermata la Suprema Corte aveva ad oggetto il reato di false comunicazioni sociali (vecchia formulazione) contestato agli amministratori della società capogruppo per la redazione del bilancio consolidato. In particolare, i soggetti interessati erano l'Amministratore delegato e il direttore generale (di fatto), della FIAT, e tale vicenda ha suscitato notevole interesse in ragione dell'importanza economica dell'impresa in esame.

La vicenda in esame, relativa al reato configurato dall'articolo 2621 del codice civile, ha origine dall'occultamento, all'interno del bilancio della Holding (Fiat s.p.a.), fondi occulti impiegati per corrispondere somme improprie (tangenti) ad ufficiali pubblici, da parte degli amministratori delle società controllate, in particolare da quelli della Cogefar, un'azienda di notevoli dimensioni che operava nel settore delle costruzioni.

La particolarità dell'episodio in esame risiede nella notorietà e al ruolo dell'imputato principale, Cesare Romiti, e dall'imputazione per concorso nel reato anche agli amministratori dell'impresa controllata e non solamente a quelli della controllante.

In effetti, avrebbe dovuto rispondere dell'imputazione contestata chi amministrava la Cogefar, che di fatto era indipendente dalla FIAT in termini gestionali. Invece, in sede penale, il magistrato ha individuato una responsabilità ulteriore per l'Amministratore delegato del gruppo, anche se non direttamente coinvolto nella gestione della controllata.⁶⁴

Tale episodio appare particolarmente interessante per l'argomento di questo lavoro, in quanto nel caso FIAT è possibile notare come la Corte abbia

⁶³ Corte Cass., 19 ottobre 2000, Sez. V., in *Cass. pen.*, 2001, 1262, 2494.

⁶⁴ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit, p. 442.

individuato una posizione di garante per chi amministrava l'impresa controllante.

La giustificazione risiedeva nel dovere di impedire che le false informazioni contenute nei bilanci delle aziende controllate potessero essere trasposte all'interno del bilancio di gruppo.

A tale riguardo, i magistrati hanno ipotizzato due scenari alternativi che si escludono a vicenda.

Il primo assume che chi amministra la holding che controlla le altre imprese non conosca la natura falsata delle informazioni che ha ricevuto, essendo esterno alla loro gestione.

In questo caso, si potrebbe ravvisare una responsabilità sul piano penale per chi ha amministrato l'impresa controllata, per falso in bilancio, e che ha indotto in errore chi ha dovuto procedere alla redazione dello schema consolidato, secondo quanto previsto dall'articolo 48 del codice penale.

Alternativamente, si può pensare che la natura errata delle informazioni emerga nel processo di consolidamento; in tale eventualità, si ravvisa l'inerzia di chi amministra la capogruppo, nonostante sia presente la consapevolezza della situazione. In questo modo, gli errori non vengono corretti e la responsabilità penale sarebbe da attribuire alla holding che controlla le altre aziende.

Si comprende come l'attenzione dei giudici sia stata posta sulla dimensione psicologica dell'atto.

In particolare, i magistrati hanno riconosciuto come fosse dovere degli amministratori impedire che si verificasse l'illecito, secondo quanto disposto dall'articolo 40 co. 2 del codice penale in combinato disposto con l'art. 2392 del codice civile, in quanto chi amministra la capogruppo deve garantire che il bilancio sia trasparente e corretto.

Pertanto, l'infedeltà dello stesso è a loro ascrivibili qualora vi sia consapevolezza dell'inserimento di dati falsi da parte di altri amministratori con i quali si viene a configurare una fattispecie concorsuale.

La sussistenza di un obbligo e di una facoltà di controllo, inoltre, si può desumere anche dal dovere, da parte di chi amministra la capogruppo, di dare comunicazione alle società controllate dei modi con cui redigere il bilancio, nel rispetto della legislazione⁶⁵.

Tale pronunciamento, oltre che per le ragioni menzionate in precedenza, la sentenza in esame assume una particolare rilevanza per aver avuto il merito di individuare una posizione di garanzia ulteriore rispetto a quella già riconosciuta amministratori non delegati.

In altre parole, viene individuato un dovere di controllo, di “secondo livello” per chi gestisce la società controllante, rispetto all’attività dei consiglieri delle controllate o partecipate.

Effettivamente, il pronunciamento in esame si distingue per elementi di novità rispetto a quelle brevemente analizzate in precedenza; in particolare, i giudici hanno proceduto ad un salto logico nell’attribuire la responsabilità di tipo penale.

Effettivamente, si è passati da un dovere di controllo per gli amministratori della medesima impresa all’individuazione di una garanzia ulteriore per chi amministra un’azienda diversa da quella direttamente coinvolta.

Tale ragionamento ha suscitato alcuni dubbi, dato che, seguendo tale procedimento, ci si potrebbe chiedere se chi amministra la capogruppo disponga delle prerogative adeguate a svolgere un ruolo di garanzia⁶⁶.

Alternativamente, si potrebbe ritenere come tale funzione sua da ricercare in un’impresa diversa da quella in cui è avvenuto l’accantonamento di un fondo in modo non legale, che ha determinato la falsificazione dei dati di bilancio. Allo stesso modo, dunque, ci si potrebbe chiedere se non sia ravvisabile l’infrazione del dovere di controllo, tenendo conto dell’assenza delle relative prerogative. Infine, rinvenire il dolo come attitudine psicologica di chi amministra la holding diventa un’operazione decisamente complessa, dato

⁶⁵ Corte Cass., 11 luglio 2002, Sez. IV, in *Cass. pen.* 2004, 1532, 3765. La Corte evince ciò dalla Relazione Ministeriale accompagnatoria del d.l. 127/91.

⁶⁶ FOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit., p. 443.

che non controllando l'impresa che ha falsato le informazioni non possono spiegare agevolmente la loro posizione.

3. La dottrina: premessa

I casi esaminati in precedenza, così come le considerazioni sulla responsabilità penale di tipo collegiale, hanno messo in evidenza l'importanza di individuare la figura che, di fatto, amministra un'impresa.

Su questo punto, si osserva come, prima che intervenisse la riforma societaria del 2003, la relazione tra la normativa civile e quella penale abbia costituito il principale ostacolo per riconoscere la figura dell'amministratore di fatto.⁶⁷

In effetti, l'esame della fattispecie alla base del reato dipende necessariamente dalla qualificazione in senso soggettivo, dato che, nel caso in cui non fosse possibile rinvenire una qualifica all'interno della disciplina civilistica, essa non potrebbe essere rilevante nemmeno per l'ambito penale societario, con particolare attenzione per l'istituto della bancarotta di tipo improprio⁶⁸.

È stato evidenziato come il legame intercorrente tra le norme del diritto penale e quelle civili, si basi sul completamento sequenziale, anche se ci si trova nel caso in cui in cui le prime impongano ulteriori oneri per esercitare un determinato potere.

Per quanto riguarda, poi, il reato in esame, si nota come la definizione del diritto civile parte da una posizione prevalente, secondo cui "le leggi penali hanno il compito di sanzionare", anche se tale affermazione deve essere intesa in un senso molto largo⁶⁹.

⁶⁷ ESCOBEDO, G., *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. Pen.*, 1933, III, p. 685.

⁶⁸ BORGIOI, A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. Comm.*, I, 1975, 593.

⁶⁹ PEDRAZZI, C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, p. 224 ss.

Tale situazione, che subordina la regola penale a quella di tipo civile, comporterebbe la necessità di interpretare le qualifiche di ordine soggettivo secondo l'esatto significato che assumono nella disciplina civilistica.

Questa conclusione deriverebbe dal bisogno di uniformare tra loro, da un punto di vista concettuale, l'ambito civile con quello penale.

Tale esigenza sembra essere confermata dalla particolare natura della normativa penale e fallimentare, che si basa su formulazioni di origine privatistica.

Di conseguenza, non sarebbe logico pensare che un'espressione possa essere impiegata, in seno alla medesima norma, con valenze diverse. Se ciò fosse ammesso, si arriverebbe al paradosso di presentare una funzione avulsa dalla qualifica su cui si basa; in questo modo, la regola penale finirebbe con l'operare al di fuori dei requisiti da cui dipende la possibilità di configurare la fattispecie di reato⁷⁰.

Ciò nonostante, si devono segnalare dei tentativi per superare tali osservazioni, allo scopo di sancire nuovamente l'autonomia della normativa penale nei confronti di quella che deriva dalla normativa civilistica.⁷¹

3.1. Posizione formale e limiti.

Quando si parla di 'teoria formale', ci si riferisce all'orientamento che identifica la figura responsabile sul piano penale solamente sulla scorta di un atto formale grazie a cui viene affidato a quest'ultimo un incarico ufficiale.

Tenendo conto della relazione, brevemente illustrata in precedenza, tra la normativa penale e quella civile, vengono messe in luce diverse ragioni che

⁷⁰ Di conseguenza, una persona potrebbe essere accusata per aver violato una regola che non si può applicare direttamente a lei, oppure per non aver ottemperato ad un obbligo che non doveva rispettare, vd. MUCCIARELLI, F., *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Società*, II, 1989, p. 121 e ss.

⁷¹ PEDRAZZI, C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, op.cit., p. 224 ss.

porterebbero a negare la possibilità di configurare un amministratore di fatto⁷². Di conseguenza, appare opportuno esaminare i tratti salienti di tale approccio⁷³.

A tale riguardo, si osserva come la qualifica di imprenditore non dipenda solamente dal fatto di svolgere una delle attività considerate “d’impresa”.

Un elemento importante da tenere in considerazione, invece, è il fatto che il soggetto agisca in nome proprio.

Allo stesso modo, la normativa penale si deve poter applicare ad una figura precisa in seno all’impresa, che non deve coincidere automaticamente con quella imprenditoriale.

Ciò nondimeno, si osserva come questa separazione tra il titolo attribuito e lo svolgimento di una funzione è ipotizzabile solamente se ci si riferisce ai delitti ordinari.

In effetti, quando imprenditore e società coincidono, non appare logico punire gli altri soggetti che hanno agito per conto di essa, dato che questo genere di operazioni si porrebbe in contrasto con il criterio che sancisce il carattere individuale e personale della responsabilità di ordine penale, come previsto dall’art. 27 della Carta Fondamentale.

Allo stesso modo, si può proporre un ragionamento analogo per il rappresentante legale, nel caso in cui la persona a cui è demandata l’amministrazione dell’azienda sia incapacitata.

Nell’ordinamento italiano, è bene notarlo, esistono figure che la cui esistenza viene postulata senza difficoltà dal quadro legislativo, e che possono essere confrontate con l’amministratore *de facto*.

Per iniziare, si consideri chi amministra, *de iure*, imprese di fatto o non regolari.

⁷² Si tratterà più approfonditamente della figura dell’amministratore di fatto nel capitolo secondo, essendo ritenuta sede migliore per tale approfondimento in vista di un discorso settoriale ma lineare e consequenziale. In questo paragrafo se ne accenneranno i caratteri generali fini ad integrare il discorso in questione.

⁷³ *Ibidem*

Effettivamente, alcuni esperti hanno affermato che chi amministra un ente di tipo irregolare, deve essere necessariamente un amministratore di fatto⁷⁴.

Di conseguenza, se la disciplina penale può essere applicata a tali figure, senza che vengano sollevate particolari obiezioni, è possibile applicarla anche nei confronti degli amministratori che, di fatto, gestiscono un'impresa regolare⁷⁵.

Tuttavia, chi amministra questo genere di aziende non può essere automaticamente considerato come un amministratore *de facto*. In effetti, questa persona potrebbe non presentare i requisiti che lo legittimano a gestire l'impresa⁷⁶.

Rispetto, poi, al confronto con il funzionario di fatto, è agevole osservare come in questo caso non si sia di fronte ad una figura creata allo scopo di allargare l'ambito applicativo della responsabilità di ordine penale.

Al contrario, il funzionario *de facto* è espressamente previsto dalla legislazione pubblica, e, in quanto tale, è legittimato dalle autorità dello Stato. In aggiunta, si consideri come, l'atto di un funzionario che usurpasse la carica potrebbe anche essere valido dal punto di vista amministrativo, al contrario di quanto succede per l'amministratore di fatto.

Tale opinione è quella seguita dalla Corte di Cassazione⁷⁷, che l'ha ribadita a più riprese, anche riferendosi ad altre figure di fatto.

In effetti, rispetto all'equivalenza tra il liquidatore di diritto e di fatto, i giudici hanno affermato come dall'analisi della normativa si evinceva come l'ordinamento tenda a considerare uguali solamente i casi in cui la forma richiesta sia imperfetta o assente, ma siano presenti gli elementi che attengono alla sostanza della qualifica⁷⁸.

⁷⁴ BORGIOI, A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, op.cit., 593 ss.

⁷⁵ ONDEI, G., *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934.

⁷⁶ TOESCA di CASTELLAZZO, G., *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in *Giust. Pen.*, III, 1937.

⁷⁷ Corte Cass., 07 dicembre 1953.

⁷⁸ Corte Cass., 28 febbraio 1936.

La posizione espressa dalla Corte ha trovato accoglienza in seno alla dottrina del tempo, che ha confermato come non si possa procedere all'equiparazione tra situazione di fatto e di diritto quando vengono meno i presupposti essenziali.⁷⁹

Un altro caso che sembrerebbe confermare l'inammissibilità della figura dell'amministratore di fatto sarebbe poi da rinvenire all'interno del diritto fallimentare, dato che ad essere sanzionata era solamente la figura nei cui confronti era stato dichiarato il fallimento.

Inoltre, è bene osservare come la normativa penale sull'imprenditore sia applicabile ai soci che sono responsabili in modo illimitato nelle S.N.C e nelle S.A.S, a prescindere dal fatto che vengano posti in essere atti a carattere amministrativo.

In questo modo, si configura un predominio della responsabilità di tipo patrimoniale rispetto al reale svolgimento di determinate funzioni, richiamando il legame che esista tra l'ordinamento penale e quello civile.

In linea con tale posizione, poi, è la norma che dispone come nel procedimento criminale sia rilevante la qualifica che risulta nel pronunciamento con cui è stato dichiarato il fallimento.

In questo modo, il magistrato non deve procedere ad alcun tipo di accertamento, ma deve limitarsi ad applicare le sanzioni, quando previste, allo scopo di evitare sentenze che si contraddicono tra loro.⁸⁰

A tale proposito, è bene precisare come le osservazioni svolte nelle righe precedenti fossero rivolte, anche se in modo implicito, solamente alle società di capitali; ciò nondimeno, esse conservano una certa validità anche per quelle di persone.

Effettivamente, la dottrina citata in precedenza tende a non riconoscere il titolo di amministratore ai soci che svolgono funzioni di gestione in maniera occasionale.

⁷⁹ TOESCA di CASTELLAZZO, G., *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in Giust. Pen., III, 1937.

⁸⁰ FORMAGGIA, I., PAJARDI, P., *commento all'art.216 l. fall.*, Codice del fallimento, Milano, 1997.

Al contrario, viene richiesto il conferimento espresso dell'incarico, previsto dallo stesso atto con cui viene costituita l'azienda, o alternativamente, dalla legislazione o anche da una nomina, che può anche essere implicita.

Tale discorso sembra assumere una particolare valenza per i soci accomandanti nelle S.A.S, segnando una fattispecie in cui giurisprudenza e dottrina tendono ad opporsi, dato che la prima considera penalmente responsabili i soci che rispondono in modo illimitato delle obbligazioni societarie.⁸¹

Di conseguenza, se si intendeva rinvenire un caso, prima della riforma societaria del 2003, in cui la posizione formale riconosceva l'indipendenza della norma penale da quella civile, era necessario considerare l'ipotesi di impugnabilità rispetto all'atto di nomina, secondo quanto disposto dall'articolo 2377 del codice civile.

Effettivamente, la norma negava che, in caso la delibera fosse stata annullata, ci sarebbero stati effetti anche sul processo penale, dato che il fine di quest'ultimo era solamente quello di accertare le circostanze giuridiche in essere nel momento in cui è stato commesso il reato.

Chi sostiene la teoria formale, tuttavia, deve affrontare la presenza di alcune mancanze di tutela in ambito penale;⁸² a tale conseguenza ci si oppone riferendosi alle disposizioni che puniscono la condotta di figure diverse dall'imprenditore e che possono svolgere un ruolo gestorio.

In aggiunta, è bene notare come lo stesso legislatore non si fosse mai riferito ad un soggetto generico che gestisce per conto di altri.

Al contrario, la legislazione precisava i presupposti dell'applicazione della norma penale, prendendo in considerazione le fattispecie che si verificavano con maggiore frequenza, lasciando inevitabilmente delle lacune.

Ciò nonostante, la figura dell'amministratore di fatto non veniva riconosciuta, nel timore di evitare un'applicazione della normativa penale di tipo analogico; invece, una maggiore flessibilità poteva essere ammessa solamente

⁸¹ PEDRAZZI, C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, op.cit., p. 230 ss.

⁸² *Ibidem*.

nell'ipotesi in cui l'ordinamento avesse inteso sanzionare l'infrazione di determinati doveri, lasciando che fosse la normativa civile ad identificare le figure interessate.

Invece, dato che era lo stesso legislatore ad indicare chi erano i soggetti attivi del delitto, la relativa lista era da considerare come tassativa.

Alla luce delle osservazioni svolte in precedenza, non stupisce che la posizione formale abbia suscitato critiche e dubbi; in particolare, sono state svolte alcune considerazioni sul criterio di colpevolezza.

Quest'ultimo, in effetti, dispone che per poter applicare la sanzione sia necessario poter assegnare l'illecito alla volizione del soggetto in esame; in altri termini, la persona risponde dell'atto secondo lo schema della colpa o del dolo.

Inoltre, quando qualche fattore dell'episodio dovesse essere slegato dal piano psicologico, non sarebbe più possibile l'attribuzione a titolo personale.

Di conseguenza, verrebbe meno la possibilità di assegnare una responsabilità di ordine penale;⁸³ in questo senso, il giudice dovrebbe evitare di sanzionare una persona che non può essere considerata autrice dell'illecito.⁸⁴

Invece, la teoria formale, brevemente discussa nelle righe precedenti, sembra opporsi, almeno potenzialmente, con il criterio in esame, dato che tende ad imputare la responsabilità ai vertici dell'organizzazione, mentre il profilo dei terzi può diventare rilevante solamente ricorrendo alle disposizioni sul concorso nel delitto.

Un'altra critica rivolta alla posizione formale consiste nella sua tendenza a creare una situazione asimmetrica tra la responsabilità sul piano penale e civile, mediante un'applicazione della procedura analogica.

⁸³ FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2009.

⁸⁴ BRICOLA, F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in DI AMATO, A., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova 1990

A tale riguardo, si osserva come alcuni esperti⁸⁵ rivolgano le loro critiche al nucleo fondante della teorizzazione formale, sollevando dubbi sul fatto che l'espressione 'amministratore' sia da intendere in un'accezione ristretta.

Tale obiezione sembra supportata da diversi casi che si possono verificare, come quello rinvenibile nell'articolo 2391 del codice civile, che dispone come le regole sul conflitto di interessi possano essere riferite anche agli amministratori di fatto e non solamente a quelli *de iure*.

Effettivamente, non sembrerebbe logico supporre che quello *de facto* possa esercitare il suo diritto di voto nelle delibere che riguardano direttamente la sua responsabilità, mentre l'articolo 2373 della disciplina civilistica dispone il contrario.

Effettivamente, il divieto di voto si potrebbe anche desumere dal primo comma dell'articolo del codice civile appena menzionato.

In tale evenienza, però, se si verificasse una violazione non si tratterebbe di illecito, ma solo causa per impugnare la decisione, diversamente da quanto dispone l'articolo 2393.

In generale si considerano prive di sufficienti prove le asserzioni sulle quali poggia la teoria in esame; in effetti, viene ricordato come l'ordinamento civilistico si riferisca, con la il vocabolo 'amministratore' solamente a quello *de iure*, e non anche a quello di fatto.

Da questo punto di vista, si è arrivati a postulare l'esistenza dei sindaci di fatto, ovvero colui che continua a svolgere le sue funzioni anche quando decade, sempre che non sia già stato sostituito da un'altra persona.

Infine, il medesimo ragionamento veniva esteso anche al direttore generale ed al liquidatore, prima di una riforma che, come si vedrà in maggior dettaglio nel corso del prossimo capitolo, ha riconosciuto le figure di fatto, con particolare attenzione per quella dell'amministratore.

⁸⁵ LA MONICA, M., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1985.

3.2. Posizione sostanziale e limiti.

Quando si parla di ‘teoria sostanziale’, ci si riferisce ad un orientamento che tende ad identificare la persona responsabile sul piano penale sulla scorta del reale svolgimento delle funzioni che generalmente sono attribuite agli amministratori o alle altre figure, come i direttori generali.

Di conseguenza, il titolo di imprenditore non si può acquisire esclusivamente con una nomina formale o mediante l’uso del nome.

A tale riguardo, si nota come la situazione tipica sia data dall’esistenza di amministratori *de iure*, che però sono solamente dei prestanome, mentre la reale gestione dell’impresa è affidata ad un’altra persona.

Quest’ultima può trovarsi nella posizione di rispondere di delitti societari o fallimentare, nonostante sia irregolare, a causa di una nomina che non ha seguito la procedura disposta dall’atto con cui è stata costituita l’azienda o dalla legislazione, oppure la persona in esame risulta decaduta dalla sua carica.⁸⁶

In effetti, la dottrina che sostiene tale posizione ha rilevato come i termini legali non si riferiscano alla qualifica formale, quanto piuttosto alla funzione svolta.

Di conseguenza, l’elemento rilevante non può essere l’etichetta con cui sono individuate le persone, ma la prerogativa che esercitano in modo concreto.⁸⁷

In aggiunta, viene messa in luce la rilevanza del giudice, che ha il compito di accertare in maniera puntuale la possibilità di ricondurre doveri ed azioni della persona a regole che, quando non sono rispettate, danno adito ad una sanzione penale.

Relativamente ai delitti di tipo fallimentare, in effetti, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno sottolineato come, qualora la normativa indichi coloro

⁸⁶ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano, 1987, p. 105 ss.

⁸⁷ *Ibidem*

che possono compiere i delitti in esame, il riferimento non è alla forma della qualifica considerata, bensì alle funzioni che vengono svolte.⁸⁸

A tale riguardo, si osserva come tale criterio si possa applicare anche all'institore, oltre che all'amministratore; secondo la giurisprudenza, effettivamente, anche per il primo ad essere rilevante per la responsabilità penale è la reale natura delle prerogative esercitate.⁸⁹

Un'altra parte della dottrina,⁹⁰ tuttavia, precisa come non sia sufficiente rinvenire un'ingerenza occasionale nella gestione dell'impresa, ma si richiede che essa abbia un carattere di continuità. In altre parole, le funzioni devono essere svolte con sistematicità e possono riguardare il controllo sull'attività amministrativa e contabile dell'azienda; in aggiunta, si consideri come alcuni esperti⁹¹ si siano riferiti anche alla legge fallimentare, con particolare attenzione per l'articolo 216.

Effettivamente, questa norma identifica l'imprenditore come colui che compie il reato, nonostante il sopravvenuto fallimento abbia comportato la decadenza di tale qualifica.

Invece, rispetto ai reati di tipo societario, è stato messo in luce come, allo scopo di sanzionare questi delitti, il legislatore non abbia considerato rilevante l'incarico ricevuto, ovvero la qualifica formale, ma il reale esercizio dei poteri ad essa legati.⁹²

In realtà, l'orientamento in esame è giunto ad estendere tali criteri anche ai delitti che attengono alla sfera tributaria; a tale riguardo, si osserva come l'obbligo di corrispondere un tributo si possa configurare anche nei confronti di chi, concretamente, controlla o gestisce l'impresa.

⁸⁸ FORMAGGIA, I., *commento all'art. 223 l. fall*, Codice del fallimento, op. cit.

⁸⁹ FORMAGGIA, I., *commento all'art. 227 l. fall*, Codice del fallimento, op. cit.

⁹⁰ D'ORAZIO, L., *I reati fallimentari: bancarotta semplice e fraudolenta*, in *Giur. Merito*, III, 2000.

⁹¹ SCALERA, I., *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, in *Dir. Fall.*, 1967.

⁹² NICOLÒ, R., RICHTER, M.S., *Commento all'art. 2621 cc, Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Milano 1980.

In generale, il riferimento è al soggetto che rappresenta legalmente l'azienda, oppure a chi svolge funzioni analoghe, anche se solamente di fatto.⁹³

Ciò nondimeno, è bene osservare come tale soluzione non derivi dalle argomentazioni svolte da parte della dottrina, bensì da una precisa previsione legislativa, contenuta nell'articolo 62 del D.P.R. n. 600 del 1973.⁹⁴

Infine, è bene accennare ai delitti in ambito bancario; in effetti, la materia in esame era già diversa dalle altre, dato che la legislazione aveva già provveduto ad un'identificazione più precisa di chi può commettere i reati in esame.

In particolare, costoro erano le persone che svolgevano, presso gli istituti di credito, funzioni amministrative, direttive e di controllo.

In questo modo, il legislatore mostrava la sua chiara intenzione di evitare qualunque perplessità ermeneutica, mettendo in luce il reale svolgimento delle funzioni, come appare evidente qualora si consideri che il delitto in esame era già stato delineato dal quarto articolo della legge n. 114 del 1986.

La dottrina ha sottolineato come il principio funzionale risponda in modo più efficiente al bisogno di sanzionare, consentendo di adeguare la legge alla concretezza della realtà; diventa possibile, inoltre, risolvere eventuali discrasie tra la reale attribuzione delle prerogative e le cariche conferite.⁹⁵

Tali benefici, di indubbia utilità, non hanno tuttavia impedito che questa teoria fosse oggetto di critiche; in particolare, quella di maggior rilievo è relativa all'incertezza di tipo oggettivo rispetto alla distinzione delle differenti figure, oltre che alla mancanza di tassatività.

Tali risultati sembrano paradossali, quando si pensa che chi sostiene tale orientamento si riferisca al maggior livello di realismo che essa dovrebbe consentire.

In altre parole, succede che una possibile tutela del ventisettesimo articolo della Carta Fondamentale si riveli un mezzo per infrangere tale norma; in

⁹³ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, op.cit. p. 105 ss.

⁹⁴ Decreto del Presidente della Repubblica del 29/09/1973 n. 600, Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi, pubblicato in G.U. n. 268 del 16/10/1973.

⁹⁵ ALESSANDRI, A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.

aggiunta, ai giudici viene conferita una sensibile autonomia di interpretazione, che potrebbe comportare notevoli rischi.

Ciò nondimeno, rimane vero che l'indipendenza della legislazione penale da quella civile appare come l'affermazione di un principio che non trova riscontri dal punto di vista normativo, oltre a non essere riconosciuto in modo universale.

Effettivamente, la figura degli amministratori non è esattamente la stessa per la disciplina penale e civile, dato che alcune prerogative possono essere esercitate solamente in presenza di un incarico ufficiale.⁹⁶

4. Confronto tra dottrina e giurisprudenza

Prima di svolgere qualche considerazione sul confronto tra la giurisprudenza e la dottrina, appare interessante dare conto, seppur brevemente, dell'evoluzione subita dalla prima; in effetti, fino alla terza decade del secolo scorso, le figure del direttore e dell'amministratore di fatto venivano fatte coincidere dai giudici.⁹⁷

A partire da questo momento, invece, è stata data importanza alla reale rappresentanza o gestione dell'impresa, comportando una nuova distinzione con il direttore di fatto.⁹⁸

Altre pronunce, poi, hanno riconosciuto la preminenza dello svolgimento effettivo delle funzioni rispetto alla semplice investitura.⁹⁹

Tale casistica ha dunque riconosciuto la possibilità di configurare una responsabilità dell'amministratore di fatto, dal punto di vista penale, in presenza di alcuni requisiti.

In particolare, era necessario che le prerogative proprie di direttori generali ed amministratori fossero esercitate in modo non sporadico; alternativamente,

⁹⁶ BORGIOI, A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, op.cit., 593 ss.

⁹⁷ Corte Cass.di Torino, 31 marzo 1876.

⁹⁸ Corte Cass., 22 ottobre 1926.

⁹⁹ Corte Cass., 12 dicembre 1934.

era anche possibile che fosse presente un mandato implicito, evitando di considerare la persona come usurpatrice della carica.

Il progresso svolto dalla giurisprudenza di anni più recenti, si è anche occupata di precisare i confini della responsabilità attribuibile agli amministratori di fatto, anche nei confronti di diversi tipi di reato.

Rispetto ai delitti in campo fallimentare, la Corte di Cassazione¹⁰⁰ ha riconosciuto come la responsabilità per il reato contemplato dagli articoli 216 e 223 della legge fallimentare non come ‘*extraneus*’, che concorre insieme agli organismi legali dell’impresa, bensì in quanto diretto destinatario della legislazione.

Quest’ultima, in effetti, individua gli amministratori intesi come funzioni svolte e non semplicemente come carica formalmente conferita; di conseguenza, gli amministratori *de facto* possono essere chiamati a rispondere del delitto in esame anche insieme ad un altro amministratore di fatto, seppure a quello *de iure* non si possa ricondurre alcun tipo di responsabilità.

In un’altra occasione, poi, i magistrati hanno sottolineato come del delitto previsto dagli articoli 216 e 223 della normativa sui fallimenti possano rispondere anche coloro che, di fatto, hanno ricoperto un ruolo amministrativo in un’impresa che in seguito è fallita.

Anche in questo caso, l’attribuzione della responsabilità è diretta e non concorsuale, e nasce dall’interpretazione del vocabolo ‘amministratori’ in senso sostanziale e non formale.¹⁰¹

Per quanto riguarda, poi, i reati di tipo societario, si può osservare il medesimo orientamento da parte della casistica giudiziaria di merito, che riconosce la responsabilità, sul piano penale, di colui che amministra un’impresa senza rappresentarla legalmente da un punto di vista formale.¹⁰²

Tale posizione sembra essere confermata da un’altra decisione da parte della

¹⁰⁰ Corte Cass., sentenza n. 899, 06 febbraio 1980.

¹⁰¹ Corte Cass., sentenza n. 2061, 18 maggio 1983.

¹⁰² Tribunale di Siracusa, 24 febbraio 1997.

Corte di Cassazione, che, rispetto alla responsabilità prevista dall'articolo 2621 del codice civile, ha affermato che il concetto di 'direttore generale' debba essere inteso in modo più ampio di quanto si può desumere dall'articolo 2396.

Nuovamente, il principio richiamato è quello della preminenza della situazione di fatto su quella formale;¹⁰³ in modo analogo, i giudici hanno sostenuto come il delitto di false comunicazioni sociali sia da rinvenire nella figura che ha una qualifica formale o sostanziale.¹⁰⁴

Grazie al riconoscimento di una responsabilità di tipo diretto degli amministratori di fatto non è più necessario ricorrere al concorso, di cui ci si è avvalsi in tempi passati per colmare le lacune della legislazione.

A tale nozione è stato dato un riconoscimento ufficiale dai giudici della Cassazione, che hanno ribadito come, per attribuire una responsabilità di tipo penale basta che il reato di bancarotta fraudolenta possa essere ascritto a chi viene individuato come amministratore *de facto* dell'impresa, presumendo che egli abbia contribuito in modo decisivo a causare il dissesto aziendale.¹⁰⁵

In definitiva, sembra che l'orientamento giurisprudenziale che si è formato possa essere riassunto efficacemente dalla posizione assunta da magistrati della Corte di Cassazione, commentando una decisione risalente al 1997.

In particolare, è stato ribadito che le norme contenute nell'articolo 216 e 223 della legge fallimentare hanno come destinatari una serie di soggetti che devono essere identificati in base alle funzioni realmente svolte all'interno dell'impresa.

In aggiunta, è stato confermato che, in seno ad un procedimento penale, il profilo formale assume una scarsa importanza, che invece deve essere riconosciuta alla relazione intercorrente tra il soggetto ed il bene aziendale che è stato distratto.

¹⁰³ Corte Cass., 08 novembre 1983.

¹⁰⁴ Corte Cass., 19 dicembre 1986.

¹⁰⁵ Corte Cass., sentenza n. 6809, 18 marzo 1998.

Analogamente, deve essere accordata rilevanza al rapporto tra la persona ed il suo potere gestionale, che gli ha consentito di sottrarre *assets* posti a garanzia di chi vantava un credito verso l'impresa.

Di conseguenza, deve essere riconosciuto come amministratore anche chi può esercitare un potere decisionale sul patrimonio dell'impresa; è stato ricordato, inoltre, come la responsabilità di tipo penale si rapporta sempre ad un evento.

In questo modo, il parametro che deve prevalere nell'individuare chi ha commesso il reato deve basarsi sulla gestione dell'azienda e non sull'attribuzione formale delle qualifiche.

Da tale premessa deriva una conseguenza rilevante, ovvero di come essere amministratori *de iure* non significhi necessariamente essere colpevoli di eventi che hanno portato alla bancarotta fraudolenta.

In caso contrario, in effetti, sanzionare sulla scorta della qualifica e non di eventi precisi si porrebbe in opposizione con il criterio della personalità della responsabilità di tipo penale, sancito dal ventisettesimo articolo della Carta Costituzionale.

In questo modo, si deve escludere la colpevolezza di chi rappresentava la società in modo formale nei casi in cui il potere effettivo risiedeva in figure di fatto; quando questo succede, l'amministratore *de iure* non può essere riconosciuto colpevole, mentre l'unico autore del delitto di bancarotta fraudolenta deve essere considerato quello *de facto*.

La posizione dei rappresentanti legali, tuttavia, non è molto chiara dal punto di vista delle prove; in effetti, si è in presenza di una qualifica formale, a cui è possibile collegare, anche se in modo astratto, dei doveri rispetto alla gestione dell'azienda.

Di conseguenza, è su tali soggetti che viene posto l'onere di dimostrare il contrario, affermando di non aver avuto a disposizione, da un punto di vista oggettivo, i poteri necessari per gestire l'impresa.

Allo stesso modo, deve essere mostrato come quest'ultima era, di fatto, sotto il controllo esclusivo dell'amministratore di fatto, che ha determinato le politiche di gestione.

Ancora, da un punto di vista soggettivo, è necessario dimostrare di aver acconsentito alla qualifica apparente in buona fede e di essere stato manipolato dall'amministratore di fatto in modo inconsapevole.¹⁰⁶

L'orientamento descritto nelle righe precedenti, che si riferiva ai reati di tipo fallimentare, appare confermato anche per i delitti di ordine societario, a ragione dei criteri generali che sono stati indicati dai giudici della Cassazione. Effettivamente, è stato affermato come sia chiamato a rispondere della responsabilità penale anche chi ha esercitato, nei fatti, le prerogative riconosciute a direttori generali ed amministratori, seppur in presenza di irregolarità nel conferimento della carica, o in sua assenza.¹⁰⁷

In definitiva, sembra che a prevalere, nell'orientamento dei giudici, sia stata la teoria sostanziale, a cui si sono riferite le sentenze richiamate in precedenza. Dalle osservazioni svolte nelle pagine precedente, risulta evidente come giurisprudenza e dottrina si siano sviluppate in maniera diversa rispetto all'ambito di interesse; ciò nonostante, è possibile identificare un elemento in comune.

Effettivamente, sia la posizione prevalente in dottrina che la casistica in ambito penale hanno rilevato come l'assegnazione dei poteri in seno all'impresa debba possedere il carattere dell'effettività per risultare importante in sede penale.

Di conseguenza, le prerogative non possono essere solamente nominali, ma deve essere la reale traduzione dell'organizzazione aziendale, rappresentando gli effettivi centri di decisione dell'impresa.

Quando questo non accade, invece, ovvero quando esiste una discrasia tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione formale, la responsabilità viene attribuita ai vertici manageriali.

¹⁰⁶ Corte Cass., sentenza n. 3328, 5 febbraio 1998.

¹⁰⁷ Corte Cass., 19 dicembre 1986.

Ad ogni modo, sembra possibile una sintesi tra la teoria formale e quella sostanziale, dato che, nel caso di organizzazioni complesse come le società di capitali, l'organizzazione non si può quasi mai ricondurre alle funzioni descritte nello statuto o nell'atto costitutivo. In questo senso, le due posizioni dottrinali discusse in precedenza, pur presentando dei limiti, non sembrano prive di elementi utili.

Effettivamente, quando viene commesso un reato, tale situazione è il sintomo del fatto che alcune funzioni non vengono esercitate nel modo appropriato; ciò nondimeno, è necessario poter riferire una funzione astratta ad un preciso ruolo, ricoperto da un soggetto, allo scopo di rispettare l'ingiunzione contenuta nell'articolo 27 della Carta Fondamentale.¹⁰⁸

¹⁰⁸ ALESSANDRI, A., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, op.cit., p. 105 ss.

CAPITOLO SECONDO

“LA RIFORMA SOCIETARIA DEL 2003: LE MODIFICHE INTRODOTTE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ”

INDICE: 1. La responsabilità degli organi societari dopo la riforma del 2003: alcune considerazioni. – 2. La responsabilità verso la società: il nuovo articolo 2392 c.c. – 2.1. Il criterio della diligenza. – 2.2. La responsabilità solidale. – 2.3. L’equiparazione delle deleghe atipiche a quelle formali. – 2.4. L’amministratore di fatto – 2.5. L’esonero da responsabilità – 2.6. L’azione sociale di responsabilità: profili generali – 2.7. Il profilo discrezionale nelle attività di gestione – 3. La responsabilità dei sindaci e azioni di responsabilità nei loro confronti ex art. 2407 c.c. – 3.1. I nuovi doveri del collegio sindacale. – 3.2. La responsabilità esclusiva. – 3.3. La responsabilità concorrente. – 3.4. Compatibilità degli articoli del codice civile.

1. La responsabilità degli organi societari dopo riforma del 2003: alcune considerazioni

La responsabilità degli organi societari è un istituto volto a regolare l’agire di coloro che all’interno della società ricoprono un ruolo di indirizzo e di controllo dell’attività di impresa.

Come tale, si prefigge il compito di orientare l’operato in modo che siano percorsi i binari di una efficiente gestione sociale.

La predeterminazione di conseguenze variamente afflittive ha la finalità di indurre gli attori a conformarsi al modello di comportamento richiesto e di improntare la propria condotta ai principi di legge.

Le cause scatenanti di tale riforma sono stati i grandi scandali avvenuti negli anni 2000 nel mondo dell'impresa e della finanza come ad esempio quelli che hanno interessato la Cirio e la Parmalat, con evidenti contraccolpi che hanno interessato migliaia di soggetti, in massima parte azionisti e obbligazionisti¹⁰⁹.

Da ciò è scaturita la necessità di prevedere idonei strumenti normativi, diretti a contenere le potenzialità dannose dell'esercizio societario e a limitarne quindi le conseguenze negative.

La responsabilità degli organi societari corrisponde ad uno degli strumenti di cui il Legislatore si avvale per circoscrivere le ripercussioni che in misura più o meno marcata possono avere origine dal negligente agire di coloro che dell'impresa tengono le redini.

Il 1° gennaio del 2004 sono entrate in vigore le nuove norme di disciplina del diritto societario. I decreti legislativi n. 5 e 6 del 2003 hanno provveduto ad una riforma, rispettivamente, in senso processuale e sostanziale della materia¹¹⁰.

Il Legislatore *“ha tentato di trovare un punto di equilibrio tra un'istanza di liberalizzazione, da più parti avanzata e il mantenimento, o anche il rafforzamento, di regole inderogabili a tutela di interessi terzi, dei creditori, del mercato, degli azionisti esterni”*¹¹¹.

È proprio in questa doppia anima che si coglie la natura dell'intervento riformatore, mosso, da un lato, dall'esigenza di attribuire maggiore spazio di autonomia all'iniziativa sociale e teso dall'altro, a garantire una protezione

¹⁰⁹ BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 181 ss.

¹¹⁰ GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003; NICCOLINI G. – STAGNO D'ALCONTRES A., *Società di capitali*, in *Commentario*, Napoli, 2004, II; LO CASCIO G., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; BUONOCORE V., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003; RAGUSA MAGGIORE G., *Trattato delle società*, Padova 2003, II; GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004.

¹¹¹ MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: prime valutazioni prospettive*, in *Società*, 2005, p. 16.

forte ed imperativa di coloro che all'impresa affidano il proprio danaro, e più in generale, dell'ordine pubblico economico¹¹².

Gli interventi in materia sono stati dei più diversi e sofisticati, sono state rivoluzionati diversi modelli di questa materia, tutto ha mosso i primi passi già dal codice civile del 1942, fino alle innovazioni più recenti. In particolare, la legge Draghi (1998), i lavori settoriali della Commissione Mirone e poi della Commissione Vietti, la legge delega del 2001, i decreti legislativi delegati ed infine d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37 seguito dal d.lgs. 28 dicembre 2004 n.310, recanti le modifiche e le integrazioni dei decreti legislativi 17 gennaio 2003 n.5 e 6, e ai T.U delle leggi in materia bancaria.

Quel che rileva maggiormente in questo capitolo sono le analisi dei mutamenti apportati dal decreto di riferimento, il n. 6/2003.

Protagoniste di questo nuovo quadro normativo sono state soprattutto le società di capitali e le società cooperative le quali hanno visto mutare le loro strutture centrali.

Per inquadrare in modo sintetico e per fornire una rapida panoramica del nucleo centrale delle modifiche, si parta dal presupposto che in tema di società di capitali sono state rimodellate in primis i processi di costituzione delle S.P.A., contenendo e attenuando la rilevanza dei vizi. Sono cambiate le norme in tema di finanziamenti interni ed esterni dell'impresa, rivendendo soprattutto la disciplina dei conferimenti; è stato concesso inoltre maggiore spazio ai patti parasociali, insieme alla tassatività dei poteri assembleari. Fondamentale per il patrimonio della società è stata l'introduzione dei c.d. patrimoni destinati. Sono stati introdotti sistemi alternativi di gestione, il dualistico e monistico, che possono sostituire quello tradizionale; insieme a

¹¹² MONTALENTI P., in Relazione al Convegno "Impresa ed Etica", Unione Industriale, Torino, 25 maggio 2004 e BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/2004, I, pag. 620 e ss.

questi poi non può mancare la menzione la disciplina che determina finalmente i confini della trasformazione, fusione e scissione, insieme ad una demarcazione della struttura interna delle S.r.l., prima considerate solo una diramazione delle società per azioni, che oramai sono protagoniste indiscusse nel nostro panorama sociale ed economico.

Inquadrato questo, ai fini del nostro excursus, è importante soffermarsi brevemente sulle linee della c.d. *corporate governance*, ossia quelle norme e discipline che regolano e racchiudono l'essenza del complesso sociale interno delle società.

Ogni società di capitali vanta di una organizzazione interna di organi articolati ed incastrati perfettamente tra di loro, i quali orchestrano tutto il complesso imprenditoriale portando avanti la vita della società con tutte le sue relazioni interne ed esterne.

Nello specifico, nel caso delle società per azioni la scelta "tipica" ricade sulla versione tripartita della struttura interna, composta dall'assemblea, espressione della volontà dei soci, il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale.

In questo quadro di organi, si percepisce il tentativo di rendere più marcata ed evidente la divisione dei diversi poteri di queste strutture, così come il potere di indirizzo della società è di competenza dell'assemblea, il potere di gestione spetta ora *esclusivamente* agli amministratori, tutto orchestrato sotto il controllo del collegio sindacale e a livello contabile da un organo revisore o da un ente esterno a questo preposto.

Questa divisione viene confermata in ambito positivo ricorrendo agli artt. 2380 bis e 2364 c.c. che descrivono tale situazione.

Infatti, nel sistema tradizionale, la cui normazione relativa appare assai più preponderante rispetto agli altri, troviamo ora un'esaltazione del momento

gestionale, contenuta nell'art. 2380 bis c.c. che reca come anticipato sopra: *"la gestione spetta esclusivamente agli amministratori"*.

Altresì nell'art. 2364 c.c. primo comma il legislatore oltre a circoscrivere l'area di competenza assembleare alla funzione di indirizzo della politica societaria, all'approvazione del bilancio e alla revoca ad libitum dell'amministratore, espande corrispettivamente l'area delle mansioni amministrative¹¹³.

A fronte di tale ampliamento farà riscontro un innalzamento del livello di responsabilità a cui tali soggetti saranno sottoposti.

L'art. 2381 c.c.¹¹⁴ precisa le competenze del presidente del consiglio di amministrazione e soprattutto disciplina gli organi delegati, con notevoli implicazioni sulla differente responsabilità a cui, a norma dell'art. 2392 c.c., gli organi delegati e non delegati saranno sottoposti.

A carico dei primi si sostanzia un aggravamento della responsabilità, di contro nei confronti dei secondi se ne profila un'attenuazione, mediante l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza generico, sostituito da una

¹¹³ In riferimento ai rapporti di competenza fra assemblea e organo amministrativo v., ex aliis, V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pag. 535 e ss.

¹¹⁴ *"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".

responsabilità specifica sulla base delle informazioni ricevute *"le più importanti novità introdotte dalla riforma sono le seguenti: si sono per la prima volta disciplinati quali sono, salvo diverse previsioni dello statuto, i compiti del presidente del consiglio di amministrazione, prevedendosi che esso non ha funzione gestionale, ma quella di far funzionare in modo efficiente il consiglio di amministrazione [...] Questa modifica tende ad evitare confusioni di ruoli e conflittualità tra presidente e consigliere delegato, stabilendo quali sono i compiti del presidente con una regola allineata ai più accreditati e recenti standards di corporate governance [...]Uno dei punti più importanti della riforma, che rappresenta una vera rivoluzione rispetto al silenzio dell'attuale codice è costituito dalla precisa indicazione dei poteri-doveri degli organi delegati, consigliere delegato e comitato esecutivo rispetto agli altri componenti del consiglio"*.¹¹⁵.

Pur mantenendo ferma la configurazione di una responsabilità solidale, *"evita sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili"* ¹¹⁶.

L'ultimo comma dell'art. 2381c.c. afferma, inoltre, che: *"gli amministratori devono agire in modo informato"*, si capisce come sia imposto un obbligo informativo più penetrante e specifico, soprattutto in considerazione alla situazione precedente alla riforma, tutto questo in vista di una gestione improntata su trasparenza e chiarezza delle attività svolte.

¹¹⁵ In argomento, ex aliis, si veda F. BONELLI, *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pag. 700

¹¹⁶ Relazione al d. lgs 6 del 2003, § 6. III. 2, il passo riportato evidenzia come, soprattutto nell'ambito della giurisprudenza fallimentare, la responsabilità degli amministratori avesse spesso finito col diventare una responsabilità sostanzialmente "oggettiva".

Rilevanti e meritevoli di citazione sono le variazioni che hanno investito il c.d. “conflitto di interessi” tra l’amministratore e la società stessa presso cui è integrato, infatti la riforma in questione ne ha specificato la letteralità dispositiva, si richiede dunque all’art. 2391 c.c. che essi diano: *"notizia 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"*; per una valutazione sanzionatoria così come esplicitato dal quarto e quinto comma di questo articolo¹¹⁷.

I precetti segnati nell’art.2392 c.c. coinvolgono, come detto, la responsabilità verso la società, ma così come è stato riformato è stato eliminato il riferimento alla diligenza del mandatario, riferendosi invece alla *“diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze”*. Punto da prendere in considerazione è come la qualità della responsabilità non sia più ancorata ad un criterio genericamente oggettivo, ma professionale e qualificata¹¹⁸.

Accompagna questa situazione l’introduzione dell’azione sociale di responsabilità esercitata dai soci di cui all’art. 2393 bis c.c.¹¹⁹

¹¹⁷ Cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.* in suppl. al n. 3/04, pag. 620.

¹¹⁸ Sulla responsabilità degli amministratori di società di capitali si vedano, in luogo di altri, R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974; M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1994.

¹¹⁹ *“L’azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell’assemblea, anche se la società è in liquidazione.*

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell’elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell’esercizio cui si riferisce il bilancio.

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.

L’azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell’amministratore dalla carica.

La deliberazione dell’azione di responsabilità importa la revoca dall’ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l’assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori.

La società può rinunciare all’esercizio dell’azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell’assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell’articolo 2393-bis.”

Quest'azione si innesta in un discorso di tutela delle minoranze societarie che aveva preso corpo nel 1998 con la legge Draghi in riferimento alle società quotate, e che oggi viene estesa a tutti i tipi di società.

Sull'effettiva capacità di protezione degli interessi delle minoranze che con la presente norma si è voluto perseguire sono stati sollevati molti dubbi¹²⁰.

Con riferimento al controllo, la sostanziale novità dell'intervento riformatore si appunta nella distinzione tra controllo sulla gestione e controllo contabile, prerogative prima attratte alla competenza del solo collegio sindacale.

Il sistema interno di controllo oramai è diventato protagonista necessario che investe la funzione di incentivare un assetto più equilibrato. Questo in vista di una maggiore richiesta di tutela in una complessità organizzativa che concede maggiori poteri e doveri agli amministratori che vegliano sulla gestione dell'impresa, e con questo anche l'ampliamento dei loro controlli e verifiche sugli esecutivi.

È mirato, in definitiva, garantire il rispetto delle regole sia legislative (si pensi alla normativa contabile, alla disciplina sulla sicurezza del lavoro, alla legislazione sulla privacy) sia private (si pensi ai codici etici) e il perseguimento degli obiettivi di efficienza e di efficacia compendati, oggi, nella formula dello shareholder value"¹²¹.

Viene di conseguenza a delinearsi uno schema che, come superficialmente accenato all'inizio del capitolo, mutuato da quello previsto per le società quotate dal d.lgs. n. 58 del 1998, affida il controllo contabile ad un revisore contabile o ad una società iscritta nell'apposito registro istituito presso il Ministero di Giustizia, e il controllo sulla gestione all'organo sindacale, esautorandolo di contro di una delle sue più caratterizzanti attribuzioni.

¹²⁰ F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 670 e ss.

¹²¹ Così *amplius* v. in luogo di altri P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di G. COTTINO, Padova, 2004, vol. IV, pag. 228.

C'è da fare una precisazione, questo modello è inderogabile per le società che ricorrono al mercato del capitale di rischio, le quali sono tenute a determinati oneri quali la redazione del bilancio consolidato ex. 2409 bis c.c.,¹²² in caso contrario si tende in linea generale ad adottare il regime precedente dei controlli esclusivamente interni.

Tornando allo specifico del collegio sindacale, questo è stato notevolmente alterato nell'assetto dei suoi doveri, insieme ai poteri tecnici attribuiti ai sindaci.

L'art. 2403 c.c., ancora, esclude le vecchie menzioni ad un generico controllo sull'amministrazione, ma impone loro di vigilare "*sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società*", disegnando in modo più preciso le funzioni.

Parallelamente corre il contenuto nuovo dell'art. 2403 *bis* c.c. che, nel descrivere i poteri dell'organo, mostra una struttura più complessa della disposizione.

Trattando di responsabilità l'art. 2407 c.c. richiama una struttura simile a quella precedente, quindi senza rivoluzioni, eccetto il riferimento di cui prima alla diligenza richiesta che si circoscrive nei caratteri propri dell'incarico rivestito, richiamando la professionalità come elemento necessario per rivestire la carica da sindaco del collegio¹²³.

¹²² "Il controllo contabile sulla società è esercitato da un revisore contabile o da una società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il controllo contabile è esercitato da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili, la quale, limitatamente a tali incarichi, è soggetta alla disciplina dell'attività di revisione prevista per le società con azioni quotate in mercati regolamentati ed alla vigilanza della Commissione nazionale per le società e la borsa.

Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori contabili iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia."

¹²³ CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pag. 235 e ss.

Giova notare come il legislatore, pur avendo appurato un quadro di doveri sindacali significativamente modificato, non abbia avvertito l'esigenza di rivedere contestualmente l'impianto del secondo comma dell'art. 2407 c.c., in particolare non è stata ritoccata né la disciplina della responsabilità esclusiva per violazione dell'obbligo di verità e segretezza, né la disciplina della responsabilità concorrente con gli amministratori per culpa in vigilando. Oggetto, invece, di intervento legislativo è il terzo comma in cui figura un ampliamento delle azioni esperibili nei confronti del collegio sindacale atteso che l'art. 2407 ultimo comma c.c. non si limita al richiamo dei soli artt. 2393 e 2394 c.c., ma sancisce l'applicazione contro i sindaci di tutte le azioni di responsabilità disposte per gli amministratori.

La struttura dell'organo amministrativo è delineata dall'art. 2475 c.c. che stabilisce che l'amministrazione "*è affidata a uno o più soci [...] l'atto costitutivo può tuttavia prevedere che l'amministrazione sia affidata disgiuntamente oppure congiuntamente*".

Dall'analisi del medesimo ben si colgono le forti suggestioni esercitate dalle società di persone sul modello della nuova S.R.L. con un'attenzione maggiore sulla figura del socio.

All'inasprimento analizzato prima della disciplina del conflitto di interessi nella società per azioni nella prospettiva di maggiore trasparenza nei rapporti interni e di un'accentuazione degli obblighi gravanti sugli amministratori si contrappone una disciplina dettata per le società a responsabilità limitata di ridotto tenore, a norma dell'art. 2475 *ter* c.c.

L'attenuazione del rigore richiesto in materia si evince dalla mancata prescrizione in capo agli amministratori di uno specifico obbligo informativo da rivolgere al consiglio e al collegio sindacale come richiesto dal corrispondente art. 2391 c.c. per le società per azioni.

Parimenti non si ravvisa alcun obbligo di astensione dalla conclusione dei contratti di cui all'art. 2475 *ter* primo comma c.c., né dalla partecipazione

alle decisioni adottate dal consiglio di cui al secondo comma, con evidenti implicazioni se si tratta di responsabilità.

Quest'ultima trae opportuna disciplina dall'art. 2476 c.c.¹²⁴, conferendo una puntuale articolazione della tematica in esame, in controtendenza con la situazione anteriforma, in cui ci si limitava ad un esplicito rinvio alla normativa disposta nei confronti della governance nelle S.P.A.

Fermo restando la responsabilità degli amministratori verso la società per i danni da questa subiti a fronte dell'inosservanza degli obblighi loro imposti, non compare riferimento alcuno ai criteri della diligenza con evidenti ripercussioni sull'applicazione normativa.

Ulteriori difficoltà interpretative si incentrano sulle tipologie di azioni di responsabilità esperibili, posto che l'art. 2476 c.c. richiama solo le azioni nei confronti della società e dei soci *uti singuli*, tralasciando l'azione di responsabilità elevata dai creditori sociali.

Nei confronti della prima si ravvisano le novità più significative, la legittimazione attiva è concessa a ciascun socio, il quale può altresì

¹²⁴ “Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso.

I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.

L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione.

In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti.

Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale.

Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori.

Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale”.

domandare, sempre che sussistano gravi irregolarità nella gestione della società, la revoca in via cautelare dell'amministratore.

Il settimo comma dell'art. 2476 c.c. stabilisce che alla responsabilità degli amministratori si "accompagna" quella solidale dei soci "*che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*", in quell'ottica di continuità tra le sfere del potere gestorio e potere dei soci.

L'impronta personalistica che si è inteso dare si riflette anche sulla configurazione dell'organo di controllo interno, la cui elezione resta rimessa alla volontà dei soci, con contestuale elisione del controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c.

Da meramente discrezionale la nomina di un collegio sindacale o di un revisore contabile, a norma dell'art. 2477 c.c., diventa obbligatoria al superamento di una serie di limiti di carattere quantitativo di cui l'articolo reca indicazione.

Tali limiti di carattere quantitativo cui la norma si riferisce si configurano come strettamente dimensionali, questi restano, sostanzialmente, quelli fissati dal vecchio art. 2488 c.c., vuoi sotto il profilo dell'entità del capitale sociale, vuoi per quanto riguarda i parametri individuati, ai fini del bilancio in forma abbreviata, dall'art. 2435 bis, sia pure con le rettifiche apportate a quest'ultima disposizione dalla legge.

Si ritengono quindi obbligate a dotarsi di un collegio sindacale le società a responsabilità limitata il cui capitale sociale non sia inferiore a quello previsto come minimo per le società azionarie (centoventimila euro), oppure che nel primo esercizio, o, successivamente, per due esercizi consecutivi, abbiano superato almeno due dei seguenti limiti: a) 3.125.000,00 euro come attivo dello stato patrimoniale; b) 6.250.000,00 euro come ricavi delle vendite e delle prestazioni; c) 50 dipendenti come forza lavoro media occupata nell'esercizio. ¹²⁵.

¹²⁵ In argomento, *ex multis*, v. CAVALLI G., *Il controllo legale dei conti nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, I, 2003, pag. 710; SALAFIA V., *Il controllo legale*

Si presenta la necessità di considerare il profilo della responsabilità di tali organi.

In caso di nomina *ex lege* del collegio sindacale questo sarà sottoposta ai medesimi doveri di cui all'art. 2403 c.c. e, in assenza di un'apposita formulazione normativa, si ritiene trovino applicazione le norme dettate sull'argomento in materia di S.P.A. e di conseguenza l'art. 2407 c.c. che a sua volta richiama gli artt. 2393 c.c. e 2393 bis c.c.

Di differente connotazione rispetto alla corrispondente disciplina stabilita per gli amministratori di S.R.L. la legittimazione attiva all'azione di responsabilità sarà concessa non a ciascun socio come dispone l'art. 2477, ma alla delibera assembleare o a maggioranze qualificate.

2. La responsabilità verso la società: il nuovo articolo 2392 c.c.

A fronte di una innovata disciplina del diritto societario fa riscontro una corrispondente riconfigurazione delle sezioni codicistiche che ne costituiscono il relativo substrato normativo.

Da qui una differente composizione del contenuto di molti articoli e contestualmente l'inserzione di altri.

Fra gli articoli che sono stati oggetto di modifiche, a seguito dell'intervento riformatore, figura il 2392 c.c.

Quest'ultimo si occupa della responsabilità che viene a ricadere sugli amministratori in conseguenza dell'attività svolta nei confronti della società presso cui esercitano il proprio *munus*.

Si pone infatti un equilibrio di contrappeso tra la libertà, intesa in senso stretto, dei poteri degli amministratori nella gestione della società e la loro relativa

dei conti nelle società a responsabilità limitata, secondo la riforma societaria, in *Società*, 2003, pag. 13 e ss.; FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, pag. 308; RODORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, *ibidem*, pag. 672.

responsabilità cui viene loro accollata nel non adempiere ai loro doveri. Questo articolo lo si considera, puramente a livello teorico, un punto di raccordo tra i sistemi di responsabilità civile, penale ed amministrativi volti a rimproverare gli illeciti commessi dagli amministratori.

Si comprende facilmente la complessità di questo tema soprattutto perché la norma è di diritto civile, ed è risaputo che il diritto civile in ambito di responsabilità ha carattere compensativo, volto a reintegrare al titolare quando perso o subito in danno. La funzione punitiva è propria della disciplina penale che si esplica tramite sanzioni vuoi che di carattere amministrativo o prettamente afflittive.¹²⁶

Come autorevolmente sostenuto: *"i caratteri innovativi dell'impianto normativo sulla responsabilità degli amministratori rispondono ad una duplice esigenza: da un lato di rendere possibile affermare la responsabilità laddove ne ricorrono gli estremi sostanziali legati ad una scorretta condotta, dall'altro di disegnare presupposti e limiti della responsabilità in modo da evitare la sua eccessiva ed indiscriminata utilizzazione, che nuocerebbe al sistema imprenditoriale"*¹²⁷.

La responsabilità viene così a costituire opportuno contrappeso ai poteri di cui gli amministratori sono investiti nell'eventualità di uno spregio a quei doveri che la legge impone loro di adempiere, in adesione al principio per cui *honus habet onus*.

¹²⁶ TOFFOLETTO A., *La responsabilità degli amministratori verso la società*, in *Diritto delle società*, manuale breve diretto da N. ADRIANI, L. CALVOSA, G. FERRI jr, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, G. GUIZZI, C. MOTTI, M. NOTARI, A. PACIELLO, D. REGOLI, G.A. RESCIO, R. ROSAPEPE, M. STELLA RICHTER jr., A. TOFFOLETTO, Milano, 2004, pag. 225, in cui. *"Deve innanzitutto essere ricordato che la responsabilità degli amministratori di società per azioni non ha alcun collegamento con le obbligazioni sociali. La società risponde per le obbligazioni sociali soltanto con il proprio patrimonio fatte salve le eccezioni previste dalla legge. La responsabilità degli amministratori è viceversa sempre collegata ad un inadempimento da parte dell'amministratore o alla commissione di un atto illecito. Gli schemi applicabili sono quelli consueti della responsabilità contrattuale o extracontrattuale"*.

¹²⁷ SANTUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2001, pag. 146 e ss.

Suddetto articolo, dettato con specifico riguardo per l'organo amministrativo, riveste un importante ruolo nell'ambito della materia oggetto di esame, in quanto, sui parametri da questo fissati, si modella come intuito la responsabilità degli altri organi costituenti la compagine sociale.

Come evidenziato l'attenzione di questo articolo verte soprattutto sulla responsabilità affermando alcuni principi.

Tuttavia, la disciplina che *lato sensu* viene a delinearsi dall'analisi del testo normativo oggetto di esame si riverbera in maniera più o meno marcata, sulla disciplina degli altri organi, venendo a costituire una sorta di archetipo a cui *ictu oculi* fare riferimento. Per il ceto sindacale l'art. 2407 c.c. ripropone il criterio della diligenza ex art. 2392 c.c., *rectius* della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, cui va aggiunto il criterio della professionalità, poi postula, al secondo comma, la responsabilità solidale con l'organo amministrativo rinviando implicitamente all'art. 2392 c.c.

I revisori contabili vedono all'art. 2409 *sexies* primo comma richiamata la disciplina stabilita dall'art. 2407 c.c. per i sindaci, da qui, dunque un nuovo rinvio implicito alla normativa disposta per gli amministratori.

Ai liquidatori viene richiesto di provvedere ai loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico al pari di sindaci e revisori contabili, ma qui viene esplicitato il rimando alla normativa manageriale con l'inserzione nel dettato dell'inciso: "la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori".

L'attuale formulazione dell'articolo 2392 c.c. recita: "*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 terzo comma 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".

La norma si apre con l'inciso: "*Gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto*".

Da qui se ne deduce, *in primis*, che si tratta di una "responsabilità da inadempimento" a cui verrebbero ad applicarsi i "principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali. come espressamente sancito dalla Corte di Cassazione¹²⁸.

Parte della dottrina ritiene predominante l'interpretazione della responsabilità come derivante da una natura "contrattuale", distinguendo tuttavia tra chi

¹²⁸ Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in Foro Padano, 1965, I, pag. 1820, Sul punto, in luogo di altri v. GALGANO F., *Le società*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 2001, pag. 269 e VASSALLI F., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* diretto da G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. II, pag. 676 in cui: "*Secondo l'interpretazione dominante, la responsabilità verso la società ha natura contrattuale dovendosi, comunque, distinguere tra chi ne ravvisa il fondamento nella disciplina inderogabile che regola il contratto di società per azioni, di cui gli amministratori sarebbero organo necessario di esecuzione, e chi ravvisa la fonte del rapporto tra gli amministratori e la società nel "contratto di amministrazione" derivante dalla nomina assembleare seguita dall'accettazione da parte dei nominati*". In ogni caso, fermo l'assunto che di responsabilità da inadempimento si tratta, a livello dottrinale e giurisprudenziale non vi è uniformità di pensiero. Vi sono coloro che correlano l'inadempimento ad una responsabilità contrattuale e coloro che, invece, de iure condendo, lo inseriscono nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. In argomento v. CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, in *Trattati* a cura di M. CENDON, Milano, 2003, I, pag. 142: "*Essa può scaturire dall'inadempimento di un obbligo istituito dalla legge, o iure privatorum, nei confronti di uno o più soggetti determinati, e in proposito si parla di responsabilità contrattuale; ovvero, la responsabilità può derivare da inadempimento concernente un dovere imposto dalla legge nei confronti della generalità, o comunque di non determinati soggetti, neppure legati all'agente da uno specifico obbligo contrattuale, versandosi così nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale*".

riscontra il centro nella disciplina inderogabile del contratto di società per azioni, all'interno del quale gli amministratori rappresentano organo necessario per la gestione ed esecuzione, dall'altro lato chi ravvisa la fonte del rapporto tra amministratori e società nel contratto c.d. di amministrazione (derivante dalla nomina assembleare a cui fa seguito l'accettazione da parte dei nominati).

Ne consegue che la colpa degli amministratori si desume alla base del principio generale in tema di adempimento delle obbligazioni stabilito dal principio dell'art. 1218 quinto comma c.c., questo perché presupposto della responsabilità contrattuale è l'esistenza di un preesistente rapporto obbligatorio tra creditore e debitore, un rapporto tale per cui il debitore che si rende inadempiente all'esecuzione di una prestazione è chiamato dal creditore al risarcimento del danno.

Dalla lettura della stessa si evince, in prima battuta, che, in ragione della carica ricoperta, sul ceto amministrativo gravano una serie di *duties*.

Questi trovano la propria fonte e nella *lex*, e nello statuto della società.

Lo spregio di suddetti doveri determina il sorgere di una responsabilità a carico dell'organo deputato alla gestione sociale.

La responsabilità degli amministratori che discende dall'attività svolta in vista delle loro funzioni può riscontrare effetti su illeciti tanto a danno della società, sia verso terzi, e questo a prescindere se sia di natura extracontrattuale o contrattuale.

Ci si interfaccia con una responsabilità che può alternarsi ad interna, verso la società, ed esterna verso i creditori¹²⁹.

¹²⁹ Come sostenuto da FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, pag. 761, "La responsabilità sociale degli amministratori, la responsabilità interna, costituisce il criterio di bilanciamento dei poteri attribuiti dal contratto sociale agli amministratori come singoli o collegialmente; e garantisce che il loro esercizio venga correttamente impiegato nell'interesse della società"

Infatti, "Vengono normalmente individuate tre categorie di soggetti verso i quali gli amministratori rispondono: la società, nei confronti della quale gli amministratori rispondono a titolo di responsabilità contrattuale per inadempimento (artt. 2392 e 2394); i creditori, verso i quali gli amministratori rispondono per la mancata conservazione dell'integrità del patrimonio della società (art. 2394); i singoli soci o terzi, a titolo di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito (art. 2395)"¹³⁰.

La rubrica dell'articolo detta: "Responsabilità verso la società", da qui, dunque, la delimitazione dello specifico campo di applicazione della norma *ad societatem* e non verso i terzi.

Al fine di costruire un più completo quadro della responsabilità occorre, *a fortiori*, partire dalla ricostruzione di quei doveri che della medesima ne costituiscono opportuno presupposto¹³¹.

Va ricordato che a norma del novellato articolo 2380bis c.c.: "*La gestione spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*", da qui si evidenzia un ampliamento dello spettro delle attribuzioni gestorie rispetto al passato, con contestuale ridimensionamento di quelle riservate all'assemblea. Gli amministratori non possono più sottoporre alla decisione di quest'ultima oggetti attinenti alla gestione sociale, lo si ricava dalla nuova formulazione dell'art. 2364 c.c. in forza del quale si consente agli amministratori, in presenza di una previsione statutaria in tal senso, di chiedere autorizzazioni all'assemblea, peraltro ferma la propria responsabilità per gli atti compiuti.

¹³⁰ TOFFANELLO A., *op. cit.*, pag 226; nello stesso senso v. GALGANO F., in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, vol. III, pag. 310.

¹³¹. In argomento v. OPPO G., *Potere e responsabilità nella riforma delle società per azioni*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, in *Quaderni Romani di diritto commerciale* diretto da SCOGNAMIGLIO G., Milano, 2003, pag. 7 in cui si legge che: "*non solo il socio, ma i soci vedono limitata l'autonomia dell'iniziativa in ordine alla convocazione della propria assemblea per stimolarne le decisioni. La convocazione su richiesta dei soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norme di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta (art. 2367, ultimo comma)*".

Id est è stata soppressa la possibilità che, per talune operazioni, il ceto amministrativo possa liberarsi da responsabilità, almeno nei confronti della società, attraverso questo procedimento.

La disciplina elenca in modo lato gli obblighi che gravano sugli amministratori, infatti nonostante alcune circostanze in cui sono specificatamente menzionati, spesso il legislatore si è limitato ad un generico richiamo dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo. Si intuisce come una un'elencazione generica sarebbe del tutto imprecisa e infattibile, soprattutto poco utile. A questo tentativo hanno rinunciato anche gli interpreti della dottrina¹³².

In merito suole operarsi una *summa divisio* tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico.

¹³² BONELLI F., in *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pag. 160 e ss., per il quale: "L'unica distinzione che, nell'ambito delle obbligazioni dell'amministratore, ci sembra possa avere un significato, è quella tra obbligazioni aventi un contenuto specifico e già precisamente determinato dalla legge o dallo statuto [...] ed obbligazioni in cui la prestazione dell'amministratore, cioè il comportamento dovuto, non è specificato e va determinato di volta in volta con riferimento a tutte le circostanze del caso". Contra, in luogo di altri, v. SANDULLI M., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *La riforma del diritto societario* a cura di M. SANDULLI e I. SANTORO, Torino, 2003, II/I, pag. 472-473, viene proposto un altro tipo di classificazione: "In via primaria, il riferimento deve essere a tutti quegli adempimenti "legali" dovuti in ragione della carica: solo per fare qualche esempio, la convocazione delle assemblee [...] Accanto a questi doveri legati ad adempimenti funzionali alla organizzazione dell'ente, vi sono poi quelli legati all'esercizio dell'attività. Con riferimento a questo profilo, possiamo distinguere un'attività di amministrazione ed un'attività di gestione. La prima assomma l'amministrazione organizzativa dell'ente sia come "soggetto" che come "imprenditore"; la seconda riguarda l'attività operativa, che si concretizza nel compimento delle operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale". In giur. v. Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, pag. 1517 in cui: "in tema di responsabilità degli amministratori di società, occorre distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo – tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società - e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi. Mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore deve essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicchè la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta, rilevante a diversi fini, per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza la misura dell'impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso previsto dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore".

Tra i primi si annovera: l'irregolare tenuta delle scritture contabili¹³³ Incontestabile è l'obbligo degli amministratori di tenere regolarmente le scritture contabili di cui agli artt. 2214 e ss. c.c., tanto più a fronte della perentoria precisazione dell'art. 2280 bis c.c., introdotto con il decreto di riforma, per il quale "la gestione sociale spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Segue l'obbligo di redazione del bilancio, l'art. 2423 c.c. al primo comma sancisce: "*Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa*".

Si è di fronte ad un obbligo che può essere oneroso tanto per l'amministratore singolo, quanto per il consiglio di amministrazione, non è inoltre delegabile ex. Art 2381 c.c. Richiede che vengano redatti e approvati il c.d. progetto di esercizio, ovviamente muovendosi nei limiti e principi imposti dall'art. 2423 c.c. e ss., sottoponendo la bozza al collegio sindacale il quale formula una relazione che dovrà essere approvata dall'assemblea della società, con conseguente esito positivo e deposito del documento presso le sedi competenti.

La responsabilità per omessa, ritardata o illegale redazione del bilancio di esercizio viene a costituire una delle più evidenti violazioni degli obblighi degli amministratori, altrettanto palese risulta che da tale violazione non si genera un danno immediato per la società, salvo in circoscritte ipotesi. L'omessa o irregolare redazione del bilancio costituisce comunque una delle ipotesi di grave irregolarità di cui all'art. 2409 c.c. ed esporrà, di conseguenza gli amministratori ed i sindaci agli effetti della procedura di controllo giudiziale promossa dalla minoranza sociale numericamente qualificata.

¹³³ Ai fini dell'irrogazione della sanzione civilistica Autorevole dottrina, fra cui F. BONELLI, sottolinea la necessità che dalla violazione consegua un danno alla società: non ritenendosi sufficienti ad individuare la responsabilità degli stessi amministratori mere irregolarità contabili, allorché da queste non derivi un pregiudizio patrimoniale. Parere unanime viene rilevato in giurisprudenza.

Ancora, l'illeale sottovalutazione del patrimonio sociale¹³⁴; l'illeale sopravvalutazione del patrimonio sociale; la creazione ed utilizzo di fondi neri¹³⁵. L'obbligo di controllo delle valutazioni dell'esperto nominato ex art. 2343, 2440 2498 c.c. e l'obbligo di convocare l'assemblea in caso di

¹³⁴ La violazione da parte degli amministratori di norme per la redazione del bilancio di esercizio, che ne determini una illeale sottovalutazione delle poste, si traduce – de facto – nella creazione di riserve extra bilancio, che rimangono occulte ai soci e ai terzi. Tale sottovalutazione, normalmente, non crea danno al patrimonio sociale: le riserve, benché occulte, rimangono a far parte del patrimonio sociale e non vengono sottratte alla garanzia dei creditori. Vi è da aggiungere che, per individuare gli esatti confini della fattispecie de qua, determinante appare la valutazione del profilo soggettivo degli amministratori nel compimento degli atti da cui discende la sottovalutazione e la conseguente creazione della riserva. Sono infatti da ritenersi pienamente legittime quelle riserve che si formano per effetto di un'applicazione corretta del principio di prudenza nella valutazione delle poste di cui all'art. 2423 bis comma 1. Mentre, viceversa, un'applicazione esasperata del medesimo principio potrebbe essere ascrivibile a scarsa diligenza - con conseguente responsabilità in caso di danno - dell'amministratore. Non deve essere mai dimenticato che elemento che caratterizza l'attività d'impresa è l'alea. E un amministratore che vi si sottragga aprioristicamente, normalmente, tiene tale comportamento per incapacità di assumere scelte gestionali. Il fenomeno di cui si parla, e da cui propriamente scaturisce l'obbligazione risarcitoria dell'amministrazione, è quello per cui le riserve occulte si sono illealmente formate per effetto di attività fraudolenta e di violazione dei criteri e dei principi prescritti dalla legge e di violazione dei criteri e dei principi prescritti dalla normativa sul bilancio di esercizio.

¹³⁵ Per "fondi neri" si intendono, in dottrina ed in giurisprudenza, ma anche nella prassi corrente, quelle disponibilità, non ufficiali, di denaro, create dagli amministratori di società tramite irregolarità contabili o sottovalutazioni delle poste attive di bilancio. La dottrina prevalente ripropone la tesi per la quale l'instaurazione di contabilità "parallele", di per sé, non genera responsabilità verso la società. Non è nell'inosservanza degli obblighi in materia di regolare tenuta della contabilità sociale che si rinviene la causa del danno arrecato alla società. Anzi, dall'omissione la società potrebbe averne persino conseguito, in via immediata, giovamento. Il pregiudizio, nell'ipotesi di cui si discute, è connaturato ad altro, illeale comportamento, che si traduce, ad esempio, nella distrazione di risorse, e che l'inadempimento degli obblighi in materia di contabilità e bilancio avrà solo favorito. Negli ultimi anni, a seguito di vicende che hanno avuto una eco mondiale il fenomeno dei "fondi neri", *id est*, la creazione di disponibilità non ufficiali sono stati alla ribalta dei più recenti fatti di cronaca.

perdite¹³⁶; l'obbligo di eventuale revisione della stima di questo¹³⁷; il divieto di intraprendere nuove operazioni ¹³⁸ ; il dovere di convocazione

¹³⁶ L'art. 2446 c.c., tipica norma finalizzata alla conservazione dell'integrità del capitale sociale, dispone che quando risulta che il capitale sociale è diminuito di oltre un terzo, in conseguenza di perdite, gli amministratori, qualora essi non vi provvedano, il collegio sindacale devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti; nel perseguimento dello stesso obiettivo si pone il successivo art. 2447 c.c. che, nell'ipotesi specifica in cui, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduca al di sotto del minimo legale, prescrive che gli amministratori debbano senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale o il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore a detto minimo, o la trasformazione della società. L'art. 2447 c.c. che si colloca nell'ambito della disciplina delle società per azioni, trova una sostanziale replica nel nuovo art. 2482-ter, dettato in materia di società a responsabilità limitata. L'azione di responsabilità promossa dalla società contro gli amministratori vedrà quindi, da un lato, la società attrice che dovrà dimostrare l'inadempienza all'obbligo di convocazione dell'assemblea, il danno da ciò, ad essa, derivante e lo stretto nesso di causalità tra i predetti due elementi; e, in posizione di convenuto l'amministratore che dovrà provare di essere esente da colpe.

¹³⁷ Inerisce agli obblighi del mandato conferito agli amministratori l'incombenza di garantire la conservazione dell'integrità del capitale sociale. Questa obbligazione assume poi particolare rilievo nei confronti dei creditori sociali, della cui azione di responsabilità verso gli amministratori, ai sensi dell'art. 2394 c.c., un'eventuale violazione costituisce il presupposto. Precedentemente ad essa, se non altro in senso logico, può ritenersi altro dovere e cioè quello, posto a carico degli amministratori, di assicurare l'effettività del capitale sociale, vale a dire la congrua rispondenza tra valore effettivo del conferimento effettuato dal socio ed importo nominale del capitale. Tale obbligo intercorre per tutta la durata della società, ma emerge e si esprime con maggiore pregnanza in occasione di tre momenti della vita sociale: 1) all'atto della costituzione della società, ove l'atto costitutivo consenta, ed il socio intenda effettuare conferimenti, anziché in denaro, in natura, ovvero conferire crediti, ex art. 2343 c.c.; 2) in occasione di successivi aumenti di capitale in cui, del pari, uno dei soci intenda addivenire alla sottoscrizione della propria quota tramite conferimento di beni in natura o di crediti ex art. 2440 c.c.; 3) nel caso di trasformazione di una società in nome collettivo o in accomandita semplice in società per azioni, in accomandita per azioni o di responsabilità limitata, ai sensi del precedente testo dell'art. 2498 c.c. e, dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, del nuovo art. 2500-ter

¹³⁸ La disciplina anteriforma prevedeva, infatti, a carico degli amministratori l'obbligo di "non intraprendere nuove operazioni", obbligo che scattava automaticamente non appena il capitale sociale fosse ridotto per perdite al disotto del minimo legale (vecchio art. 2449 c.c.): ed era questo ulteriore e diverso obbligo che costituiva l'intero fulcro dell'intera disciplina che, in caso di perdite la nostra legge poneva a tutela dell'integrità del capitale sociale. La situazione, per mano della riforma, ha subito un cambiamento nei contenuti, in quanto l'obbligo di non intraprendere nuove operazioni (diventando, ex art. 2486 c.c., obbligo di limitare la gestione agli atti finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale) non scatta più automaticamente con il verificarsi di perdite che riducano il capitale sociale al di sotto del minimo legale, ma solo con l'iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione in cui gli amministratori rilevano che si sono verificate perdite che hanno ridotto il capitale sociale al disotto del minimo legale (artt. 2484 e 2485 c.c.). In argomento v. BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, I, 2004, pag. 623: "L'obbligo degli amministratori, la cui violazione ha determinato innumerevoli condanne in azioni esercitate da curatori fallimentari, è quello di non compiere nuove operazioni dopo che si siano verificate perdite che hanno

dell'assemblea su richiesta della minoranza¹³⁹; l'obbligo di impugnare le deliberazioni invalide; il divieto di uso di informazioni riservate; l'obbligo di dare esecuzione alle delibere assembleari¹⁴⁰; il divieto di agire in concorrenza con la società¹⁴¹.

ridotto il capitale sociale al disotto del minimo legale. La riforma del 2003 ha in parte modificato la disciplina applicabile che, però, in sostanza non è di molto cambiata rispetto alla precedente".

¹³⁹ Il testo dell'art. 2367 c.c. nella formulazione anteriforma rubricato: "Convocazione su richiesta della minoranza" recitava: "Gli amministratori devono convocare senza ritardo l'assemblea quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. Se gli amministratori, o in loro vece i sindaci, non provvedono, la convocazione dell'assemblea è ordinata con decreto al presidente del tribunale, il quale designa la persona che deve presiederla". Tale disposizione, dettata in materia di S.p.A., era applicata anche alle s.r.l. ed alle società cooperative, in virtù dei richiami operati, rispettivamente, dai precedenti artt. 2486 e 2516 c.c. Il nuovo art. 2367 c.c. dedicato alla "Convocazione su richiesta di soci" e riservato all'ambito delle società per azioni dispone che: "Gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza, non provvedono, il presidente del tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla. Per quanto riguarda le società a responsabilità limitata, com'è noto, il legislatore ha scelto il metodo più innovativo di riforma, ridisegnandone il modello con una normativa ad hoc. Peraltro, una richiesta di convocazione - che rivestirà contenuto precettivo per l'organo competente a promuovere l'adunanza dei soci ex art. 2479 bis, primo comma, c.c., e quindi in primis, gli amministratori - con conseguenze analoghe a quelle dell'art. 2367 c.c. in tema di s.p.a., può verificarsi anche nelle società a responsabilità limitata. Legittimati a richiedere la convocazione dell'assemblea non sono solo quanti appaiono intestatari delle azioni, ma altresì l'usufruttuario delle azioni stesse, il creditore pignoratizio, il custode nel caso di sequestro giudiziario dei titoli, il girante (e non il giratario) delle azioni girate per procura, la società fiduciaria ed i possessori di azioni privilegiate.

¹⁴⁰ L'art. 2364 c.c. numero quattro c.c., nel testo originario, stabiliva che l'assemblea ordinaria, in via residuale rispetto alle competenze esclusive indicate nella parte precedente della disposizione, "delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori". Il nuovo art. 2364 numero cinque c.c., dettato per le società per azioni per le quali continui ad osservarsi il modello di amministrazione tradizionale, dispone invece che l'organo assembleare "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". In entrambe le versioni, si può rinvenire l'obbligo posto a carico degli amministratori, di dare esecuzione alle deliberazioni assembleari in materia di gestione della società. L'obbligo ha carattere specifico, e quindi, in virtù della classificazione accolta, rientra tra quelli la cui violazione è di per sé stessa fonte di responsabilità per gli amministratori allorché dall'inadempimento medesimo sia derivato concreto ed effettivo pregiudizio per la società.

¹⁴¹ Disponeva l'art. 2390 c.c. nel testo originario, che: "Gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare

A riguardo appare opportuno precisare che la riforma del diritto societario è intervenuta sulla composizione dei suddetti obblighi, per un verso mediante l'introduzione ex novo di ulteriori doveri e, *ibidem*, attraverso la modificazione di quelli che già trovavano applicazione.

A fronte di una sommaria elencazione dei doveri a contenuto specifico occorre appuntare ora l'attenzione sulla seconda categoria di obblighi a carico degli amministratori.

Gli obblighi a contenuto generico vengono tradizionalmente fatti discendere dal dovere di adempiere alla propria attività con la diligenza "richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze" (art. 2392 c.c.), dal divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.), a cui occorre aggiungere l'innovato dettato dell'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., in forza del quale "gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato"¹⁴².

Questi, dunque, i tre doveri a contenuto generico che vanno a costituire il più ampio genus di obblighi ascritti all'organo amministrativo¹⁴³.

Nel prosieguo della disamina dell'art. 2392 c.c. il disposto richiede che suddetti *duties* siano adempiuti con "*la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*".

un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, salvo autorizzazione dell'assemblea". La recente riforma del diritto societario, conservando la norma ha operato un solo, ulteriore inserimento, in forza del quale gli amministratori non possono neppure "essere amministratori o direttori generali in società concorrenti". L'inadempimento dello specifico obbligo permane sanzionato nel secondo comma del citato articolo 2390 c.c.: "Per l'inosservanza di tale divieto l'amministratore può essere revocato dall'ufficio e risponde dei danni".

¹⁴² PAVESIO M., in *Relazione al Convegno "Impresa ed etica"*, Torino, 25 maggio 2004, nell'esaminare gli obblighi posti a carico degli amministratori rileva: "*il primo grande obbligo è quello di amministrare la società, cioè perseguire l'interesse sociale, il rapporto di mandato dell'amministratore è un rapporto particolare, perché ha sicuramente natura contrattuale, ma l'amministratore non risponde al suo mandante, inteso il socio che lo ha designato, bensì risponde alla legge e allo statuto, perché deve perseguire sempre l'interesse della società*".

¹⁴³ Occorre sottolineare che a fronte della riforma del diritto societario del 2003 molti articoli sono stati oggetto di modifiche, tra questi figurano altresì quelli attinenti ai doveri degli amministratori la cui disciplina è stata in più punti rivisitata.

Questo assunto già citato va correttamente inquadrato nell'ambito dell'intervento riformatore che ha sensibilmente alterato la precedente composizione della norma in esame, variandone in più punti il contenuto¹⁴⁴. Il nucleo centrale dell'articolo conserva la formulazione originaria ex codice civile del 1942, ma in tre parti risulta di considerevole importanza il peso delle modifiche attuate in ordine alla disciplina della responsabilità. Fra le *res* oggetto di attenzione da parte del legislatore figura, in *prima facie*, la tipologia del criterio assunto da parametro dell'agire gestorio. Sugli amministratori permane il dovere di adempiere con diligenza all'espletamento delle proprie funzioni, ma muta il corrispettivo termine di raffronto.

La formula *anteriforma* richiedeva che gli amministratori adempissero ai propri obblighi "con la diligenza del mandatario", operando un implicito richiamo agli art. 1176 e 1710 c.c., in tema di mandato e di adempimento delle obbligazioni.

Ora il parametro della diligenza viene ancorato a quella che è la "natura dell'incarico e alle loro specifiche competenze".

Il mutamento effettuato risulta, tuttavia, descrivibile più in termini di forma che di contenuto: già da tempo la giurisprudenza ha elaborato un'interpretazione in merito alla disposizione de qua che va al di là della mera diligenza del mandatario, con una conseguente riquilificazione della tipologia d'imputazione in chiave soggettiva.

In secondo luogo, si è inteso, fermo restando il principio della responsabilità solidale, attribuirne un contenuto maggiormente articolato, distinguendo a seconda che "*si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*".

È proprio dall'inserzione della locuzione "in concreto" che si coglie la portata della riforma.

¹⁴⁴ Cfr. alla l.d. 3 ottobre 2001, n. 366, art.2 lett. b), nel fissare i principi generali applicabili alle società di capitali in ordine alla disciplina dell'amministrazione e del controllo, impone di: "definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali".

Attraverso siffatto inciso è stata operata un'"equiparazione delle deleghe atipiche (dette anche interne o di fatto) a quelle formali"¹⁴⁵.

La terza modifica che riposa nel secondo comma, attuata per mezzo del richiamo al terzo comma dell'art. 2381 c.c., è stata oggetto a sua volta di ampie variazioni.

Quest'ultimo disciplina la competenza del Presidente, del comitato esecutivo e degli amministratori delegati e al comma a cui l'art. 2392 c.c. espressamente fa rinvio dispone che: "*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*".

Il legislatore ha, infatti, inteso "attenuare" il rigore della responsabilità degli amministratori senza deleghe, mediante l'espunzione dall'art. 2392 c.c. dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, da cui scaturiva la responsabilità solidale a carico dei diversi membri del consiglio¹⁴⁶.

Gli amministratori continuano ad essere solidalmente responsabili, ma siffatta responsabilità viene riempita di un nuovo contenuto che si atteggia

¹⁴⁵ SPIOTTA M., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, .O. CAGNASSO, P. Montalenti, Bologna, 2004, vol. I, pag. 762 e ss.

¹⁴⁶ L'*intentio legis* di assegnare alla responsabilità degli amministratori privi di delega una sorta di *minus* rispetto a quella a carico degli amministratori delegati risulta chiaramente a partire dalla differente composizione dell'art. 2381 c.c. Nel medesimo senso v. BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur comm*, 2004, I, pag. 621, il quale sottolinea che: "*il legislatore prendendo atto che l'amministratore delegato ha una posizione sostanzialmente diversa da quella degli amministratori senza delega ha imposto agli amministratori delegati pregnanti obblighi (art. 2381 comma 5), diversi e ben maggiori di quelli imposti agli amministratori senza delega (art. 2381 comma 3): di conseguenza, la responsabilità degli organi delegati risulta diversa e ben maggiore rispetto a quella degli amministratori senza delega. L'art. 2381 al primo comma ha indicato i compiti e funzioni del presidente del consiglio, con conseguenti responsabilità in caso di violazione*".

differentemente a seconda dello specifico ruolo ricoperto nell'ambito del consiglio di amministrazione, in quanto, seppur solidale, di responsabilità per colpa e fatto proprio trattasi.

Merita ancora un breve cenno l'ultimo comma dell'art. 2392 c.c., a fronte del quale andranno esenti da colpa gli amministratori che abbiano avuto cura di annotare senza ritardo, il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

L'esonero da responsabilità qui postulato in base all'*intentio legis* non è stato scalfito, nel suo contenuto, dall'intervento riformatore.

Permane, dunque, immutato il tenore del duplice onere e di formalizzazione del dissenso del singolo amministratore, e di immediato avviso del medesimo al Presidente del collegio sindacale, perché egli possa andare libero da colpa. Differente disciplina è, invece, disposta con riferimento alla società a responsabilità limitata.

Rispetto all'impostazione *anteriforma* viene meno il rinvio agli articoli della società per azioni che regolano la *res* amministrativa come sancito dal secondo comma del vecchio art. 2487 c.c.

Ora la materia è regolata dall'art. 2476 c.c.¹⁴⁷, il quale, in merito, stabilisce che la responsabilità degli amministratori è prevista in relazione ai "danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società".

Anche per questo tipo societario vengono prefigurati doveri di tipo specifico e doveri di tipo generico a cui gli amministratori devono adempiere.

Tuttavia, rispetto alla società per azioni, la principale differenza che balza agli occhi riguarda il mancato riferimento ai parametri della diligenza

¹⁴⁷ L'art. 2476 c.c. al primo comma recita: "*Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia, la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere immuni da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare il proprio dissenso*".

richiesta dalla natura dell'incarico e dalla specifica competenza posseduta, e, ibidem, alla diligenza del mandatario.

Viene, invece, conservato il principio solidaristico di responsabilità che, al pari dell'ultimo comma dell'art. 2392 c.c., non trova applicazione nel caso in cui l'amministratore abbia fatto constare il proprio dissenso.

2.1. Il criterio della diligenza.

Nell'ambito del giudizio di valutazione della responsabilità che si riscontrano in capo all'organo gestorio verso la società da questo amministrata, il criterio della diligenza riveste un ruolo di non trascurabile rilievo.

Suddetto parametro assolve ad una funzione di indirizzo e di orientamento dell'operato del singolo amministratore, in quanto rappresenta il "faro guida" a cui la condotta manageriale deve improntarsi¹⁴⁸.

Da qui, dunque, la prescrizione di uno specifico canone di comportamento, il cosiddetto *duty of care*, a cui i componenti l'organo gestorio devono aderire nell'adempimento dei rispettivi obblighi al fine di non incorrere in un giudizio di responsabilità elevato nei loro confronti.

¹⁴⁸ VASSALLIF., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. II, pag. 674, per il quale "la diligenza costituisce una condizione per l'esatto adempimento dell'obbligazione di amministrare una società con l'osservanza delle regole di legge e di statuto".

Come già segnalato in precedenza, la diligenza trova puntuale collocazione nell'ambito del primo comma dell'art. 2392 c.c., il cui enunciato dispone che: "gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto¹⁴⁹ con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

Dall'analisi del dettato normativo emergono una serie di considerazioni incentrate, *in primis*, sulla nuova formulazione del criterio stesso.

La riforma del diritto societario, nella specie il d. lgs. n. 6 del 2003, ha ritoccato il contenuto del criterio in esame attraverso l'espunzione del riferimento alla "diligenza del mandatario"¹⁵⁰ come modalità di esecuzione della prestazione oggetto di incarico.

Suddetto rimando importava l'applicazione, nei confronti del ceto gestorio, degli artt. 1176 e 1710 c.c., dal cui combinato si evinceva, *sic et simpliciter*, il concreto atteggiarsi della diligenza richiesta.

L'art. 1710 c.c. disciplinava e disciplina il contratto di mandato e, più specificatamente, le obbligazioni del mandatario, sancendo che "*il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia*".

A quanto appena stabilito si aggiungeva, in via integrativa, il dettato dell'art. 1176 c.c.¹⁵¹, in tema di adempimento delle obbligazioni, nel quale viene

¹⁴⁹ Va sottolineato che la precedente disciplina disponeva che l'adempimento effettuato con la diligenza del mandatario andasse effettuato con riguardo ai doveri indicati dalla legge e dall'atto costitutivo, laddove, invece, la corrente formulazione richiede il riferimento a quanto richiesto dalla legge e dallo statuto. Tuttavia, la portata della diversa formulazione va circoscritta più ad una modificazione di forma del disposto normativo che ad una vera e propria innovazione del suo contenuto.

¹⁵⁰ Nel codice di commercio del 1882 gli amministratori erano definiti come "mandatari temporanei, revocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti" (art. 121). Oggi la dottrina è concorde nel ritenere che tale qualificazione non sia più possibile perché gli amministratori costituiscono un organo indispensabile per la società cui la legge riconosce competenze proprie. Su questo punto v. WEIGMANN R., voce *Società per azioni*, in *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Comm., vol. XIV, Torino, 1997.

¹⁵¹ Si tratta di un criterio di commisurazione dell'adempimento tale da riassumere in sé, come espressamente chiarisce la Relazione al codice civile, n. 559, "quel complesso di cure e cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto e a tutte le circostanze che concorrono a determinarlo".

disposto che "nell'adempire 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 svolta¹⁵².

Da una prima lettura del disposto in commento ben si comprende che l'attuale formulazione sia idonea a produrre una maggiore specificazione della responsabilità, atteso che ora il parametro presenta un contenuto più stringente.

La disposizione corrente correla la diligenza a due componenti: "la natura dell'incarico" e le "specifiche competenze".

La prima di queste concerne la posizione assunta dal singolo amministratore nell'ambito del consiglio di amministrazione.

Quindi "a seconda che all'amministratore sia attribuita la funzione di presidente, o assegnata la delega, ovvero sia amministratore senza deleghe o non titolare di particolari incarichi, la diligenza richiesta mutuerà di contenuto"¹⁵³.

Tuttavia, il riferimento alla natura dell'incarico non innova particolarmente rispetto alla previgente disciplina, in quanto, già da tempo, la giurisprudenza richiedeva un *quid pluris* rispetto alla semplice diligenza del buon padre di famiglia, ovvero la diligenza cosiddetta "professionale" del buon amministratore ex art. 1176 secondo comma c.c.¹⁵⁴.

¹⁵² Il riferimento al mandatario veniva effettuato allo scopo di stabilire il tipo di diligenza richiesto, nel senso che il rapporto di amministrazione riproduce in sostanza la situazione del conferimento di un incarico da parte di un soggetto per il perseguimento del di lui interesse.

¹⁵³ SANDULLI M., *cit.*, pag. 473

¹⁵⁴ DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pag. 286 e ss. Egli, nel raffrontare la disciplina disposta per le s.p.a. a quella prevista per le s.r.l., sottolinea che nelle s.p.a. in relazione ai criteri di valutazione della diligenza richiesti in tema di responsabilità dell'amministratore, il primo elemento "è quello della natura dell'incarico e sostanzialmente recepisce l'orientamento della giurisprudenza, secondo cui la diligenza richiesta non poteva essere quella generica del mandatario, ma quella specifica della persona preposta al compimento di negozi ed atti materiali tipici della gestione di un'azienda commerciale".

Il testo riformato dell'art. 2392 c.c. si pone, con riferimento alla "natura dell'incarico", sulla scia di un percorso interpretativo che, antecede il d. lgs. n. 6 del 2003 e che, rispetto al passato, ha il pregio di fissare direttamente nel codice¹⁵⁵ quanto prima emergeva unicamente a titolo di interpretazione dottrinale, specificandone, di contro, con maggiore dettaglio il contenuto¹⁵⁶. L'altro parametro a cui va relazionato il criterio della diligenza è rappresentato dalle "specifiche competenze".

Questo non trova, diversamente dall'altro, opportuna illustrazione nell'ambito della Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma, ma è oggetto di analisi e di attenzione da parte della dottrina che considera le "specifiche competenze" come *"il segnale di una presa di coscienza dei diversi livelli di professionalità esigibili dagli amministratori nei vari settori dell'amministrazione societaria"*¹⁵⁷.

Perciò, mentre la natura dell'incarico presenta una stretta continenza con il ruolo ricoperto dal singolo amministratore all'interno del consiglio, le "specifiche competenze" rilevano sul piano eminentemente professionale, conformemente alle capacità individuali.

Si tratta, dunque, di un criterio attraverso il quale il legislatore prende atto dei diversi gradini di competenze lavorative che nell'ambito di un organo plurisoggettivo ne costituiscono carattere tautologico.

Di conseguenza ciascun gestore, al momento dell'assunzione della carica e durante l'esercizio della stessa, sarà dotato di una conoscenza più

¹⁵⁵ Il significato che si è inteso attribuire al suddetto inciso viene illustrato in un passo della Relazione ministeriale al decreto legislativo di riforma, nel quale viene precisato che: "nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto gli amministratori devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico: il che non significa che gli amministratori debbono necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni altro settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile e negligente improvvisazione"

¹⁵⁶ VASSALLI F., *cit.*, pag. 675, il quale evidenzia che *"con la riforma sono stati più puntualmente precisati i criteri sulla cui base deve essere misurata la diligenza dovuta dagli amministratori quali gestori di un'impresa altrui...il riferimento alla "natura dell'incarico" riflette la disciplina previgente"*.

¹⁵⁷ VASSALLI F., *Commento all'art. 2392 c.c., cit.*, pag. 680.

approfondita ed una maggiore erudizione in uno o più settori, a seconda degli studi effettuati e delle esperienze realizzate. Questo però non significa necessariamente avere conoscenze tecniche peculiari, fondamentale è muoversi in modo informato anche con il sostegno di figure apposite alle conoscenze specifiche di settore.

Questo “bagaglio” culturale, ipso facto, lo porterà ad avere una predisposizione per un dato aspetto dell’attività gestionale piuttosto che per un altro e ciò assumerà opportuno spicco in relazione al *duty of care* esigibile. Quindi, nell’ambito del giudizio di responsabilità, la diligenza richiesta andrà parametrata, in primis, rispetto alla posizione assunta da questi nel consiglio di amministrazione, e, pertanto, *"se viene previsto un diverso grado di diligenza in relazione alla natura dell’incarico, si avrà un diverso grado di diligenza a seconda delle funzioni attribuite"*¹⁵⁸.

Questa considerazione fa seguito quella concernente il rapporto tra attività esercitata e quelle che sono le competenze specifiche dei componenti del consiglio. Infatti, posto che queste ultime ineriscono al livello professionale del singolo amministratore, occorre verificarne il limite applicativo rispetto a quanto stabilito dall’art. 2387 c.c.¹⁵⁹

Questo disposto fissa il tenore dei requisiti soggettivi al cui ricorso l’assunzione della carica può essere subordinata.

L’art. 2387 c.c. viene introdotto in attuazione dell’art. 4, ottavo comma, lettera b, della l. d. 366 del 2003.

¹⁵⁸ SANDULLI M., *Commento all’art. 2392 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e I. SANTORO, Torino, 2003, vol. II/I, pag. 473.

¹⁵⁹ Il testo dell’articolo è rubricato *"requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza"* e recita: *"lo statuto può subordinare l’assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l’articolo 2382 c.c. Resta salvo quanto previsto da leggi speciali in relazione all’esercizio di particolari attività"*.

Con il decreto di riforma sono stati inseriti ulteriori requisiti rispetto a quelli richiesti a norma dell'art. 2382 c.c. che più specificatamente statuisce in merito alle cause di ineleggibilità e decadenza dall'ufficio amministrativo.

Mentre queste ultime operano *ex lege*, i requisiti di cui all'art. 2387 c.c. sono stabiliti in via discrezionale dallo statuto.

Suddetto articolo indica, espressamente, tre categorie di requisiti tra le quali figurano, *in primis*, l'onorabilità, l'indipendenza e, in terzo luogo, ed è ciò che rispetto alla materia in commento maggiormente pertiene, la "professionalità".

Questa si concreta variamente vuoi nell'insegnamento di specifiche materie, vuoi nell'aver ricoperto un ufficio per un tempo determinato.

A ben vedere anche questa disposizione reca un rimando alla professionalità, ma il riferimento relativo non è effettuato ai fini della responsabilità, come appare chiaramente nel disposto dell'art. 2392 c.c., pur tuttavia, attraverso questa corrispettività di contenuti, si coglie, per altro verso, l'attenzione palesata dal legislatore verso l'argomento.

Il testo dell'art. 2392 comma primo c.c., in ogni caso, nel modulare la diligenza alle specifiche competenze va oltre il requisito della professionalità ex art. 2387 c.c., postulando un criterio dal contenuto più generale ed esteso, non ancorato ad individuate e prestabilite settorialità come il riferimento inserito in quest'ultimo disposto normativo lascia ad intendere.

In merito a ciò che l'art. 2392 c.c. prescrive, in ragione di quanto si evince con riferimento alla graduazione di responsabilità di cui al primo comma, si rileva un problema di coordinamento tra l'inciso "specifiche competenze" e la previsione della responsabilità solidale.

Le due disposizioni sembrano in qualche modo contraddirsi in quanto se la prima determina un meccanismo di graduazione della responsabilità, la seconda ne sostiene la relativa negazione, imponendo un'eguale distribuzione del peso della medesima.

In ogni caso il fatto stesso che il legislatore abbia preso coscienza dei diversi livelli di competenze professionali non significa automaticamente che questa acquisizione debba utilizzarsi come causa di esclusione dalla responsabilità. Perciò la presa d'atto da parte del riformatore dei diversi livelli di competenze professionali non potrà, ipso facto, rilevare come esimente della solidarietà, poiché le cause di esclusione sono solo quelle indicate al termine del primo comma, nel secondo comma attraverso il richiamo dell'art. 2381 c.c. e al terzo comma, e non in questa parte della norma.

L'utilità di una siffatta precisazione sarà, allora, diretta ai fini della distribuzione interna del peso della responsabilità.

Le competenze di un amministratore rispetto ad un altro potranno assumere, infatti, opportuno spicco nell'ambito del riparto interno della responsabilità con riferimento alle azioni di regresso degli uni verso gli altri.

Essendo la responsabilità amministrativa eminentemente una responsabilità da inadempimento, l'attenzione dovrà appuntarsi sugli obblighi a contenuto specifico e a contenuto generico non adempiuti e non sull'eventualità che, a causa di scelte rivelatesi poi infruttuose, la società abbia contratto un danno, questo perché l'alea è carattere evidente nonché immanente all'attività d'impresa.

Apparirebbe quantomeno irragionevole e incongruente, infatti, un sistema che consentisse ai soci di godere, *sic et simpliciter*, dei frutti dell'attività gestoria quando questa rechi esiti positivi e, al contempo, di chiedere il risarcimento quando, diversamente, i benefici non vengano a prodursi.

Perciò a carico dei componenti il consiglio di amministrazione potrà elevarsi un'azione di responsabilità solamente nei casi di negligente gestione¹⁶⁰, di amministrazione in conflitto di interessi o di spregio agli altri doveri loro imposti, al di fuori di queste specifiche ipotesi al sindacato del giudice non sarà consentito muoversi.

¹⁶⁰ *Id est*, contraria al dovere generale di diligenza nell'adempimento.

*"Ma gli interessi privatistici sottesi alla business judgement rule, pur rimanendo i primi a venire in linea di conto, debbono trovare un temperamento nell'altra esigenza, dall'impronta nettamente pubblicistica, del corretto esercizio delle attività economiche, seppure questa debba riconoscersi in forma nettamente attenuata dopo la recente riforma del diritto societario. Quindi, l'insindacabilità dei singoli atti di gestione da parte del giudice non può sconfinare in un arbitrio che sia di pregiudizio per gli altri attori privati: in primis i creditori sociali, e subito dopo i terzi nella cui sfera giuridica possa interferire l'attività della società"*¹⁶¹.

In quest'ottica a mutare non è la preclusione originaria ad operare un sindacato sull'opportunità o meno di effettuare una data scelta, ma è l'angolo prospettico da cui si giudica la fattispecie: l'attenzione andrà cioè incentrata sul criterio di diligenza, ovvero non "se" una data operazione debba trovare applicazione, ma "come" l'amministratore abbia in merito agito.

Questo visuale consentirebbe di superare l'impasse che l'originaria formula del principio produceva in ordine alla responsabilità degli amministratori per i fatti di gestione, attribuendo una maggiore tutela agli interessi di quei soggetti variamente "toccati" dall'agire gestorio.

Quindi la *business judgement rule* permane come regola di fondo, tuttavia si fa ricorso, in via integrativa, alla clausola generale di amministrare con diligenza per consentire al giudice di effettuare di volta in volta una valutazione sugli atti amministrativi ai fini della responsabilità¹⁶².

2.2. La responsabilità solidale.

¹⁶¹ CONFORTI C., op. cit., pag. 365.

¹⁶² Il giudizio che l'autorità giudiziaria dovrà effettuare in merito sarà ex ante, senza perciò poter fare ricorso ad elementi di carattere presuntivo, saranno, quindi, precluse valutazioni effettuate ex post, inoltre non potrà estendersi all'opportunità e alla convenienza delle scelte gestionali, né elevare un giudizio di responsabilità a loro carico per il semplice insuccesso delle scelte gestionali. Quindi la sfera di discrezionalità ai giudici deferita è estremamente limitata nonostante le aperture rilevate in questo ambito.

L'art. 2392 c.c., nel configurare la responsabilità degli amministratori, dispone che: "*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, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

Da ciò si inferisce, in prima battuta, che il legislatore, nel dettare i termini della responsabilità, non ne ha innovato, rispetto alla previgente formulazione, il carattere solidale¹⁶³.

Orbene, ai sensi dell'art. 2392 c.c., la responsabilità non sorge per il solo fatto che "*si sia verificato un danno a carico della società e che questo sia in qualche modo riferibile alla condotta degli amministratori*"¹⁶⁴. Poiché è necessario un *quid pluris* identificato nel fatto che il singolo gestore abbia partecipato personalmente all'atto causativo del danno, o, nel diverso caso in cui non vi abbia partecipato¹⁶⁵, che questi non abbia fatto quanto poteva per contenere le derivazioni dannose a carico della società¹⁶⁶.

Perciò il *modus procedendi* afferente al giudizio di responsabilità presenta un carattere maggiormente articolato, in quanto di responsabilità per colpa e fatto proprio trattasi. Per cui, affinché al singolo amministratore venga ascritta la responsabilità è necessario accertare che ricorrano tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, quindi il fatto, il danno, il nesso di causalità tra il danno ed il fatto e, infine, l'elemento soggettivo.

¹⁶³ In questo senso v. IANNIELLO B., *La Riforma del diritto societario*, Milano, 2003, pagg. 72 – 73.

¹⁶⁴ GALGANO F., *op. loc. cit.*, pag. 279.

¹⁶⁵ In quanto, per esempio, si trattava di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o in concreto assegnate ad uno o più amministratori, id est, ai sensi del comma primo dell'art. 2392 c. c.

¹⁶⁶ Il caso, cioè, di cui al secondo comma dell'art. 2392.

Il fatto è identificato nella condotta che ha cagionato il danno.

Esso può consistere in una condotta attiva, ossia in un *facere*, o, diversamente, in una condotta omissiva, id est, in un *non facere*.

Con riferimento alla *subiecta materia* sarà necessario assodare che il fatto sia collegato alla violazione di un dovere ascritto all'amministratore o da questi posto in essere con una modalità non conforme al canone di diligenza richiesto dalla legge o dallo statuto.

Quel danno, cioè, deve essere una conseguenza immediata e diretta dell'azione od omissione gestoria e qui troverà applicazione l'art. 1223 c.c.¹⁶⁷

Il danno, come risulta dall'interpretazione civilistica, è la lesione di un interesse.

Nel diritto societario esso sarà l'espressione di un complessivo peggioramento della situazione patrimoniale della società.

Come tale, quest'ultima dovrà essere risarcita da chi ha posto in essere l'illecito.

Il risarcimento dovrà essere comprensivo e della perdita subita, e del mancato guadagno ovvero sia del *damnum emergens*, sia del *lucrum cessans*.

Il nesso causale è il collegamento tra la condotta di chi ha cagionato il danno e l'evento, cioè la lesione di un interesse.

Ai sensi del diritto non sarà bastevole che il fatto sia una delle tante conseguenze che hanno contribuito a cagionare l'evento, ma è necessario verificare di volta in volta che quel danno sia la conseguenza immediata e diretta di quel fatto.

Ora un fatto sarà giuridicamente causa di un danno quando, secondo un giudizio di probabilità, questo sarebbe la conseguenza prevedibile ed evitabile di quel fatto.

Per cui il rapporto di causalità sussisterà tutte le volte che non sia improbabile che l'azione produca l'evento.

¹⁶⁷ Il testo dell'art. 1223 rubricato "risarcimento del danno" dispone che: "il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Quindi, de facto, la condotta deve essere la condicio sine qua non dell'evento e troverà applicazione il criterio del giudizio *ex ante* in concreto, in base al quale, con un procedimento di eliminazione mentale effettuato a fronte delle circostanze presenti al momento dell'azione od omissione, occorre accertare se, rimuovendo la condotta dell'amministratore, quel dato evento avrebbe o meno avuto origine.

In quanto all'elemento soggettivo va detto che la responsabilità deve essere collegata al fatto colposo proprio, ai sensi della responsabilità soggettiva¹⁶⁸. In merito opererà il disposto dell'art. 1218 c.c.¹⁶⁹ dettato con riferimento alla responsabilità contrattuale¹⁷⁰.

Gli amministratori, quindi, non rispondono per il solo fatto di essere membri di un organo collegiale, *id est*, la solidarietà non opera in questo senso, ma è necessario che al singolo gestore possa imputarsi lo specifico inadempimento. Quindi l'imputazione solidale va verificata con riferimento al caso concreto e in relazione alla posizione occupata all'interno del consiglio di amministrazione, perché, in forza di questa, gli obblighi che sui singoli consiglieri gravano si articoleranno diversamente.

2.3. L'equiparazione delle deleghe atipiche a quelle formali.

Nell'innovare la disciplina della responsabilità il legislatore è intervenuto anche sul tema delle deleghe di funzioni.

¹⁶⁸ Come detto nel primo capitolo, la nuova formulazione dell'art. 2392 meglio si attaglia ad una responsabilità di tipo soggettivo di quanto la previgente potesse consentire. La previsione del generico dovere di vigilanza giocava come una sorta di responsabilità oggettiva in forza della quale gli amministratori deleganti rispondevano in solido delle colpe dell'amministratore delegato a titolo di culpa in vigilando.

¹⁶⁹ L'art. 1218 c.c. dispone in merito all'inadempimento del debitore, è rubricato "responsabilità del debitore" e richiede che: "*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*".

¹⁷⁰ Come già precisato l'amministratore risponde per responsabilità contrattuale.

L'aliquid novi consiste nell'aver equiparato la delega formale a quella di fatto ai fini dell'esclusione dalla responsabilità dei deleganti.

Il primo comma stabilisce che i soggetti preposti all'amministrazione societaria *"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"*.

Ergo la norma riferisce espressamente di attribuzioni proprie e di funzioni in concreto attribuite.

In ordine alle prime ciò che determina incertezze a livello interpretativo¹⁷¹ è l'inserimento del termine "proprie" riferito alle attribuzioni del comitato esecutivo, giacchè le attribuzioni di cui quest'ultimo è stato insignito sono stabilite in via statutaria a norma dell'art. 2381 secondo comma¹⁷² c.c. e non *ex lege* come la norma lascia intendere¹⁷³.

È tuttavia in merito al secondo riferimento, *id est*, alle "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" che si coglie la portata dell'intervento riformatore¹⁷⁴.

Come per l'assunto precedente, anche questa formulazione non è foriera dal sollevare dubbi, nella specie, in relazione al termine "in concreto"¹⁷⁵.

¹⁷¹ Tra coloro che hanno sollevato critiche in merito v. SANDULLI M., op. cit, pag. 474, il quale sottolinea che "va precisato che, nonostante i termini utilizzati non vi sono attribuzioni proprie del comitato esecutivo, cioè attribuzioni previste dalla legge, in effetti ai sensi dell'art. 2381, è il consiglio che può delegare proprie attribuzioni al comitato, se lo statuto lo prevede".

¹⁷² Il disposto dell'art. 2381 secondo comma sancisce che: *"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"*.

¹⁷³ Il primo comma dell'art. 2392 c.c. farebbe pensare che sia la legge ad aver disposto una serie di ipotesi in cui il consiglio di amministrazione si spoglia delle proprie funzioni per attribuirle al comitato esecutivo, cosa che non ha luogo.

¹⁷⁴ Questo inciso è frutto della riforma, in quanto nella precedente formulazione della norma non appariva che il riferimento alle "attribuzioni proprie del comitato esecutivo", che peraltro oggi va letto in conformità a quanto sancito dal nuovo art. 2381 c.c. in tema di organi delegati.

¹⁷⁵ argomento v. in luogo di altri SANDULLI M., cit., pag. 474, in cui si legge che "non si intende cosa possa significare l'espressione "in concreto": le funzioni o sono state attribuite o no; il riferimento al "concreto" probabilmente può riguardare la definizione della delega, mentre non si può pensare ad un esercizio di fatto, che di per sé escluderebbe l'esistenza della delega".

Tuttavia, nel procedimento di ricostruzione della voluntas legis sembra che la formulazione debba essere ricondotta nel senso di un'equiparazione delle deleghe formali, cioè attribuite in conformità ai dettami di legge, alle deleghe cosiddette "atipiche", ovvero assegnate con una procedura difforme da quella normalmente disposta ex art. 2381 c.c.¹⁷⁶, equiparazione comunque effettuata ai soli fini della distribuzione della responsabilità tra i componenti l'organo gestorio.

In questo modo il legislatore si pone nell'ottica di una sensibile espansione dell'area di responsabilizzazione dei deleganti a sfavore dei soggetti investiti vuoi di delega "formale", vuoi "atipica", in linea con quanto disposto in tema di ripartizione della responsabilità tra organi delegati e organi deleganti.

Infatti, è da segnalare che, per la prima volta, è stato disciplinato l'istituto delle deleghe de facto, e, parimenti il riconoscimento del medesimo ha avuto luogo non nel disposto di cui all'art. 2381 c.c. che si occupa dell'attribuzione delle deleghe all'interno del consiglio, ma nell'art. 2392 c.c.

La collocazione del riferimento nell'ambito del codice è significativa dell'*intentio legis* di dare rilievo alla figura dei delegati ai fini della responsabilità, anche quando la loro nomina non scaturisce da un formale atto di investitura¹⁷⁷.

Come Autorevolmente rilevato: *"la circostanza che una delle ipotesi di disattivazione sia costituita dalla delega autorizzata induce infatti a ricondurre l'altra, quella appunto delle attribuzioni in concreto di determinate funzioni, all'ambito delle cosiddette deleghe interne. La locuzione "in concreto" deve dunque essere interpretata nel senso, appunto, di attribuzione in mancanza di una delega autorizzata: ma forse può esserlo addirittura nel senso di attribuzione di determinate funzioni in assenza della adozione di una formale deliberazione da parte del consiglio di*

¹⁷⁶ NAZZICONE L., op. cit., pag. 29, per la quale "è da notare che l'art. 2381 c.c. non fa riferimento alle cosiddette deleghe atipiche o interne o di fatto, ossia quelle che, nella prassi, il consiglio di amministrazione utilizza al fine di ripartire specifici incarichi al suo interno, senza che ciò trovi fondamento nello statuto o in una deliberazione assembleare, né persino, a volte, in un'espressa deliberazione consiliare".

¹⁷⁷ Dell'istituto in analisi non viene fatta menzione neppure nel disposto dell'art. 2389 c.c.

amministrazione, la quale allora sembrerebbe risultare non necessaria al fine di consentire un esercizio disgiunto del potere di gestione. Al contrario, essa deve ritenersi ancora necessaria al fine di completare la ripartizione di funzioni, imponendo a ciascun amministratore il divieto di ingerirsi nella sfera di competenza riservata ad altri"¹⁷⁸.

*Infatti "l'intento del legislatore è stato quello, nemmeno tanto nascosto, di contrastare un orientamento rigoroso di dottrina e di giurisprudenza, secondo cui le deleghe di fatto non esonerano da responsabilità, una volta che l'organo amministrativo non si sia avvalso del sistema formale delle deleghe previsto dall'art. 2381 c.c.; mediante una propria deliberazione"*¹⁷⁹.

Tuttavia, fermo il riconoscimento dell'istituto delle deleghe atipiche ai fini della responsabilità, questo non postula a favore dei delegati l'esonero, in toto, da responsabilità, atteso quanto disposto dal secondo comma dell'art. 2392 c.c.

Infatti, anche in presenza di una delega interna, i membri dell'organo consiliare saranno considerati solidalmente responsabili se non si sono attivati per impedire il compimento dell'atto dannoso o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Vengono quindi poste sullo stesso piano la figura dell'amministratore delegato e la figura dell'amministratore munito di delega atipica: entrambe giovano, infatti, ai sensi dell'esonero dal principio solidaristico, ma, *iuris et de iure*, suddetta esclusione opererà solo nel caso in cui gli amministratori delegati non abbiano omissis di provvedere ex art. 2392 c.c. secondo comma.

¹⁷⁸ FERRI G. JR, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministratore nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, pagg. 41 – 42.

¹⁷⁹ NAZZICONE L., cit., pag. 189.

2.4. L'amministratore di fatto.

Altra figura rilevante ai fini dell'accertamento del titolare della responsabilità è l'amministratore di fatto. Partendo dall'inquadramento di tale soggetto, questo si differenzia dall'amministratore di diritto o formale, la contrapposizione rileva nella diversa posizione rivestita, si consideri infatti che l'amministratore di fatto è colui che di fatto gestisce gli affari della società, pur non rivestendo all'interno della stessa cariche formali.

Le norme sulla responsabilità quindi si ritengono applicabili anche a tali soggetti, cioè a coloro che nonostante l'irregolarità della nomina o l'intervenuta causa di decadenza della carica, continuano di fatto ad esercitare le loro funzioni, sulla base di un mandato tacito ad amministrare¹⁸⁰. In pochi termini sono coloro i quali si sono inseriti nella macchina di gestazione, pur in carenza di una investitura da parte della società.

Spesso le due figure, di diritto e di fatto, coincidono, qui interessa il caso in cui la società dia un incarico legalmente ufficiale di amministrazione a soggetti carenti di patrimonio sufficiente per sostenere le responsabilità che possono sorgere nella gestione societaria, questo per far ricadere eventualmente la responsabilità su soggetti diversi da quelli effettivamente responsabili.

In poche parole, quando è presente un amministratore di fatto, opposto a quello di diritto, la persona che detiene il controllo della società, quindi che assume le decisioni da compiere, non coincide con quella che legalmente dovrebbe assumere il controllo e averne responsabilità.

In tema di responsabilità la giurisprudenza pone l'accento sul concreto esercizio delle funzioni e chi effettivamente compie atti societari, ci si

¹⁸⁰ Tribunale di Roma, 24 ottobre 1986.

pongono domande su chi possa gestire i rapporti con le banche ad esempio, chi contratta, chi gestisce i lavoratori e così via.

Anche in questo caso per rilevare la responsabilità ci si attiene al criterio introdotto dalla riforma, ossia valutare se l'amministratore di diritto privo di poteri di gestione abbia avuto consapevolezza degli illeciti commessi dall'amministratore di fatto e se vi abbia indirettamente consentito.¹⁸¹ L'attività svolta dall'amministratore di fatto la si considera pregnante ed equivalente a quella dell'amministratore di diritto perché non è occasionale né di natura lata o eterogenea

Si veda infatti la massima qui di seguito riportata a mente della quale: *“ le norme che disciplinano l'attività degli amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire un corretto svolgimento dell'amministrazione della società, sono applicabili non soltanto ai soggetti immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratori, ma anche a coloro che si siano, di fatto, ingeriti nella gestione della società in assenza di qualsivoglia investitura da parte dell'assemblea, sia pur irregolare o implicita, così che i responsabili delle violazioni di dette norme vanno individuati, anche nell'ambito del diritto privato (come quello del diritto penale ed amministrativo) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate”*¹⁸².

Per completezza quest'ulteriore intervento giurisprudenziale conferma quanto affermato dalla S.C. *“ è assoggettabile all'azione di responsabilità, ai sensi dell'art. 146 l. fall., 2393 e 2394 c.c., anche l'amministratore di fatto identificabile in colui che effettivamente abbia gestito la società in assenza di una nomina in forma legale o nell'ipotesi in cui il conferimento*

¹⁸¹ Nella specie la pronuncia aveva ad oggetto un direttore editoriale di una s.p.a. editrice di un periodico settimanale. Cassazione Civile, 27 febbraio 2002, n. 2906, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 952.

¹⁸² Cassazione Civile, 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 167.

dell'incarico sia avvenuto con una delibera assembleare irregolare o non pubblicata nelle forme di legge, oppure quando l'investitura sia ricollegabile al contegno dei soci, in modo da determinare l'inserimento di tale organo amministrativo nella funzione, con conseguente assunzione degli obblighi connessi all'ufficio assunto”¹⁸³.

2.5. L'esonero da responsabilità

Interessante a questo punto della discussione valutare i casi in cui la responsabilità per fatti illeciti non viene estesa agli amministratori.

In linea generale si è visto come i precetti di cui all'art.2392 c.c. siano di ampio e generico respiro.

Tuttavia, parte della dottrina ritiene che le disposizioni letterali contenute nell'articolo facciano riferimento esclusivamente ai casi in cui l'amministratore sia presente e partecipi alle decisioni collettive del collegio o del comitato esecutivo.

Più specificatamente si ci interroga se sia esente da colpa colui che abbia fatto specifica menzione del suo dissenso sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone notizia immediata al collegio sindacale.

Se si accoglie questa teoria maggioritaria della dottrina, si intuisce prima di tutto come questa ipotesi liberatoria non sia comunque estendibile a favore dell'amministratore che mostri dissenso ma cui sia investito di obblighi previsti nei confronti di altri, come nei casi degli artt. 2381 e 2391 c.c., sussistendo comunque un obbligo di intervento.

Si è poi posta l'ipotesi di una c.d. clausola di esonero da responsabilità, alcuni la ritengono non valida, altri la considerano non applicabile ai soli casi in cui

¹⁸³ Tribunale di Messina, 14 dicembre 1998, in *Fallimento*, 1999, 674.

una norma abbia imposto specifici obblighi verso terzi, quindi nei casi in cui scaturisce dolo o colpa.

Insieme a questi quesiti se ne pone un altro, se possa essere prevista o meno l'accollo da parte della società delle spese per responsabilità civile dell'amministratore.

In vista di tanti dubbi, una cosa è stata prevista certa dalla giurisprudenza, ossia l'invalidità dei c.d. patti parasociali, stipulati internamente ad una società, volti ad esentare dall'azione di responsabilità.

Si noti come gli amministratori comunque sono obbligati comunque dall'eventuale inadempimento della tenuta della contabilità e formazione del bilancio; infatti l'attività propria delle società di revisione o dal revisore singolo, sono comunque tenute alla subordinazione del controllo da parte degli amministratori.

Quello che si afferma è che un eventuale esito positivo della revisione, non esonera la situazione dalla possibile presenza di irregolarità, e queste se presenti sono comunque fatte risalire ad un dovere degli amministratori, il quale è colpevole di non essersi attivato per eliminare le irregolarità.¹⁸⁴

La giurisprudenza di legittimità evidenzia come un amministratore è effettivamente colpevole della propria omissione, e non delle attività altrui svolte in precedenza, non avendo informato il collegio per le gravi irregolarità conseguite nelle preventive gestioni.

2.6. Azione sociale di responsabilità: profili generali

Fondamentale per una trattazione completa è introdurre, una volta esaminate le modifiche generali introdotte dalla riforma e sotto quali punti di vista sorge

¹⁸⁴ Suprema Corte nella sentenza n. 9193 del 7 maggio 2015

la responsabilità di tali organi, ora è dovere trattare del come viene denunciata.

Riprendendo l'assunto dell'art. 2393 c.c. recante l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, si afferma che questo viene discusso in assemblea, anche quando la società è in stato di liquidazione.

In queste delibere, di competenza dell'assemblea ordinaria, non avranno ovviamente voce gli amministratori considerati responsabili, in forza del conflitto di interessi e della personalità della responsabilità.

Se l'azione di responsabilità non ha ad oggetto la violazione di determinati obblighi specifici previsti dallo statuto o da legge, si sfocia negli illeciti extracontrattuali¹⁸⁵.

La delibera è sottoposta a tradizionale convocazione con precisazione dell'argomento della responsabilità. L'assemblea può essere convocata:

- Se ne fa richiesta la minoranza qualificata del decimo del capitale sociale
- A richiesta del collegio sindacale che abbia ricevuto o effettuato denuncia
- Dal tribunale in specifici casi previsti da legge.

Si tenga presente che se l'argomento di responsabilità non è introdotto nell'ordine del giorno, lo si può inserire in un momento successivo o è data facoltà ai soci di rinviare l'assemblea¹⁸⁶. Questo è generica deroga al principio di informazione preventiva dei soci, la quale ha subito temperamenti dalla riforma contenendola con l'introduzione di alcuni limiti che qui non giova elencare per evitare dispersioni concettuali.

Nella delibera vanno ovviamente indicati non solo gli atti c.d. di mala gestio, ma anche la trattazione precisa dei comportamenti ritenuti contrari ai doveri

¹⁸⁵G. BIANCHI, *Amministratori e sindaci – Gli adempimenti e le responsabilità*, Torino, 2010.

¹⁸⁶Al riguardo si veda Trib. Marsala, 1° aprile 2005, in *Società*, 2006.

imposti agli amministratori, quindi determinare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità¹⁸⁷.

La delibera assembleare ha effetto immediato, anche l'eventuale impugnazione da parte degli amministratori oramai riconosciuta dalla giurisprudenza come legittima, non provoca effetto sospensivo dell'azione.

Come prima anticipato la promozione dell'azione di responsabilità può essere mossa da parte del collegio su maggioranza dei due terzi. In precedenza, c'era una dubbia accettazione di questa possibilità essendo i sindaci promotori dell'azione soggetti anch'essi ad un possibile coinvolgimento nella colpa di non aver svolto i propri doveri di controllo.

Si consideri che nella pratica questo iter trova poco riscontro perché i componenti del collegio sono espressione della maggioranza dell'assemblea di cui fanno parte gli amministratori.

In caso di omessa attivazione dell'esercizio di delibera sulla responsabilità sorge in capo ai sindaci la colpa per omissione dei doveri di controllo.

L'azione successiva alla delibera assembleare viene poi esercitata in giudizio dai legali della società.

Esito del voto favorevole di un quinto del capitale sociale è quindi quello della revoca degli amministratori sottoposti alla delibera.¹⁸⁸ Si evita così, in forza di tutela cautelare, che l'amministratore colpevole continui a gestire le attività di impresa, a questo subentrano i nuovi amministratori sostituiti direttamente e contestualmente dall'assemblea ex. 2393 comma 5 c.c.

Ai sensi del medesimo articolo e nel comma successivo la società può provvedere per rinunciare all'azione, accordando sull'ammontare di un

¹⁸⁷Cass. Civ. Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669.

¹⁸⁸ Come specifica Cass. Civ., Sez. I, 7 ottobre 2010, n. 20826, in *Diritto&Giustizia*, 2010

determinato risarcimento, subordinato alla presenza di un'altra delibera assembleare, in caso contrario la delibera sarà affetta da nullità assoluta e insanabile¹⁸⁹.

Altri presupposti sono la presenza di un danno al patrimonio della società causato dall'amministratore, la delibera deve contenere dettagliatamente gli inadempimenti e gli atti di mala gestio e la delibera non deve avere opposizioni da minoranze qualificate.

2.7. Il profilo discrezionale nelle attività di gestione.

Il legislatore impone agli amministratori di gestire l'impresa nel rispetto degli obblighi imposti da precetti normativi, in tema di responsabilità a riguardo emerge un ulteriore profilo.

Dottrina maggioritaria afferma che deve ritenersi compatibile nel nostro ordinamento la tesi che limite il giudice in sede giurisprudenziale dal sindacare nel merito le scelte effettuate dall'amministratore. In poche parole, può sindacare sull'omissione dell'obbligo, ma non sulle adozioni, seppur risultanti erronee, poste dal soggetto.

Possono essere sindacate le modalità di esercizio e il loro rispetto agli obblighi specifici, non si valuta quindi se queste decisioni abbiano o meno portato a risultati positivi e richiesti dalla società.¹⁹⁰

La dottrina minoritaria, per contro, ha fatto notare come però un errore considerato grave ed estremamente rischioso possa effettivamente rilevare come violazione del dovere dell'amministratore, il cui scopo precipuo ricordiamo essere la gestione dell'impresa, quindi, nella maggior parte delle

¹⁸⁹ Cass. Civ., 1° ottobre 1999 n. 10896

¹⁹⁰ CORDOPRATI M., *La Business Judgment Rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 129.

società, massimizzare il profitto e la distribuzione degli utili. Qualsiasi mossa sia inequivocabilmente svantaggiosa o lontana dal conseguire ciò dovrebbe essere considerato indice di violazione.¹⁹¹

La giurisprudenza quando ha ritenuto che *“la distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito conduce ad escludere che gli amministratori possano essere chiamati a rispondere degli errori di gestione. In questa prospettiva, si è sottolineato che discrezionalità vuole dire libertà di identificare le scelte, senza esonerare l’amministratore dall’osservanza del dovere di diligenza. Pertanto, se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita”*.¹⁹²

Importante è comunque comprendere che la Suprema Corte, pur aderendo a questo orientamento, ha specificato che queste scelte non opportune e rischiose rientranti nell’ambito discrezionale, seppur teoricamente non sindacabili nel merito dal giudice, possono comunque essere rimproverate per essere risultato di scarsa diligenza nel valutare i limiti di rischio dell’attività che si vuole porre in essere.¹⁹³

Sotto il lato di legittimità interessa però il modo in cui le scelte sono state ponderate ed assunte, quindi ancora una volta, non la decisione in sé, ma nel caso essa provochi dei danni, rilevante è sicuramente l’iter che ha portato ad assumere una scelta rispetto ad un’altra.¹⁹⁴ Questo ruolo ovviamente spetta al giudice che valutando il processo di decisione ha l’obbligo di integrare la scelta di gestione effettuata nella cornice di principi che abbraccia l’attività economica, come la liceità, razionalità e proporzionalità. Individuare se l’amministratore abbia o meno assunto le informazioni sufficienti per

¹⁹¹ G.E. COLOMBO -G.B. PORTALE, op.cit. pg.365.

¹⁹² Cass. Civ. 23 marzo 2004, n.5718, in *Società*, 2004.

¹⁹³ Cass., 12 marzo 2012, n. 3902, in www.dejure.it, per la quale *“non dunque le scelte imprenditoriali, bensì il difetto di un elementare criterio di diligente cautela in ordine alle relative modalità attuative e ciò che agli amministratori è stato rimproverato”*; Cass. Civ. 10 febbraio 2013, n. 3409.

¹⁹⁴ Cass. Civ., 2 febbraio 2015, n.1783.

svolgere il lavoro tecnico; l'amministratore risulterà certamente responsabile nel caso in cui abbia assunto una decisione irrazionale per il perseguimento dell'interesse sociale.

Ne consegue che il *“giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può investire le scelte di gestione e le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e quindi all'eventuali omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di tipo operata in quelle circostanze e con quelle modalità”*.¹⁹⁵

3. La responsabilità dei sindaci e azioni di responsabilità nei loro confronti ex art. 2407 c.c.

Conclusa la panoramica sulle esperienze che riguardano gli amministratori, è bene ora introdurre il discorso per quanto riguarda i sindaci e, in generale, i componenti degli organi di controllo, le norme di riferimento sono l'art. 2403 c.c., disposizione centrale, che individua i doveri del collegio sindacale (ma che delinea in modo alquanto generico l'oggetto del controllo) e l'art. 2407 c.c., che specifica la responsabilità dei sindaci, commisurandola alla professionalità e alla diligenza richieste dalla natura dell'incarico; per le società quotate la norma di riferimento è l'art. 149 d.lgs. 58/98¹⁹⁶.

Anche per i componenti gli organi di controllo il meccanismo di ascrizione della responsabilità a titolo di concorso si fonda solitamente sull'art. 40 cpv.

¹⁹⁵ Cfr. Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 dicembre 2015.

¹⁹⁶ LOFFREDO E., *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 630 ss.

c.p.: tale possibilità, peraltro ampiamente sfruttata dalla prassi giurisprudenziale¹⁹⁷, ha determinato un indubbio aumento dello stato di rischio penale connesso allo svolgimento delle funzioni sindacali¹⁹⁸.

Il problema più rilevante rimane però quello di individuare in modo analitico e non generico quali siano le attività che in concreto i sindaci devono attuare per impedire eventuali azioni delittuose degli amministratori.

In tal senso la giurisprudenza più recente ha stabilito un limite importante: benché ai sindaci sia fatto obbligo di effettuare controlli di legalità sugli atti e sui documenti amministrativi, nonché di accertare il riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile, non è in alcun modo previsto che ai sindaci competano poteri di amministrazione attiva.

Con la conseguenza che non sono riconosciuti ai componenti gli organi di controllo poter per imporre agli amministratori comportamenti corretti, o per sostituirsi agli stessi¹⁹⁹.

L'azione di responsabilità contro i sindaci è disciplinata dall'art. 2407²⁰⁰. Il testo della norma dispone che "*i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono solidalmente responsabili della verità delle loro attestazioni e devono*

¹⁹⁷ Cassazione Penale, sez. V., 16 aprile 1992, Annibaldi.

¹⁹⁸ STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci id società per azioni*, p. 533; MELCHIONDA A., *La responsabilità dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. Pen.*, 2000, p. 47 ss; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni*, Milano, 2003 e la chiara sintesi di LA ROSA M., *Il controllo nelle società per azioni: profili penalistici*, in AA.VV., *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di SIRACUSANO P., Torino, 2007, p. 87 ss; MAZZOTTA G., D'AVIRRO A., *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*, Milano, 2006; GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 597 ss.; ID, *Responsabilità penale dei sindaci per i reati degli amministratori*, in *Dir. prat. Soc.*, 2007, p. 6 ss.

¹⁹⁹ Cassazione Sezione V penale, 12 novembre 2001, Vaccaro, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 10, p. 1251 ss.; con nota di ARDIA P., *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per omesso impedimento dei reati degli amministratori*.

²⁰⁰ La norma ha contestuale applicazione nel duplice ambito delle società per azioni quotate e delle s.p.a. non quotate, attesa l'interpretazione dell'art. 154 t.u.f., il quale, nel definire le norme non applicabili al collegio sindacale delle società quotate non menziona l'art. 2407, da qui se ne deduce, a contrario, la sua capacità regolamentativa anche nell'azione di responsabilità avverso i sindaci delle società della legge Draghi.

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, 2394 bis e 2395 c.c. "

L'impianto strutturale, immutato nell'insieme, registra due sole modifiche situate l'una al primo comma, con riferimento all'articolazione della diligenza, l'altra posta all'ultimo comma, con significativo aumento delle norme che all'azione di responsabilità dei sindaci possono applicarsi. L'esiguità delle variazioni apportate al *thema de qua* si scontra con la complessità delle alterazioni che l'ossatura dell'organo sindacale ha subito per effetto della riforma e che paradossalmente non hanno inciso sul tenore della norma²⁰¹.

Se da un lato le incombenze e le attribuzioni dei sindaci sono state oggetto di riformulazione, dall'altro, l'azione di responsabilità che dai predetti elementi trae fondamento, conserva integro il proprio regime.

L'architettura dell'istituto pertanto continua ad essere sorretta dai "pilastri portanti" che contrassegnavano la formulazione precedente, in *prima facie*, dalla violazione dei doveri che i sindaci sono tenuti ad adempiere con diligenza (anche se non è più la diligenza del mandatario, ma la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico), cui si è aggiunta la professionalità.

Permangono altresì la bipartizione della responsabilità in esclusiva e concorrente con quella dei gestori, di cui ai primi due commi, così come l'applicazione delle norme sulle azioni di responsabilità dell'organo

²⁰¹ In argomento v. Relazione al decreto di riforma, § 6 III. 6 in cui viene precisato che: "sebbene la norma relativa alla responsabilità dei sindaci abbia subito solo poche modifiche (art. 2407), l'ambito della responsabilità risulta meglio definito e sostanzialmente ristretto".

amministrativo (anche se a fianco dei già citati artt. 2393 e 2394 c.c., ora figurano il 2393 bis, 2394 bis e 2395 c.c., in quanto compatibili).

Questa sostanziale identità di contenuti che si registra nel passaggio dalla previgente all'attuale formula non è scevra dal suscitare qualche perplessità²⁰², attesa l'avvenuta rivisitazione delle linee di fondo dell'organo. Degni di nota sono i cambiamenti apportati ai requisiti di indipendenza, imparzialità e professionalità, ridefiniti nei tratti caratterizzanti, avendo il legislatore disposto, per i componenti del collegio, specifici requisiti di professionalità di cui all'art. 2397 c.c., secondo comma e contestualmente rafforzato i requisiti di indipendenza, come si evince dall'art. 2399²⁰³c.c.

Anche il ruolo del collegio sindacale è stato ridelineato, disciplinando i doveri in una norma distinta da quella che ne disciplina i poteri (rispettivamente all'art. 2403 e 2403 bis c.c.).

Inoltre, al fine di assicurare all'organo *de quo* una tempestiva informazione sull'evoluzione della gestione sociale, è stato ritoccato il disposto di cui all'art. 2405 c.c., laddove la prescrizione dei sindaci di assistere alle riunioni del comitato esecutivo è stata commutata da mera facoltà in obbligo.

Ancora, i poteri di ispezione e controllo strumentali all'esercizio del controllo stesso, ed i poteri cosiddetti reattivi o comminatori²⁰⁴, funzionali alla restaurazione della legalità, del rispetto dello statuto e della corretta amministrazione, sono stati sensibilmente accentuati, così da consentire ai

²⁰² Sul punto v. amplius AMBROSINI S., *Commento all'art. 2407*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, I, pag. 914, il quale rileva criticamente che: "*la riforma non si è dunque fatta carico delle pur fondate critiche da tempo mosse, non solo dalle categorie professionali interessate ma anche dalla dottrina, all'inflessibile (e talora invero "meccanica") applicazione delle regole della solidarietà passiva e del nesso eziologico [...] si è dunque persa l'occasione per temperare l'eccessiva rigidità insita nel sistema*".

²⁰³ Per le società quotate sul punto si veda l'art. 148 t.u.f., terzo comma.

²⁰⁴ In questo senso v. gli artt. 2377, secondo comma (sull'impugnazione delle delibere assembleari), 2388 quarto comma (sulla legittimazione ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione), 2391, terzo comma (sull'impugnazione delle delibere nei casi menzionati dalla norma sul conflitto di interessi, qualora possano recare danno alla società), 2406 (sul potere di convocazione dell'assemblea, nei casi di omissione degli amministratori o, nei casi in cui ravvisi fatti di censurabile gravità e vi sia urgente necessità di provvedere) e 2409 (sul potere di denuncia al tribunale).

sindaci stessi di adempiere con più efficienza e funzionalità alle attribuzioni loro impartite.

In questo senso i sindaci possono procedere, anche *uti singuli*, ad atti di ispezione e controllo, nel cui espletamento, ai sensi del comma primo dell'art. 2403 bis c.c., possono avvalersi, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, di dipendenti ed ausiliari²⁰⁵.

È da segnalare l'ulteriore intervento sulla disciplina dei poteri conoscitivi, di cui all'art. 2403 bis, secondo comma c.c., ora informata sul modello offerto dall'art. 149 t.u.f. per l'attività di vigilanza dei componenti del collegio sindacale nelle società quotate²⁰⁶.

Con la riforma il legislatore ha altresì esteso al collegio sindacale il potere di denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.²⁰⁷. Detto collegio può così disporre di

²⁰⁵ Suddetta facoltà è tuttavia subordinata al rispetto di quattro condizioni che, nella specie, consistono nella scelta di dipendenti o ausiliari dei sindaci e non della società, nel fatto che il loro servizio è a carico e sotto la responsabilità dei sindaci stessi, nel rispetto delle cause di ineleggibilità e decadenza espresse nell'art. 2399 e, denique, che la loro funzione è limitata alle sole operazioni di ispezione e controllo. Rispetto alla formulazione precedente trovano conferma le prime tre condizioni, mentre l'ultima muta, atteso che in origine i dipendenti ed ausiliari potevano essere utilizzati "nell'espletamento di specifiche operazioni attinenti al controllo della regolare tenuta della contabilità e della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili". Ora, essendo a norma dell'art. 2409bis c.c. state sottratte al collegio sindacale le incombenze di controllo contabile, di conseguenza è stato modificato il tenore delle operazioni nelle quali può farsi uso dei dipendenti e dei sindaci. Questa possibilità è prevista anche per le società quotate, ai sensi dell'art. 151 t.u.f. commi 1 e 2.

²⁰⁶ A norma dell'art. 2403 bis, secondo comma, "il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale".

²⁰⁷ Anteriforma l'iniziativa di denuncia ex art. 2409 era ammessa ai sindaci delle sole società quotate, ai sensi dell'art. 152 t.u.f. primo comma, nel caso di sospetto di gravi irregolarità ascrivibili ai soli amministratori, ammettendo la possibilità del tribunale di revocare i soli amministratori. A norma del cui secondo comma, ad ulteriore rafforzamento del controllo giudiziario, viene conferito il potere di denuncia anche alla Consob, relativamente alle irregolarità commesse, questa volta, dal collegio sindacale. In ordine alla precedente disciplina v. in giur. Trib. Rimini, 23 luglio 2002, in Giur. comm., 2002, II, pag. 187, con Commento di G. CESARONI, in cui si legge: "qualora le gravi irregolarità gestionali non possono essere eliminate attraverso il ricorso agli strumenti interni alla società a disposizione del collegio sindacale, è dovere dei sindaci attivarsi per denunciare la mala gestio al p.m. ai sensi dell'art. 2409 c.c. per l'esercizio dei poteri di iniziativa allo stesso spettanti".

un valido strumento di reazione nel caso in cui vi sia "*fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate*"²⁰⁸.

Unitamente a ciò si consideri che ai sensi del novellato secondo comma dell'art. 2406²⁰⁹ c.c. i sindaci, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, qualora riscontrino la sussistenza di "fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere", possono convocare l'assemblea dei soci.

Attraverso le prescrizioni contenute nei sopracitati artt. 2409 e 2406 c.c. l'organo sindacale viene così dotato di poteri interdittivi più ampi rispetto al passato, tali da consentirgli un'effettiva capacità di reazione all'operato dei singoli gestori, in linea con le istanze da più parti avanzate sulla stringente necessità di accrescere e potenziare la funzione sindacale²¹⁰.

Necessità di accrescere e potenziare la funzione sindacale che raggiunge il suo *climax* con l'attribuzione, frutto dell'ultimo e recente intervento legislativo di cui alla legge sul risparmio, della legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità avverso gli amministratori.

In questi termini si viene a configurare una sorta di rivoluzione copernicana nell'ambito delle prerogative di cui il collegio sindacale risulta investito, posto che, in modo speculare al diritto tedesco, esso viene finalmente dotato

²⁰⁸ Art. 2409 primo comma.

²⁰⁹ In un articolo apparso sul Sole – 24 Ore il 13 giugno 2005, di ORLANDO L., dal titolo "*Abn Amro alza il tiro per l'OPA AntonVeneta*", si legge, come esempio del potere di convocazione del consiglio di amministrazione: "*l'offensiva di Abn Amro su AntonVeneta non è soltanto legata al prezzo proposto. Ieri, infatti, il collegio sindacale del collegio padovano ha convocato formalmente il "vecchio" consiglio di amministrazione della banca. "Il collegio, si legge in una nota, ha chiesto al presidente del consiglio di amministrazione Tommaso Cartone la convocazione d'urgenza del consiglio di amministrazione...già in carica al momento dell'assemblea del 30 aprile*".

²¹⁰ In argomento v. CASELLI G., Elogio, con riserve del collegio sindacale, in Giur. comm., 2003, I, pag. 262, il quale pone in luce come "nel progressivo potenziamento della funzione sindacale" il punto più saliente sia giocato dai "poteri reattivi, la cui tradizionale debolezza ha sempre costituito, insieme al deficit di indipendenza, il tallone d'Achille del collegio sindacale"

di uno strumento concreto di “sanzione” per rendere effettiva e tangibile la sua opera di controllo sulla gestione.

Perciò la formula dell’art. 2407 c.c. va letta tenendo presente il variegato complesso di *nova* mutate dalla riforma, le quali in misura più o meno marcata, direttamente o indirettamente, proiettano le rispettive rifrazioni sull’azione di responsabilità, costituendone il substrato normativo di riferimento.

Il collegio sindacale, infatti, in passato figurativamente accostato agli "*idoli biblici che habent oculos et non vident, habes aures et non sentiunt*"²¹¹, oggi come allora chiamato a tutelare l’interesse di tutti gli azionisti alla corretta gestione dell’impresa sociale cui essi partecipano, alla luce della riforma sembra, forse, destinato ad operare con un’efficacia ed un’incisività maggiori proprio in virtù dei mutamenti di cui è stato reso oggetto.

Tuttavia, benché il complessivo lavoro realizzato dal legislatore possa stimarsi di segno positivo²¹², ad un esame più attento e ponderato non sfuggono le svariate lacune che l’impianto codicistico palesa in più punti e che non si è provveduto a colmare con la riforma.

Il collegio sindacale che, *de iure condendo*, dovrebbe costituire il *front line* della vigilanza, la barriera contro cui l’illegittima gestione societaria viene, all’interno della società stessa, a scontrarsi e ciò prima ancora che il carattere

²¹¹ PIPA U., voce *Società anonima*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1903 – 1906, vol. XXI, pt. III, pag. 444.

²¹² Se, infatti, la legge delega n. 366 del 2001, richiedeva, all’art. 2 lettera b), di "definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali", la razionalizzazione delle incombenze sindacali, epurate dalle attribuzioni contabili, concorre in misura più o meno incisiva a realizzare quanto perseguito nell’ambito della legge delega. In questo senso la valutazione potrebbe essere di segno positivo, laddove la stessa Relazione al decreto di riforma parla di "ambito della responsabilità meglio definito e sostanzialmente ristretto". Va altresì tenuta in considerazione la rinnovata disciplina penalistica della responsabilità sindacale che il d. lgs. n. 61 del 2002 ha provveduto ad attenuare in termini di rigore. È stato oggetto di riformulazione il reato di false comunicazioni sociali, a norma degli artt. 2621 e 2622, inoltre il decreto ha abrogato l’illecito di divulgazione di notizie sociali riservate, di cui al previgente art. 2622, al posto del quale ha introdotto un’aggravante al reato di rivelazione del segreto professionale, qualora l’agente rivesta la qualitas di sindaco, come sancito dall’art. 622 c.p., ha inserito il reato di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, ex art. 2635.

endemico della *salus societatis* si manifesti esteriormente, è, invece, paradossalmente il primo a cadere.

In questi termini si colloca l'intervento da ultimo della legge sul risparmio, la quale, consapevolmente, ha provveduto a intervenire in senso più stringente a livello e di accertamento preventivo, e sanzionatorio, agendo *ex ante* al fine di minare in partenza gli eventuali illeciti e, potenziando, contestualmente, sia gli strumenti di difesa, sia di offesa, afferendo al collegio sindacale la legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità.

Pur tuttavia in questo rinnovato *humus* disciplinare lascia ancora qualche perplessità il mantenimento, senza alterazioni di sorta, del previgente regime di imputazione della responsabilità concorrente con gli amministratori, sul quale sarebbe stato opportuno intervenire, così da rendere l'intero impianto meno rigido²¹³.

3.1. I nuovi doveri del collegio sindacale.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità in cui possono incorrere i membri del collegio sindacale occorre, in via preliminare, partire dall'analisi della complessa gamma delle incombenze ed attribuzioni a questi soggetti ascritte.

Posto che nel modello di governance tradizionale il collegio sindacale costituisce l'organo deputato al controllo interno, ad esso sono tipicamente imputate molteplici funzioni di differente tenore, ma essenzialmente

²¹³ La responsabilità dei sindaci è generalmente legata all'omesso impedimento degli abusi compiuti dagli amministratori a danno del patrimonio sociale. Difficilmente si differenzia la responsabilità a seconda del contributo causale all'evento con eventuale gradazione della colpa, onde spesso verso la società e i creditori sociali, gli amministratori e i membri del collegio sindacale vengono chiamati a rispondere in solido per l'intero. Sul punto v. *ex aliis* JAEGER P. G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pag. 550, BERNABAI R., *Profili sostanziali e processuali dell'azione di responsabilità verso i sindaci*, in *Società*, 2000, pag. 993 e CESARONI G., *op. cit.*, pag. 195.

riconducibili a tre genera: di consulenza, di amministrazione attiva e di controllo²¹⁴.

È in ogni caso quest'ultimo a presiedere e caratterizzare l'attività del collegio e ciò nella duplice veste di controllo sulla gestione e di controllo contabile.

Tuttavia, in conseguenza della riforma, mentre la prima tipologia di controllo continua ad essere attratta nella sfera di competenza sindacale, la seconda vive carattere eccezionale, atteso che dal combinato disposto del secondo comma dell'art. 2403 c.c. con il terzo comma dell'art. 2409 bis c.c., questa residua, ove statutariamente previsto, solo per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, mentre in tutti gli altri casi è di spettanza dei revisori contabili²¹⁵.

²¹⁴ In argomento v. *amplius* DOMENICHINI G., *Commento all'art. 2403*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. II, pag. 748, il quale rileva il ruolo preminente della funzione di controllo, a dispetto della funzione amministrativa e della funzione di consulenza, entrambe aventi carattere residuale. Nella funzione di amministrazione attiva a carattere suppletivo sono ricondotte le disposizioni di cui all'art. 2385 terzo comma, in merito all'iscrizione della cessazione degli amministratori dalla carica entro trenta giorni nel registro delle imprese; all'art. 2386, quinto comma, in riferimento al compimento degli atti di ordinaria amministrazione, in caso di cessazione dalla carica di tutti gli amministratori e fino alla nomina dei nuovi. A queste possono affiancarsi la convocazione dell'assemblea, se tale convocazione è obbligatoria, in caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, ai sensi dell'art. 2406; la convocazione dell'assemblea, in caso di inerzia degli amministratori, nell'ipotesi di riduzione del capitale sociale per perdite, ex art. 2446; infine, l'effettuazione, quando i gestori non vi provvedano, delle pubblicazioni prescritte dalla legge, a norma dell'art. 2406 secondo comma. Diversamente le funzioni consultive ineriscono al parere sui compensi degli amministratori investiti di particolari cariche di cui all'art. 2389, terzo comma e al parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni rispetto agli aumenti di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, come previsto dal sesto comma dell'art. 2441.

²¹⁵ Sulla ratio sottesa alla devoluzione delle competenze contabili ai revisori nell'ambito delle società quotate v. DE ANGELIS L., *Il controllo dei sindaci sull'amministrazione nelle società quotate*, in *Società*, 1999, pag. 6, il quale ascrive alla voluntas legis di separare i controlli una serie di fattori, in prima battuta all'incapacità di singoli dottori commercialisti o ragionieri di esercitare un controllo contabile, specie nelle realtà societarie più complesse ed articolate, per altro verso, riporta la posizione delle società le quali mal sopportavano di "vedersi addebitati i costi che ne sarebbero derivati, poiché questi avrebbero integrato, nella sostanza, una duplicazione degli oneri che già esse incontravano per dotarsi del proprio autonomo servizio di *internal audit*". Infine rileva come "soprattutto l'accentuarsi delle azioni di responsabilità nei confronti dei membri dei collegi sindacali – ai quali nei primi decenni di applicazione del codice civile solevano venire risparmiati gli addebiti che, soprattutto dagli organi delle procedure concorsuali venivano abitualmente mossi ai soli amministratori – non rendeva più possibile l'esecuzione di controlli meramente formali,

Di conseguenza le disposizioni codicistiche di riferimento ineriscono precipuamente alla funzione di controllo sull'operato degli amministratori, residuando, quelle contabili, non più in termini generali, ma in aspetti di dettaglio ²¹⁶, quali l'obbligo di vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto contabile, ai sensi del primo comma dell'art. 2403 c.c., il consenso all'iscrizione dell'attivo del bilancio dei costi di impianto, di sviluppo e di pubblicità a utilità pluriennale e dell'avviamento, come disposto dall'art.

ma richiedeva una vigilanza più seria e meticolosa, a fronte della quale persistevano però compensi tariffari che a mala pena bastavano per pagare i premi e le coperture assicurative". Il legislatore comprese queste problematiche ha operato le modifiche alla disciplina dei collegi sindacali che sono confluite prima nella legge Draghi e successivamente nella riforma societaria.

²¹⁶ Perciò la traslazione delle competenze contabili non preclude il collegio sindacale dal compiere verifiche ed accertamenti in questo senso, "ma semplicemente... tali indagini e verifiche che esso resta pur sempre legittimato ad eseguire, non sono più fini a sé stesse, bensì sono sottese al perseguimento di altre finalità caratteristiche della funzione ispettiva e di controllo affidata in via esclusiva all'organo medesimo", sono parole di DE ANGELIS L., *op. cit.*, pag. 8. Nel medesimo senso, in ordine alle società quotate, v. i Principi di comportamento del collegio sindacale nelle società di capitali con azioni quotate nei mercati regolamentati redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti commerciali, del 2001, nella Norma 2.2 del Capo II, si legge che "l'attività cui è tenuto il Collegio Sindacale non può comunque prescindere dalla conoscenza degli aspetti contabili e di bilancio della società. Si deve, quindi, ritenere che al Collegio Sindacale permanga il potere autonomo di esame dei dati contabili e di bilancio... in considerazione del fatto che tale potere è strumentale sia all'attività di vigilanza prevista dalle lettere c) e d) del comma 1, art. 149, D. lgs. 58/98, sia all'attività da svolgere nell'ipotesi di denunce, ai sensi dell'art. 2408 c.c., di fatti censurabili riguardanti la contabilità di bilancio dove è necessario che i Sindaci possano svolgere autonomamente tutti i necessari controlli contabili e documentali". Così anche MONTALENTI P., *op. cit.*, pagg. 257 – 258, secondo il quale, seppur l'art. 154 t.u.f. primo comma neghi l'applicazione dell'art. 2429 secondo comma, comunque qualche competenza contabile residua in capo al collegio, "*in primo luogo [...] la riforma ha confermato un dovere di vigilanza sull'osservanza della legge e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione (art. 149, lett. a) e lett. b), t.u.f.) da cui pare difficile escludere la verifica del rispetto della normativa contabile, una rilevanza centrale nel diritto societario moderno, sia perché l'osservanza delle regole contabili è tra i profili primari dei principi di corretta amministrazione*", senza contare poi il dovere specifico di vigilanza sul sistema amministrativo – contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo a rappresentare correttamente i fatti di gestione, sul punto si veda anche il secondo comma dell'art. 153 t.u.f.. Tuttavia il carattere del controllo contabile ascrivito ai sindaci nelle società quotate differisce sensibilmente da quello delineato nel diverso ambito delle società non quotate, posto che si tratta di una vigilanza di "secondo grado", in quanto il collegio sindacale si configura come "controllore generale di ultima istanza" della correttezza dell'intero sistema contabile, vigilando sugli amministratori, artt. 149. e 150 t.u.f., sui preposti al controllo interno, art. 150 t.u.f., quarto comma, e, segnatamente sulla società di revisione, verso la quale gode di un potere sia preventivo, art. 159, primo comma, sia consuntivo, art. 159, secondo comma.

2426, nn. 5 e 6 c.c., il parere a norma dell'art. 2441, comma 6 c.c., sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni, ed infine, relativamente alla relazione all'assemblea sui risultati dell'esercizio²¹⁷ con le osservazioni e proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione, ex art. 2429, secondo comma²¹⁸.

La compiuta regolamentazione dei *duties* sindacali si attinge, anzitutto, dal disposto dell'art. 2403 c.c. e, segnatamente, da una frastagliata gamma di disposizioni all'interno del codice.

L'art. 2403 c.c. definisce i caratteri principali della mansione sindacale, la quale si concreta precipuamente in un dovere di vigilanza diretto in tre direzioni, "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".

La formula codicistica, se da un lato prende le distanze rispetto alla disciplina in vigore fino al 31 dicembre 2003, dall'altro, sotto molteplici punti di vista, si avvicina a quella disposta a favore delle società quotate dall'art. 149 t.u.f.²¹⁹. Infatti, venuti meno i riferimenti agli obblighi di accertamento sulla

²¹⁷ Diversamente da prima, la norma non richiede più che la relazione riferisca della "tenuta della contabilità".

²¹⁸ Il collegio sindacale deve predisporre con cadenza annuale una relazione che va depositata presso la sede sociale nei quindici giorni che precedono l'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio. Per mezzo di questo rapporto il collegio, ai sensi del predetto art. 2429 secondo comma per le società non quotate e, dall'art. 153 t.u.f. per quelle quotate, riferisce ai soci dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri, formula le sue osservazioni e proposte in ordine al bilancio di esercizio e alla sua approvazione, con particolare riferimento all'eventuale disapplicazione di una norma di legge incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società, ex art. 2423 quarto comma, e, ai sensi dell'art. 2391 bis, nelle società aperte riferisce sull'osservanza delle regole in tema di operazioni con parti correlate. In argomento v. PRESTI G. e RESCIGNO M., *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2005, vol. II, pagg. 168 – 169.

²¹⁹ La Legge Draghi costituisce l'antecedente diretto delle modifiche attuate. Sulla riforma delle società quotate v. CARATOZZOLO M., *I nuovi principi di comportamento per i sindaci delle società quotate: un primo commento*, in *Società*, 1999, pag. 1291, secondo il quale: "la legge di riforma ha configurato un collegio sindacale i cui membri sono nominati dall'intero azionariato (e non soltanto dal gruppo di controllo) il quale costituisce un organo *super partes* e la cui funzione fondamentale è di conferire ai soci e ai creditori ed agli stakeholders una sorta di assicurazione o garanzia (impropria) sulla correttezza del sistema di controllo interno e delle procedure amministrativo - contabili e sulla correttezza

regolare tenuta della contabilità sociale, sulla corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e sull'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2426 c.c. per la valutazione del patrimonio sociale, in virtù della sottrazione al collegio sindacale del controllo contabile, il testo del primo comma dell'art. 2403 c.c. sembra ora far eco a quello della legge Draghi.

Ergo la regolamentazione dei doveri sindacali si ricava dall'art. 149 t.u.f per le società per azioni quotate e dall'art. 2403 c.c. per quelle non quotate, seppur con differenze di molto mitigate.

L'azione di responsabilità che dai due sopraccitati disposti impinge, viene, invece, per ambedue le società a dedursi dal contenuto dell'art. 2407 c.c.

Il primo comma dell'art. 2403 c.c., nel dettare gli obblighi a contenuto generale che presiedono all'attività sindacale, impone al collegio di vigilare "sull'osservanza della legge e dello statuto"²²⁰.

La formula, simile a quella contenuta nel primo comma lettera a dell'art. 149 t.u.f., dispone in ordine al controllo di legalità²²¹.

e legalità della gestione di impresa [...] sono caratteristiche che avvicinano il collegio sindacale all'Audit Committee"

²²⁰ Sul punto v. PROVIDENTI S., *Commento all'art. 2403 c.c.*, in *La riforma del diritto societario, Società per azioni*, Milano, 2003, n. 5, pagg. 268 – 269, a mente del quale "sono state avanzate proposte volte ad individuare con più esattezza l'ambito delle norme coinvolte dal controllo di legittimità di competenza dei sindaci, ma tale ipotesi non ha avuto seguito probabilmente per le difficoltà di delimitare, ad esempio, le materie regolate dalla legge potenzialmente interessate dall'attività dell'impresa". La norma non riferisce come nel testo precedente di vigilare sull'osservanza dell'atto costitutivo, ma reca il riferimento allo statuto. In argomento v. COLANTUONI V., *Commento all'art. 2403*, in *La riforma delle società* a cura di M. SANDULLI e I. SANTORO, Torino, 2003, vol. I, pagg. 544 – 545. Egli analizza il cambiamento di termine e verifica le possibili conseguenze. In prima battuta il mutamento non sembra suscettibile di apportare alcuna modificazione a livello precettivo, se, tuttavia, lo si guarda da una prospettiva più ampia, tenendo a mente le linee direttive della riforma, quali in primo luogo l'aumento dell'autonomia statutaria "lo statuto diviene il momento di massima esplicazione" dell'autonomia stessa "che, in virtù della descritta flessibilità, accompagna ogni fase dello sviluppo societario...Una siffatta previsione risponde, evidentemente, alla esigenza di rendere il controllo dei sindaci maggiormente aderente alla effettiva realtà sociale, e soprattutto all'interesse sociale, non sulla base di una valutazione astratta, ma sulla concreta analisi dello statuto".

²²¹ Anche se va detto che la legge sul risparmio ha ampliato di molto la portata dell'art. 149 T.U.F., atteso che nel primo comma ha provveduto ad inserire la lettera c-bis) in cui si legge che il collegio sindacale nell'ambito delle società quotate è tenuto a vigilare "sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di

*"Il riformatore ha così opportunamente ribadito il carattere generale del controllo sindacale, sotto cui è destinato a ricadere, salvo diversa disposizione, qualsiasi aspetto della vita sociale, al punto da esservi ricompresi, secondo i più, fatti riportabili non solo agli amministratori, agli eventuali organi delegati e al direttore generale, ma persino ai dipendenti e collaboratori della società"*²²².

Va comunque precisato che le eventuali violazioni di legge, ai fini della responsabilità, devono riguardare fatti che ineriscono il patrimonio informativo a disposizione dell'organo de quo, ovvero quel patrimonio ricavabile dalle relazioni degli organi delegati ex art. 2381, quinto comma²²³ c.c., dall'intervento alle adunanze dell'assemblea, del consiglio e del comitato esecutivo di cui all'art. 2405²²⁴ e dal complesso di informazioni e poteri di cui all'art. 2403 bis²²⁵ c.c.

Il secondo ordine di doveri pertiene al "*rispetto dei principi di corretta amministrazione*", quindi al preminente duty sindacale di controllo sulla gestione, definito anche controllo di legalità sostanziale²²⁶.

L'espressione, in luogo del precedente "controllo sull'amministrazione", reca una formula che, specularmente all'art. 149 t.u.f., comma primo lettera b, non

comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi".

²²² AMBROSINI S, *Commento all'art. 149 t.u.f.*, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, diretto da G. Cottino, Torino, 1999, pag. 278.

²²³ Nelle società con azioni quotate gli amministratori devono altresì riferire tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con la periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; in particolare sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ciò ai sensi dell'art. 150 t.u.f., primo comma.

²²⁴ Per le società quotate il corrispondente obbligo di assistenza alle assemblee, alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, si coglie dal secondo comma dell'art. 149 t.u.f.. L'importanza dell'intervento a tali riunioni è sottolineata dal fatto che la legge commina la sanzione della decadenza per la protratta assenza ingiustificata.

²²⁵ Sul punto v. *amplius* PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 269, secondo il quale: "*la violazione deve comunque realizzarsi ad un livello conoscibile da chi non partecipa direttamente alla gestione dell'impresa e pertanto difficilmente potrà essere imputata al sindaco la violazione di legge compiuta in atti di gestione che non corrispondono a quanto dichiarato dagli amministratori o a quanto risulta dalla documentazione da essi predisposta*".

²²⁶ n questo senso v. CARATOZZOLO M., *op. cit.*, pag. 1295.

sopisce gli annosi dibattiti che avevano diviso gli interpreti circa la natura del controllo dei sindaci, se cioè questo vada limitato alla sola legittimità, o esteso anche al merito, atteso che la laconicità del testo non consente di risolvere la *vexata quaestio*.

Sul punto giova l'orientamento della Corte di Cassazione²²⁷, avallato dalla dottrina maggioritaria²²⁸, che depone a favore di un controllo di mera legittimità²²⁹. Perciò ai sindaci è ascritto il compito di vigilare affinché siano attuate ed osservate dall'organo amministrativo quelle procedure, quelle regole e quelle norme dettate dalla legge e dalla tecnica che estrinsecano un comportamento diligente da parte del gestore.

Tuttavia, il controllo dei sindaci trova il proprio confine là dove comincia il territorio della discrezionalità imprenditoriale relativamente al compimento di un'operazione e, segnatamente, in ordine alla valutazione circa la convenienza economica di questa.

²²⁷ Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Società*, 1998, pag. 1025, nello stesso senso v. Trib. Milano, 23 maggio 1995, in *Società*, 1996, pag. 27. Nonché confermato dalla stessa Consob, in occasione della Raccomandazione Consob del 20 febbraio 1997, confermata a sua volta con la Comunicazione n. DAC/RM/97001574 del 27 febbraio 1998.

²²⁸ In senso conforme in dottrina v. *ex multis* DOMENICHINI G., *Il sistema dei controlli*, in *Società*, 1999, pag. 795, DE ANGELIS L., *op. cit.*, pag. 9, entrambi sull'interpretazione dell'art. 149 t.u.f.. Ancora, nel medesimo senso, v. MONTALENTI P., *op. cit.*, pag. 260, il quale afferma che, quantomeno, ai sindaci deve essere consentito un sindacato sulla manifesta irrazionalità delle scelte gestorie. Deve cioè essere loro ammesso di verificare, al di là della preferenza o del merito della scelta gestoria, che l'amministrazione sociale non sia improntata ad una conduzione eccessivamente *risk adverse*, diretta, *overdeterrence*, ad evitare ogni forma di responsabilità, ma rivolta a raggiungere i migliori risultati economici, perseguendo lo *shareholder value*. Sull'art. 2403, invece, v. COLANTUONI V., *op. cit.*, pag. 546, FORTUNATO S., *I controlli nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002, pag. 1317, DOMENICHINI G., *Commento all'art. 2403*, in *Società di capitali*, commentario a cura di G. NICCOLINI e A. S. D'ALCONTRES, Napoli, 2004, pag. 749 e, PROVIDENTI S., *Commento all'art. 2403*, *op. cit.*, pag. 271.

²²⁹ Nel medesimo senso depongono anche i Principi di comportamento del collegio sindacale nelle società di capitali con azioni quotate nei mercati regolamentati redatti a cura del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e del Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti commerciali dell'ottobre 2000, nella cui presentazione si legge che "nell'ambito dei controlli di legalità e dei controlli sull'amministrazione della società è stato ben precisato che la legalità deve intendersi come legalità sostanziale e non meramente formale e che i controlli amministrativi devono riguardare anche l'osservanza da parte degli amministratori, delle generali tecniche di correttezza amministrativa, escluso ogni controllo di merito sull'opportunità e la convenienza economica delle loro scelte di gestione". Tali principi sono stati richiamati dalla Comunicazione Consob n. DEM/1025564, 6 aprile 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, pag. 150 e ss.

Da qui, il dovere di vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione si contestualizzerà nell'accertamento della legittimità delle scelte gestionali, ergo nella verifica che queste, sulla base di accurate verifiche preventive, di validi piani economico - finanziari, nonché con accuratezza tecnica e ragionevolezza, siano assunte facendo uso di quelli che sono i normali *standards* dell'agire diligente.

Secondo la Corte di Cassazione, quindi, ove comincia ad esplicitarsi e a valere la *business judgement rule* nell'esercizio dei poteri amministrativi ha termine il controllo sindacale.

*"Il problema non è [...] distinguere tra controllo di merito e controllo di legittimità: ciò che occorre tenere presente è che non si chiede al collegio sindacale di esercitare un controllo che attenga alla convenienza economica dell'operazione, ma di controllare che l'attività di gestione corrisponda ai canoni della corretta amministrazione"*²³⁰.

Senza contare che a questo risultato concorre, segnatamente, la Relazione illustrativa, la quale nel disporre in ordine alla restrizione del campo della responsabilità sindacale contestualmente rigetta l'ammissibilità del controllo di merito, atteso che questo avrebbe condotto nell'opposta direzione verso un allargamento della responsabilità medesima²³¹.

La portata del riferimento ai "principi di corretta amministrazione" acquisisce chiara identificazione se, con utile coordinamento, si collega detto sintagma al successivo, relativo alla vigilanza "sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento"²³².

²³⁰ Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, op. cit., pag. 1025.

²³¹ In questo senso v. AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pag. 320.

²³² In argomento v. DOMENICHINI G., *Commento all'art. 2403, op. cit.*, pag. 751, il quale rileva che "non potrebbe infatti definirsi "corretta" un'attività di amministrazione se l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa – cioè l'insieme delle procedure e metodologie aziendali – non fosse adeguato a prevenire il rischio di abusi ed a consentire la propria rilevazione di criticità e non prevedesse strumenti di verifica dell'efficacia delle procedure e metodologie".

Alla luce di questo percorso interpretativo²³³ il controllo sindacale andrà allora ancorato a parametri relativi al singolo caso²³⁴ quali la dimensione dell'impresa, la natura e le modalità predisposte per conseguire l'oggetto sociale, nonché l'organigramma aziendale.

L'obbligo di vigilanza dei sindaci si estenderà così a tutti i livelli dell'intera attività societaria: dalla verifica del rispetto delle procedure, al controllo dei codici interni di comportamento, secondo un sistema integrato di operazioni coordinate, mirante a minimizzare il rischio di impresa.

"La vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile" codifica una specifica tipologia di controllo già oggetto di disciplina in termini simili all'art. 149 t.u.f., comma primo lettera c²³⁵.

Con l'indicazione di questo obbligo la norma eleva a precetto *"un'attività di accertamento finalizzata alla valutazione dell'adeguatezza dell'azienda sotto un profilo dinamico anche per le società di diritto comune, chiarendo gli obblighi che il collegio è chiamato a svolgere per la propria attività di vigilanza"*²³⁶.

²³³ Percorso interpretativo reso opportuno e convalidato dalla locuzione "in particolare" tale da rendere il secondo sintagma una componente del primo, in senso conforme v. PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 273.

²³⁴ Si fa riferimento al singolo caso atteso che la norma richiede che l'obbligo di vigilanza sia esteso al "concreto funzionamento" dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, per cui non in termini generali, ma alla situazione "concreta".

²³⁵ Le disposizioni sul punto sono simili, ma non coincidenti posto che la lettera c) del primo comma dell'art. 149 t.u.f., dispone la vigilanza "sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo – contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione". Perciò la norma riferisce all'internal audit, sistema circoscritto alle sole ipotesi di società quotate. Esso è preposto all'accertamento dell'efficienza gestionale nelle sue varie articolazioni. Allora il compito dei sindaci sarà quello di verificare l'idoneità del sistema di controllo interno ad espletare la sua funzione. Unitamente a ciò la lettera d) del primo dell'art. de quo prescrive che il collegio vigili "sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate ai sensi dell'articolo 114, secondo comma". La norma prende in considerazione l'ipotesi di cui all'art. 114 t.u.f, ovvero dell'informazione al pubblico di quei fatti, non di dominio pubblico, che, se resi noti, sono idonei ad influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari. In questo senso ai sindaci della controllante è ascritto l'obbligo di verifica sulla condotta degli amministratori affinché non omettano di chiedere alla società controllata le notizie di cui all'art. 114.

²³⁶ COLANTUONI V., *op. cit.*, pagg. 548 – 549, nello stesso senso v. MONTALENTI P., *op. cit.*, pag. 265, il quale rileva come *"il legislatore ha così assai opportunamente preso atto delle profonde modificazioni della struttura dell'impresa, nel senso di una sempre*

Senza trascurare le possibili implicazioni che siffatta prescrizione è idonea a riprodurre in tema di responsabilità sindacale posto che ai sensi della Relazione al d.lgs. 6 del 2003 "l'ambito della responsabilità" per effetto della riforma "risulta" contestualmente "meglio definito e sostanzialmente ristretto".

Perciò la funzione di questo obbligo risponde alla *voluntas legis* di individuare alcuni controlli che i sindaci sono in ogni caso tenuti ad effettuare e la cui omissione è di per sé fonte di responsabilità, senza necessità di dimostrare che essi integrino una violazione dei doveri sindacali ai sensi dell'art. 2407 c.c.

I doveri contenuti nell'art. 2403 c.c. non esauriscono il corpus di incombenze disposte a carico del collegio sindacale. Ai membri, a norma dell'art. 2404 c.c., è altresì fatto obbligo di riunirsi almeno ogni novanta giorni.

L'importanza deferita a questo specifico dovere si coglie alla luce del tenore della sanzione disposta in conseguenza della sua violazione.

A norma del secondo comma dell'art. 2404 c.c., infatti, al "sindaco che, senza giustificato motivo, non partecipa durante un esercizio sociale a due riunioni del collegio" è comminata la decadenza dall'ufficio.

A ciò si aggiunga l'obbligo di partecipazione alle riunioni degli altri organi societari di cui all'art. 2405 primo comma c.c. e 149 t.u.f. secondo comma, a cui fa riscontro la corrispondente sanzione della decadenza in caso di inadempimento²³⁷.

Alla funzione sindacale oltre alle predette incombenze fanno capo ulteriori attribuzioni.

maggior articolazione e complessità, ed ha pertanto recepito l'assunto, da tempo consolidato nella teoria aziendalistica, che le tecniche di verifica e i conseguenti profili di responsabilità debbano ancorarsi ad un paradigma che possiamo definire di "procedimentalizzazione".

²³⁷ La prescrizione dell'obbligo di partecipazione alle riunioni anche al comitato esecutivo risponde alla considerazione che è nell'ambito del comitato esecutivo stesso che prendono corpo le decisioni di maggiore importanza per la società.

La qualificazione di queste, non chiaramente identificabile, può collocarsi *in medias res* tra potere e dovere²³⁸.

Esse trovano esplicitazione in primis all'art. 2403 bis c.c. ai sensi del quale i sindaci possono procedere anche individualmente ad atti di ispezione e controllo e richiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari²³⁹.

Una particolarità della riforma è che la nuova disciplina, al pari di quella disposta ai sensi del comma primo dell'art. 151 t.u.f. per le società quotate, estende il diritto di informativa dei sindaci non soltanto alla società nella quale essi ricoprono la carica, ma anche alle società da questa controllate e, segnatamente, attribuisce il diritto ai membri del collegio di "scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale"²⁴⁰.

Il contenuto del su richiamato articolo è, per così dire, completato e rafforzato da una serie di disposizioni codicistiche, fra loro complementari. Tra queste è opportuno ricordare: l'ampio e periodico obbligo informativo posto a carico degli organi gestionali nei confronti del collegio sindacale, ex art. 2381, quinto comma.

²³⁸ Nell'ambito delle società quotate le funzioni che competono al collegio sindacale sono: l'obbligo di assistere all'assemblea, alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo; la facoltà di impugnare le deliberazioni assembleari invalide e quelle, effettivamente o solo potenzialmente dannose per la società; la facoltà di avanzare proposte in sede di approvazione del bilancio; ha poteri di chiedere informazioni agli amministratori, nonché poteri di ispezione e di controllo; ha il potere di convocare l'assemblea, il consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo; ha potere di denuncia al tribunale ex art. 2409, per l'attivazione del relativo procedimento di responsabilità a carico degli amministratori; riceve dagli amministratori, almeno ogni trimestre, informative sull'attività svolta specie sulle operazioni in potenziale conflitto di interesse; svolge attività di continuo scambio informativo con la società di revisione contabile e con i dipendenti della società preposti a funzioni di controllo interno; ha l'obbligo di comunicare alla Consob tutte le irregolarità riscontrate durante la propria attività di vigilanza.

²³⁹ In questa parte l'art. 2403bis sostanzialmente riproduce il precedente testo dell'art. 2403.

²⁴⁰ A differenza del disposto del secondo comma dell'art. 151 t.u.f. che prescrive un generale potere di convocazione degli altri organi sociali, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, nelle società non quotate l'art. 2403bis non presenta alcun segno in questo senso.

La già citata partecipazione ex art. 2405 c.c., nonché la tempestiva trasmissione di informazioni tra collegio e organo di revisione contabile, ex art. 2409 septies²⁴¹c.c..

A ciò si aggiungano i poteri – doveri di cui agli artt. 2406 e 2409 c.c.

Ai sensi del primo comma dell'art. 2406 ai sindaci è prescritta la convocazione dell'assemblea nelle ipotesi in cui gli amministratori abbiano ommesso di provvedervi o nell'eventualità di un loro ingiustificato ritardo. Tuttavia, il fatto che il primo comma subordini la possibilità di convocare l'assemblea all'omissione o all'ingiustificato ritardo degli amministratori, fa inferire che, a differenza del corrispondente disposto di cui all'art. 151 secondo comma t.u.f., il collegio sindacale delle società non quotate difetti di un generale potere di convocazione dell'assemblea sociale.

Il secondo comma, in combinato disposto con l'art. 2408 secondo comma c.c., ammette poi un ulteriore caso di convocazione dell'assemblea che sovviene nei soli casi in cui il collegio sindacale "*nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti di censurabile gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*".

L'art. 2409 c.c. al pari dell'art. 152 t.u.f. attribuisce al collegio sindacale il potere – dovere di denuncia al tribunale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2408 secondo comma c.c. al collegio sindacale compete l'obbligo di indagare senza ritardo sui fatti denunziati quando ne facciano richiesta tanti soci che rappresentano un ventesimo del capitale sociale o un cinquantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

A fronte dell'analisi della complessità delle attribuzioni al collegio sindacale deferite, traspare con più chiarezza il significato del richiamo alla responsabilità contenuto nella Relazione illustrativa, laddove la miglior definizione rinviene nella riformulazione dei doveri e delle competenze a quest'organo ascritte, mentre la limitazione ed il restringimento del campo di

²⁴¹ La norma trova il suo contraltare nell'ambito delle società quotate nell'art. 150 terzo comma, anch'esso modificato, a cui è stato aggiunto l'avverbio "tempestivamente".

responsabilità promana, *inter alia*, dalla estrapolazione del controllo contabile dalle funzioni sindacali.

3.2. La responsabilità esclusiva.

L'intervento riformatore non ha alterato il duplice carattere esclusivo e concorrente della responsabilità sindacale.

Resta pertanto in piedi il precedente impianto di imputazione della responsabilità che discerneva le ipotesi di responsabilità dipendenti in modo esclusivo dal fatto dei singoli o dell'organo, ex art. 2407 primo comma c.c., dalle ipotesi di responsabilità che discendono, invece, dall'inadempimento precedente o contestuale dei membri del consiglio di amministrazione, come sancito ai sensi dell'art. 2407 secondo comma c.c.

Se nel primo e nel secondo caso, a prescindere dal presupposto generatore della responsabilità, i sindaci sono comunque ritenuti responsabili direttamente e per fatto proprio²⁴², la distinzione tra le due tipologie di responsabilità ha origine allora da altri fattori, quali i compiti ascritti al collegio sindacale.

Questi, in termini generali, consistono *"essenzialmente nel controllo dell'attività gestionale ed in genere della legalità dell'agire sociale e solo eccezionalmente nello svolgimento di attività amministrative. È facile avvedersi che il mancato o negligente adempimento di tali compiti solo raramente può comportare, di per sé, un danno per la società o per i terzi"*²⁴³, ma se a quello sindacale si accompagna un autonomo inadempimento consiliare da cui derivi un danno, allora il pregiudizio per la società ed i terzi trova integrazione.

²⁴² In questo senso v. in dottrina FERRARO P., *op. cit.*, pag. 594, CAVALLI G., *op. cit.*, pag. 168 e PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 299; in giurisprudenza v. Cass. 9 ottobre 1986, n. 5928, in Società, 1986, pag. 1314 e Trib. Milano, 14 novembre 1993, in Fallimento, 1994, pag. 1051.

²⁴³ DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 769.

La responsabilità esclusiva²⁴⁴ si configura nell'ambito del primo comma dell'art. 2407 c.c., nella parte in cui dispone che i sindaci "*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*".

Perciò la responsabilità esclusiva viene riconnessa alla violazione di due ampie categorie di doveri, ciascuna comprensiva di una pluralità di attribuzioni latamente caratterizzanti la funzione sindacale.

Se ai sindaci fanno capo poteri di ispezione sull'operato dei gestori, l'obbligo di segretezza costituirà allora l'estrinsecazione della ben nota correlazione potere – responsabilità, sintetizzabile nella massima giuridica *honus habet onus, rectius* in quell'affermazione di comune sentore per cui ad ogni carica fanno capo una pluralità di oneri la cui funzione è volta ad orientare la condotta in termini etici.

In questa prospettiva il dovere de quo risponde all'intento di salvaguardare la società rispetto al pericolo che i sindaci diffondano informazioni apprese nel corso del loro incarico²⁴⁵, divulgazione interdetta sia nei confronti dei terzi, sia nei confronti di singoli soci che abbiano richiesto notizie su determinati atti o documenti in una sede diversa dall'assemblea.

Il primo dei due *duties, id est* il dovere di rilasciare attestazioni rispondenti al vero, è aliunde riconducibile a quelle attribuzioni che, per loro natura, richiedono un particolare e più alto livello di correttezza nell'adempimento, come ad esempio la redazione del verbale delle riunioni trimestrali o delle altre riunioni a cui i sindaci prendono parte.

Significativo in entrambe le situazioni è il fatto che la responsabilità esclusiva sia indipendente da un connesso inadempimento gestorio, posto che in questo

²⁴⁴ Un esempio di violazione di un obbligo suscettibile di integrare l'ipotesi della responsabilità esclusiva può essere rappresentato dalla violazione del divieto di divulgazione di notizie riservate alla società, inadempimento del quale egli sarà chiamato personalmente a rispondere.

²⁴⁵ In questo senso, ai fini della responsabilità, è necessario verificare il nesso tra le notizie divulgate ed il loro apprendimento nell'ambito del loro ufficio, come del resto richiede testualmente la norma.

ambito rilevano violazioni perpetrate dai sindaci e direttamente produttive di un pregiudizio.

Perciò, in termini generali, "la responsabilità esclusiva può darsi, in concreto, con riferimento anzitutto ad inadempimenti di doveri amministrativi dei sindaci, in caso di violazione del segreto sui fatti sociali; nonché in caso di falsità delle attestazioni rese"²⁴⁶.

Tuttavia, mentre nel secondo comma la norma espressamente riferisce della solidarietà nella responsabilità degli amministratori e dei sindaci, tace, invece, nel primo sulla responsabilità dei singoli controllori, *id est* se anche nell'ipotesi di responsabilità esclusiva sia configurabile una responsabilità solidale tra i membri del collegio.

In questa direzione depone favorevolmente il tenore del disposto di cui all'art. 2404 comma quarto c.c., il quale, nella parte finale, nel sancire il diritto per il sindaco dissenziente di fare iscrivere a verbale i motivi del proprio dissenso, implicitamente ne ammette l'esistenza.

*"A nulla varrebbe, infatti, consentire l'annotazione del dissenso personale del sindaco, se l'obbligazione risarcitoria non fosse solidale. Oltre al fatto che, essendo collegiale l'attività dell'organo, la responsabilità non può non investire tutti i suoi componenti, poiché i compiti dell'organo coincidono con quelli dei singoli"*²⁴⁷.

²⁴⁶ DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 770, il quale riconduce lo spregio dei doveri amministrativi agli artt. 2385, terzo comma, 2386, quarto comma, sulla cui violazione v. in giurisprudenza Cass. 9 ottobre 1986, n. 5928, in Società, 1986, pag. 1315. L'Autore, in ordine alla falsità delle attestazioni rese, riporta come esempio la relazione al bilancio, ipotesi in cui, nello specifico, sarà però difficile che il danno sia, in modo esclusivo, riferibile alla condotta sindacale, senza cioè rilevare un concorso con l'inadempimento degli amministratori. Infatti, in questo senso, possono venire in linea di conto forme di concorso nei reati di bancarotta. In riferimento alla relazione sul bilancio Egli, al fine di integrare l'ipotesi di violazione del dovere di verità delle loro attestazioni ai sensi della responsabilità esclusiva, prefigura il caso, particolarmente difficile nella prassi, di una relazione negativa ad un bilancio peraltro corretto, in ragione del quale, la società abbia perso un finanziamento condizionato ad una positiva relazione sindacale. Un altro esempio, riportato da FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 658, potrebbe concretarsi nell'eventualità in cui dall'omesso deposito della relazione sindacale venga ad essere pregiudicato l'ottenimento di un finanziamento o la partecipazione ad una gara, entrambi vincolati alla presentazione del documento de quo.

²⁴⁷ FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 629. Nel medesimo senso v. DOMENICHINI G., *op. cit.*, pagg. 768 – 769. Così, in giurisprudenza, v. Trib. Roma 5 dicembre 1986, in Fallimento, 1987,

Perciò anche qualora ad alcuni tra i membri del collegio siano affidati compiti specifici, come può dedursi da un'interpretazione estensiva dell'art. 2403 bis c.c., la ripartizione non vale ad escludere la responsabilità di quelli a cui i compiti non siano stati affidati, giacchè, essendo collegiale, il potere di deliberazione spetta all'intero organo.

È d'altro canto vero, però, anche il contrario, posto che davanti al compimento di alcuni illeciti, la responsabilità non potrà che ricadere sul singolo autore, esulando il resto del collegio da possibili imputazioni solidali. La responsabilità ricade, in ogni caso, sui sindaci effettivi e non su quelli che ricoprono la carica di supplenti, i quali, in ragione della posizione occupata, non abbiano svolto alcuna attività.

3.3. La responsabilità concorrente.

La responsabilità concorrente è sancita dal secondo comma dell'art. 2407, laddove la formulazione testuale dispone che i sindaci "sono solidalmente responsabili 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".

Posto che la funzione preminente assolta dall'organo sindacale è quella di controllo sulla gestione sociale, ai membri del collegio sarà mosso un "rimprovero" in termini di responsabilità concorrente con gli amministratori, ogni qual volta, in ragione del non attenersi dell'obbligo di vigilanza loro ascritto, non abbiano impedito la verifica di un danno²⁴⁸.

pag. 854, Cass. 15 maggio 1991, n. 5445, in *Fallimento*, 1991, pag. 1141 e Cass. 14 marzo 1985, n. 1081, in *Foro ital.*, 1986, I, pag. 188.

²⁴⁸ In argomento v. FERRARO P. P., *op. cit.*, pag. 594, il quale in nota annovera i casi in cui può sovvenire la responsabilità concorrente, in questo senso Egli precisa che essa "deriva dalla violazione dei doveri di vigilanza e controllo sanciti dall'art. 2403, anche in relazione alla violazione di doveri specifici, come la mancata riunione periodica del collegio (art. 2404, comma primo) o il mancato intervento alle adunanze degli organi gestionali (art. 2405 comma primo). Così come può ricorrere per l'inadempimento agli obblighi sostitutivi di convocazione dell'assemblea e di esecuzione delle pubblicazioni previste dalla legge ai

Mutatis verbis sotto il profilo causale, la responsabilità concorrente presuppone che gli amministratori abbiano “male” amministrato e, contestualmente, che i sindaci abbiano “male” controllato.

Va però precisato che la responsabilità solidale ai sensi del secondo comma dell'art. 2407 c.c., "*non è un'automatica proiezione di quella degli amministratori, ma deve nascere sempre da fatti imputabili ai sindaci medesimi*"²⁴⁹, giacché la responsabilità dei sindaci sorge sempre e comunque per la violazione di obblighi di loro specifica competenza e non in conseguenza della mera mala gestio dei componenti del consiglio di amministrazione²⁵⁰.

Perciò, benché intrinsecamente connesse dal punto di vista causale, l'origine delle due responsabilità, ovvero quella dei soggetti preposti alla gestione e quella dei soggetti preposti al controllo, è significativamente distinta in relazione al titolo, atteso che i sindaci non rispondono per aver posto in essere l'azione o l'omissione causativa del danno, ma per culpa in vigilando²⁵¹.

sensi dell'art. 2406, comma primo. In particolare, è stata riscontrata dalla giurisprudenza nell'ipotesi di mancata adozione dei provvedimenti imposti dagli artt. 2446 e 2447 relativi alla riduzione del capitale per perdite e con riguardo alla violazione del divieto di compiere nuove operazioni al verificarsi di una causa di scioglimento".

L'Autore riporta alcuni esempi a livello giurisprudenziale, tra cui Cass., 8 marzo 2000, n. 2624, in *Società*, 2000, pag. 935, Cass., 24 novembre 1972, n. 3445, in *Dir. fall.*, 1973, II, pag. 398 e Trib. Genova, 2 marzo 1992, in *Fallimento*, 1992, pag. 1047.

²⁴⁹ App. Milano, 17 febbraio 1995, in *Società*, 1995, pag. 1188.

²⁵⁰ Tuttavia, perché sorga responsabilità concorrente è necessario l'inadempimento degli amministratori, laddove la semplice omissione o negligenza nell'attività di controllo difficilmente è suscettibile di integrare di per sé la fattispecie di responsabilità concorrente, in questo senso v. in giurisprudenza Trib. Milano, 29 ottobre 1984, in *Società*, 1985, pag. 37.

²⁵¹ In questo senso v. in dottrina FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 632 il quale precisa che nella responsabilità concorrente, mentre l'inadempimento degli amministratori è indispensabile per l'esistenza dell'inadempimento dei sindaci, "non è vero il contrario; mentre il primo è la fonte del danno alla società, non necessariamente lo è il secondo. Così i terzi possono subire danno dall'attività degli amministratori, ma possono promuovere l'azione anche nei confronti dei sindaci, ove questi non abbiano esercitato il controllo loro imposto, così da consentire la produzione dell'evento dannoso". Infatti i sindaci rispondono non già della condotta commissiva od omissiva dell'organo gestorio, bensì di un comportamento loro proprio, che si sostanzia nella violazione dei doveri di vigilanza tipici del loro ufficio e, in particolare, dell'obbligo di vigilare sull'amministrazione della società con diligenza richiesta dal primo comma dell'art. 2407, di denunciare le eventuali irregolarità e di assumere le iniziative sostitutive. In giurisprudenza, sulla diversa fonte della responsabilità dei sindaci rispetto a quella degli amministratori, v. le già citate App. Milano, 17 febbraio

All'interno della società il collegio sindacale riveste, infatti, una particolare posizione di garanzia in quanto organo istituito a presidio della legalità della gestione societaria, ai fini della tutela di una pluralità di interessi.

In quest'ottica i sindaci hanno il dovere di attivarsi per impedire che gli amministratori, nell'espletamento del loro incarico, pongano in essere atti pregiudizievoli per i soci, per i creditori e per i terzi.

La responsabilità che scaturisce è comunque una responsabilità per fatto proprio "*vale a dire dovuta alle mancanze di quell'attività di vigilanza a cui i sindaci sono tenuti e non una sorta di responsabilità oggettiva per gli atti compiuti dagli amministratori*"²⁵².

Tuttavia, l'imputazione della responsabilità concorrente a carico dei sindaci per violazione dell'obbligo di controllo riguarda l'operato degli amministratori in relazione alle norme che lo disciplinano, in quanto la vigilanza prescritta ai controllori pertiene la legittimità e non il merito degli atti, esulando, in questo senso, valutazioni circa l'opportunità o la ragionevolezza delle scelte gestorie²⁵³.

In ogni caso la responsabilità dei sindaci, al pari di quella degli amministratori, si fonda sull'inadempimento di un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

*"Così [...] nella responsabilità concorrente con quella degli amministratori, essi non sono chiamati a rispondere dell'insuccesso del loro controllo, del fatto di non averlo eseguito per niente o di non averlo eseguito con la diligenza dovuta. Con la precisazione che la verifica dell'operato dei sindaci deve essere eseguita ex ante, dunque che non si può desumere a posteriori dalla produzione del danno. Occorre [...] la prova che il danno non si sarebbe verificato, se la vigilanza sindacale fosse stata diligente"*²⁵⁴.

1995, in Società, 1995, pag. 1188 e Trib. Milano, 14 novembre 1993, in Fallimento, 1994, pag. 1051.

²⁵² PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 299.

²⁵³ In senso conforme v. DOMENICHINI G, *op. cit.*, pag. 770.

²⁵⁴ FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 623

In questo senso perché possa essere integrata l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2407 c.c. è necessario l'accertamento di una pluralità di fattori, quali la prova della mala gestio degli amministratori, del mancato controllo dei sindaci, del danno patrimoniale arrecato alla società, del rapporto di causalità che lega l'omessa vigilanza alla verifica del pregiudizio e, segnatamente, dell'assenza della prova liberatoria, *rectius* che il danno non si sarebbe prodotto se i controllori avessero vigilato in conformità degli obblighi prescritti dal loro ufficio²⁵⁵.

Dal punto di vista pratico ciò che desta maggiori difficoltà è l'individuazione del nesso di causalità, atteso che questo, a norma del secondo comma dell'art. 2407 c.c., si presenta strutturato in termini negativi. Tuttavia, ciò non dovrebbe legittimare ad un'applicazione rigida del principio della *condicio sine qua non* nell'accertamento del nesso eziologico, ma piuttosto orientare la verifica sul dato concreto, se cioè l'attività posta in essere dal collegio sia stata, in relazione al singolo caso e alle sue specifiche circostanze, idonea ad evitare il danno, o comunque tale, in termini ipotetici o probabilistici, da importare una riduzione o, quantomeno un'attenuazione, del pregiudizio stesso²⁵⁶.

²⁵⁵ In questi termini in giurisprudenza v. Trib. Ancona, 25 agosto 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, pag. 32, la sentenza si occupa dell'azione di responsabilità elevata dal curatore fallimentare ed in essa si legge "l'azione di responsabilità ex art. 146 l.f. è viziata da inammissibilità se proposta nei confronti dei soli sindaci e non anche nei confronti degli amministratori della società fallita, in quanto la responsabilità dei sindaci, oltre ad essere solidale con quella degli 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 (art. 2407 c.c.) è anche sussidiaria rispetto ad essa, atteso che l'accertamento della responsabilità degli amministratori è presupposto necessario per la responsabilità dei sindaci". Tuttavia, la soluzione adottata che individua una sorta di dipendenza ed inscindibilità delle cause promosse avverso i due organi societari non è da condividere, in considerazione del fatto che la responsabilità dei sindaci pur essendo solidale con quella degli amministratori, è da questa concettualmente e giuridicamente scindibile non solo agli effetti sostanziali, ma anche a quelli processuali, tanto da impedire la configurazione di un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

²⁵⁶ In questo senso, in favore di un accertamento del nesso di causalità legato alla concretezza del singolo caso, v. in dottrina REDEGHIERI BARONI A., *Commento a Trib.* (omissis), in *Società*, 2003, pag. 1401. Secondo l'interpretazione dell'Autore "*all'attore è sufficiente dimostrare l'atto di mala gestio da parte dell'amministratore, del danno che ne è conseguito e l'inadempimento da parte dei sindaci ai doveri loro incumbenti, dopo di che la prova del nesso di causalità tra la condotta dei sindaci ed il danno verificatosi sarebbe presumibile sulla base degli altri elementi di responsabilità degli stessi sindaci, quali*

Del resto, questo orientamento appare convalidato dalla Suprema Corte, posto che, secondo la Sua interpretazione "*la sussistenza del nesso causale va verificata confrontando quanto accaduto in conseguenza delle omissioni del collegio sindacale con uno sviluppo "normale" degli eventi nel caso in cui i sindaci avessero compiuto i loro doveri secondo l'id quod plerumque accidit*"²⁵⁷.

Di conseguenza nell'ambito della responsabilità concorrente la verifica del nesso causale gioca un ruolo di indefettibile rilevanza²⁵⁸ e ciò sotto un doppio ordine di rapporti, considerato che la causalità va saggiata e tra amministratori, sindaci ed evento dannoso, e tra sindaci ed evento dannoso²⁵⁹.

appunto: l'inosservanza degli amministratori agli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, l'entità del pregiudizio economico immediatamente e direttamente conseguente alle violazioni dei doveri come sopra addebitati, nonché la violazione, da parte dei sindaci, del dovere di vigilanza loro incombente". Nello stesso senso v. in giurisprudenza Trib. Milano, 1° luglio 1876, in Giur. comm., 1977, II, pag. 880 e Trib. Milano 10 ottobre 1991, in Società, 1992, pag. 527.

²⁵⁷ Cass. 21 marzo 1974, n. 790, in Giur. comm., 1974, II, pag. 509. Nel medesimo senso v. Cass. 30 luglio 1980, n. 4881, in Foro it., 1980, I, pag. 4401 e Trib. Milano, 3 giugno 1988, in Giur. comm., 1989, II, pag. 945. Perciò sovrerà il principio della regolarità causale, di cui agli artt. 1223 e 2056, tale da importare la risarcibilità dei danni mediati e indiretti, purchè rientranti nelle conseguenze ordinarie e normali dell'inadempimento, in questo senso v. in dottrina DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 669.

²⁵⁸ Nell'ambito dell'accertamento del nesso causale va segnalato quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è possibile escludere la responsabilità dei sindaci nei casi in cui una piena attività di vigilanza sia stata impossibilitata dalla condotta di travisamento od occultamento di fatti o documenti da parte degli amministratori, in questo senso v. App. Palermo, 9 dicembre 1981, in Fallimento, 1982, pag. 248, Trib. Milano 15 luglio 1982, in Società, 1983, pag. 1016, Trib. Napoli 18 marzo 1996, in Società, 1995, pag. 1447. In dottrina v. FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 641 e ss.

²⁵⁹ Sul punto v. *amplius* Trib. Messina, 12 novembre 1999, in Società, 2000, pag. 983, in cui si precisa che: "nell'accertamento della responsabilità dei sindaci, deve seguirsi una sequenza logica che passi attraverso l'individuazione, anzitutto, dell'inadempimento dell'amministratore e del nesso eziologico tra tale inadempimento e il danno e poi dell'inadempimento dei sindaci e del nesso causale fra questo e il danno verificatosi; sussistendo tali elementi e rispettata tale sequenza, non vale a giustificare l'inadeguata comportamento dei sindaci e quindi ad esimere gli stessi da responsabilità l'affermazione che il collegio sindacale non dispone di poteri di iniziativa per portare a pieno compimento la propria funzione di controllo dell'amministrazione della società e della corretta rappresentazione all'esterno della sua situazione patrimoniale ed economica, poiché l'obbligo di vigilanza a carico dei sindaci, importa, sotto il profilo della diligenza, l'adozione di tutte le condotte possibili, anche se non espressamente considerate dal legislatore, e principalmente l'attivazione di forme di controllo ed interventi extrasocietari, quando i rimedi endosocietari non siano possibili o sufficienti, quali il ricorso alla denuncia al P.M. per il procedimento ex art. 2409 c.c."

Sotto il primo profilo si allude alla causalità del fatto, ovvero quella che collega l'atto all'evento pregiudizievole, inteso come risultato ultimo della condotta.

Da qui, ai sensi dell'art. 2055 c.c., "se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno".

Nella seconda ipotesi si riferisce alla causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c. *Utroque* le *res* sono necessarie ai fini dell'accertamento della responsabilità posto che se la prima, id est la causalità del fatto, funge alla determinazione dell'imputabilità dei sindaci, la seconda inerisce alla quantificazione delle conseguenze economiche.

Pertanto, all'attore competerà la dimostrazione di entrambe le tipologie di causalità²⁶⁰.

Va altresì detto che una volta dimostrati i presupposti assunti a fondamento della responsabilità concorrente, ai soggetti legittimati ad agire ai sensi del novellato terzo comma dell'art. 2407 c.c., è rimessa la facoltà di agire indifferentemente nei confronti di tutti i responsabili o solo nei riguardi di alcuni di essi, senza convenire in giudizio i rimanenti, in quanto alla materia *in thesis* sono applicabili le regole che presiedono la solidarietà²⁶¹.

²⁶⁰ Sebbene l'onere della prova sia a carico del soggetto che agisce in giudizio, Trib. Milano, 19 gennaio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, pag. 174, si ammette la possibilità per il sindaco convenuto di dimostrare "l'impossibilità materiale e contingente di sventare, con la richiesta diligenza, il verificarsi del fatto pregiudizievole".

²⁶¹ In ogni caso perché ai sindaci siano addebitati i fatti posti in essere dagli amministratori occorre che sia provata l'unicità dell'evento dannoso, posto che la solidarietà è la conseguenza dell'unicità dell'evento dannoso e non la sua causa, quindi occorre un concorso tra gli inadempimenti degli amministratori e dei sindaci e che questi hanno prodotto un unico evento dannoso. In questo senso v. FRANZONI M., *op. cit.*, pag. 642, il quale precisa che: "*è da ritenere perfettamente legittima la condanna degli amministratori e dei sindaci in solido per una certa somma e la ulteriore condanna dei soli amministratori per un ulteriore importo, laddove i fatti dai quali derivano le condanne siano logicamente e concretamente distinguibili, sicché la culpa in vigilando dei sindaci sia ravvisabile solo per alcuni di questi*". Va inoltre considerato, a detta dello stesso Autore, che, in relazione alla solidarietà, "*a nulla rileva che i titoli di responsabilità dei coobbligati siano distinti*" essendo bastevole che "*l'unicità dell'evento dannoso possa derivare da una pluralità di fatti succedutisi nel tempo, ancorché sia diversa la causa ed il titolo. Così è ammessa la solidarietà tra fatti fonti di responsabilità aquiliana e fatti fonti di responsabilità da inadempimento; allo stesso tempo si ritiene solidale la responsabilità derivante dal concorso di più inadempimenti, sempre che abbiano tutti concorso a produrre l'evento dannoso. Dunque, così come l'art. 2055 c.c. è espressivo del principio contenuto nell'art. 1294 c.c., il quale ha posto la regola della solidarietà tra coobbligati, l'art. 2407 c.c.,*

Perciò, atteso il carattere solidale della responsabilità, in virtù dell'art. 1292 c.c., chi agisce può rivolgersi per l'intero anche solo nei confronti di un coobbligato, il quale potrà poi rivalersi sugli altri coobbligati in solido in via di regresso²⁶².

*"È pacifico [...] che il diverso rilievo causale di quanti, amministratori e sindaci, abbiano concorso alla causazione del danno assume rilevanza nei soli rapporti interni tra coobbligati - ai fini dell'eventuale regresso - e non anche nei rapporti esterni con i danneggiati: ciò in base al principio generale di solidarietà tra coobbligati di cui all'art. 2055 comma primo c.c., ribadito dall'art. 2407, comma secondo c.c., che esclude la legittimità di una commisurazione percentuale della responsabilità dei sindaci all'entità del loro concorso nella causazione dell'evento dannoso"*²⁶³.

Pertanto, all'esterno i sindaci risponderanno dell'intero danno conseguente all'inadempimento degli amministratori senza che sia possibile operare una graduazione della loro responsabilità in confronto a quella dei gestori, in considerazione del quantum di efficienza causale dei rispettivi inadempimenti²⁶⁴.

secondo comma, c.c. ripropone la stessa regola, talchè la solidarietà sarebbe ugualmente invocabile anche in mancanza di quest'ultima norma".

²⁶² La posizione dei singoli sindaci coobbligati in solido, infatti, è suscettibile di essere differentemente distinta a seconda dell'eventuale ripartizione dei compiti assegnati ai membri singolarmente, e di un eventuale maggior competenza professionale di alcuni rispetto agli altri. Ciò ai sensi dell'art. 2055, comma secondo c.c., a norma del quale colui che ha provveduto a risarcire il danno ha diritto di regresso nei confronti di ognuno degli altri coobbligati in relazione alla gravità della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze derivate.

²⁶³ FERRARO P.P., *op. cit.*, pag. 595. Nello stesso senso v. DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 772. Sotto il profilo processuale la solidarietà si caratterizza per non dare origine ad un litisconsorzio necessario, di conseguenza essendo spezzato il vincolo di inscindibilità delle cause, non ricorre la condizione posta dall'art. 331 c.p.c. per l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei sindaci.

²⁶⁴ In senso conforme v. FERRARO P. P., *op. cit.*, pag. 594. In giurisprudenza v. Cass., 28 maggio 1998, n. 5287, in Giust. civ., 1998, I, pag. 3113 e Trib. Como, 16 marzo 1998, in Società, 1998, pag. 965. Sempre in dottrina è da segnalare, poi, DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 772, il quale segnala l'annoso e problematico thema della liquidazione del danno nelle azioni di responsabilità, in particolare nell'ambito delle procedure concorsuali, in ragione della nuova formulazione del terzo comma dell'art. 2407 che espressamente richiama l'applicabilità dell'art. 2394bis, in particolare negli "illeciti sostanzialmente consistenti nel compimento di nuove operazioni dopo l'integrale perdita del capitale sociale ovvero, sulla scorta del nuovo art. 2486, comma primo, nel compimento di atti non diretti ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. L'indirizzo

Infatti "il diverso rilievo causale di quanti (amministratori e sindaci) abbiano concorso a determinare l'insufficienza del patrimonio sociale, e a cagionare, in tal modo, danni ai creditori sociali, rileva solo nei rapporti interni tra corresponsabili in solido e non anche nei confronti dei danneggiati"²⁶⁵.

È in particolare su quest'ultimo punto, id est il mantenimento della responsabilità solidale nei medesimi termini che caratterizzavano l'impostazione pre – riforma che si appuntano con maggiore incisività le critiche mosse sulla formulazione della norma.

I dubbi che l'impianto palesa potrebbero essere sintetizzati figurativamente per mezzo di un *exemplum*, posto che "se un custode colposamente omette di chiudere la porta ed un ladro entra a rubare, si è osservato mettendo in evidenza il paradosso, ambedue rispondono dell'intero danno, mentre la gravità della colpa ha rilevanza solo nell'eventuale regresso fra i coautori"²⁶⁶.

tradizionale vuole il danno quantificato nella differenza tra attività e passività accertate in sede fallimentare". Suddetta "prassi" di calcolo del danno in questi termini è fortemente criticata, in questo senso v. PROTO C., *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministrazioni e sindaci*, in *Società*, 1998, pag. 677 e JAEGER P. G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pag. 443. In giurisprudenza v. Cass., 28 maggio 1998, n. 5287, in *Giust. civ.*, 1998, I, pag. 3113 e Trib. Como, 16 marzo 1998, in *Società*, 1998, pag. 965.

²⁶⁵ Cass. 28 maggio 1998, n. 5287, Arcuri c. Fall. società Sidermeccanica, in *Foro it.*, 2000, I, pag. 242.

²⁶⁶ AMBROSINI S., *Commento all'art. 2407, op. cit.*, pag. 914. Lo stesso Autore, nell'ambito del Suo intervento al Convegno "Impresa ed etica", Torino, 25 maggio, 2004, effettua una valutazione critica dell'impianto della responsabilità sindacale, in relazione alla differenziazione delle posizioni dei coobbligati unicamente sul piano interno. Ivi Egli rileva come si sia persa l'opportunità di incidere sulla natura solidale dell'obbligazione risarcitoria, a beneficio di una generale attenuazione dell'eccessiva rigidità del sistema. "Alla luce di tutto ciò il dubbio è se per effetto degli accresciuti poteri dei sindaci e segnatamente della previsione del potere – dovere di denuncia al tribunale delle gravi irregolarità degli amministratori, la responsabilità degli organi di controllo non appaia oggi addirittura aggravata rispetto al passato, ciò sulla base della ben nota correlazione tra potere e responsabilità. Deve, in realtà, però comunque osservarsi che si tratta pur sempre di una responsabilità concorrente con quella degli amministratori, responsabilità quest'ultima che la legge ha teso ricondurre nell'ambito della colpa, vuoi attraverso la specificazione degli obblighi a carico degli amministratori, vuoi attraverso l'eliminazione del divieto di nuove operazioni di cui al vecchio art. 2486 c.c., che è ordinato in maniera significativamente diversa e sulla scorta di ciò ritengo che *l'intentio legis* quale del resto traspare dalla stessa Relazione illustrativa sia nel senso di una limitazione e non già di un ampliamento dell'area di responsabilità dei sindaci".

3.4. Compatibilità degli articoli del codice civile.

L'ultimo comma dell'art. 2407 c.c. individua le norme del codice applicabili all'azione di responsabilità contro il collegio sindacale.

Rispetto alla previgente formulazione il comma *de quo* reca due sensibili differenze.

Balza agli occhi, infatti, il significativo aumento degli articoli oggetto di richiamo, non più circoscritto ai soli 2393 e 2394 c.c., ma, in conseguenza della riforma, esteso ai novellati artt. 2393 bis e 2394 bis c.c., nonché all'azione individuale del socio e del terzo di cui all'art. 2395 c.c.

La seconda *novitas*, intrinsecamente collegata alla prima, risiede, invece, nell'inserimento del sintagma "in quanto compatibili"²⁶⁷.

In relazione alla prima tipologia di intervento, l'estensione dello spettro dei disposti normativi richiamati risponde all'esigenza di coordinare la disciplina della responsabilità dei sindaci rispetto alle intervenute modifiche di legge, effettuate in *prima facie* sulle azioni di responsabilità contro i membri dell'organo amministrativo.

Infatti, atteso che la società, nel modello tradizionale, è imperniata su una struttura tripolare, costituita dall'assemblea dei soci, dal consiglio di amministrazione e dal collegio sindacale, quando il d. lgs. n. 6 del 2003 ha ampliato il novero degli strumenti esercitabili avverso l'organo gestorio, è sembrato opportuno, in base ad una logica d'insieme, accrescere simmetricamente il ventaglio delle actiones esperibili contro il terzo organo, che del secondo ne è controllore. Perciò anche i sindaci risponderanno verso la società, verso i creditori e, parimenti, verso i singoli terzi.

Rispetto alla formulazione precedente i nova introdotti si appuntano, pertanto, intorno all'applicabilità degli artt. 2393 bis, 2394 bis e 2395 c.c..

²⁶⁷ Il disposto previgente, nel terzo comma, disponeva che: "l'azione di responsabilità contro i sindaci è regolata dalle disposizioni degli artt. 2393 e 2394 c.c.".

Il riferimento all'art. 2393 bis c.c., muove dalla considerazione che potrebbe stimarsi quantomeno iniquo nonchè sperequativo ammettere le minoranze sociali a votare l'azione di responsabilità contro gli amministratori, e, contestualmente privarli della possibilità di esperirla avverso i soggetti che alla vigilanza sull'operato amministrativo presiedono. Senza contare che, qualora il legislatore avesse inteso dirigersi in questa direzione, avrebbe causato un palese discrimine rispetto al corrispondente art. 129 t.u.f. il quale, nel legittimare i soci di minoranza delle società quotate ad attivarsi contro i gestori, estende suddetta *facultas* anche nei confronti dei sindaci²⁶⁸.

In questo senso, data l'evidente necessità di armonizzazione ed equilibrio sottesa alla regolamentazione dei due tipi societari, al fine di rendere effettiva la tutela degli interessi delle minoranze anche nelle società per azioni non quotate, il riformatore ha optato per l'estensione dei richiami all'art. 2393 bis c.c.

Medesime considerazioni guidano il legislatore verso l'inserzione dell'art. 2394 bis, ovvero di quel disposto deputato alla disciplina dell'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali.

Il riformatore ha così codificato lo ius per il curatore fallimentare di disporre della legittimazione attiva contro l'organo amministrativo, e, a seguito del modificato terzo comma dell'art. 2407 c.c., parimenti avverso i membri del collegio sindacale²⁶⁹.

L'*actio* di responsabilità quale emerge dal disposto in commento, *id est* il 2407 c.c., è, infatti, spesso esercitata in sede fallimentare, ambito in cui può facilmente imputarsi "*agli amministratori di aver occultato (o non rilevato) la situazione di perdita dell'intero capitale sociale, di aver proseguito la gestione pur in presenza di una causa di scioglimento (art. 2384, comma quarto c.c.), di aver violato il dovere di gestire la società al solo fine della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2485,*

²⁶⁸ PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 300 e AMBROSINI S., *op. cit.*, pag. 915.

²⁶⁹ In questo senso v. AMBROSINI S., *Responsabilità dei sindaci, Intervento al Convegno "Impresa ed etica"*, Torino, 25 maggio 2004

*comma primo c.c., seconda parte e 2486, comma primo c.c.) e di aver così aggravato il dissesto sociale"; mentre, di contro, "si imputa ai sindaci di non aver assunto le iniziative di cui agli artt. 2446, 2447 e 2485, comma secondo c.c., e di essere in generale rimasti del tutto inerti"*²⁷⁰.

Da ultimo, in termini di nova, il testo del terzo comma dell'art. 2407 reca il riferimento all'azione individuale del socio e del terzo, ex art. 2395.

In questo senso balza agli occhi l'evidente passo in avanti che il regime della responsabilità sindacale ha realizzato in considerazione dell'intervento riformatore, posto che, in questo modo, anche il socio, o il terzo, direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi, sono legittimati ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno patito non solo avverso gli amministratori, ma parimenti nei confronti dei sindaci.

*"Ora è più chiaro che la responsabilità dei sindaci nei confronti di tali soggetti non è più soltanto concorrente con quella degli amministratori ma può essere anche a titolo diretto ed eventualmente (ma la situazione pare in concreto difficilmente configurabile) esclusiva"*²⁷¹.

Tuttavia, secondo un'opinione²⁷², il decreto delegato non avrebbe fatto altro *"che recepire l'orientamento dominante, secondo cui – nonostante il mancato richiamo nel testo precedente della norma – anche il singolo socio o il terzo hanno la possibilità di intraprendere un'azione individuale di responsabilità nei confronti dei sindaci. Ciò, infatti, trova fondamento nel*

²⁷⁰ DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 772.

²⁷¹ PROVIDENTI S., *op. cit.*, pag. 300. In questo senso v. ex *aliis* AMBROSINI S., *op. cit.*, pag. 915, il quale sul punto considera che l'inserzione del disposto de quo nel novero di quelli applicabili ai sindaci è pregevole poiché consente "di risolvere un dubbio interpretativo che la norma previgente poneva; e ciò sebbene già in precedenza dottrina e giurisprudenza prevalenti, negando che solo chi svolge funzioni attive sia in grado di causare un danno diretto, osservassero giustamente che la culpa in vigilando dei sindaci può riguardare l'intera gamma delle responsabilità gestorie, indipendentemente dai soggetti danneggiati e dal tipo di illecito commesso". In argomento DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 773, rileva come in ogni caso il più recente orientamento dottrinale e giurisprudenziale fosse, in ogni caso, favorevole all'applicabilità contro i sindaci delle azioni individuali di responsabilità. Sul punto v. in giurisprudenza Trib. Milano, 9 ottobre 1989, in *Società*, 1990, pag. 323.

²⁷² In dottrina v. ex *multis* CAVALLI G., *op. cit.*, pag. 180. In giurisprudenza v. Cass. 8 marzo 2000, n. 2624, in *Società*, 2000, pag. 935 e Trib. Milano, 9 ottobre 1989, in *Società*, 1990, pag. 323. *Contra* v. App. Torino, 21 marzo 1947, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, pag. 333.

*più generale principio precettivo del neminem laedere di cui all'art. 2043 c.c.*²⁷³.

In termini generali, nell'eventualità in cui dalla violazione di obblighi a contenuto specifico o generico dettati per i membri del collegio sindacale, scaturisca un pregiudizio per la società, per i creditori o per i terzi, sovverranno le regole fissate nei disposti citati dal terzo comma dell'art. 2407 c.c.

Tuttavia, posto il rinvio alle norme sugli amministratori, *in letteris* il comma de quo subordina l'applicazione dei predetti articolati alla loro compatibilità rispetto alle *rules* che presiedono e caratterizzano la disciplina sindacale.

In questo frangente, infatti, verrà a riprodursi la biforcazione della responsabilità in esclusiva e concorrente di cui ai primi due commi dell'art. 2407 c.c., cosicché ai sindaci potrà essere elevata l'actio sia quando essi, con la loro condotta, abbiano direttamente leso i soggetti tutelati dagli artt. 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395, sia nella diversa eventualità in cui non abbiano vigilato conformemente agli obblighi prescritti per la loro carica, divenendo ipso facto responsabili in solido con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi²⁷⁴.

In ogni caso ciò che maggiormente traspare dal riferimento al sintagma "in quanto compatibili" è l'intentio legis di tenere in opportuna considerazione le plurime peculiarità che la disciplina dei due organi palesa, non soltanto in ragione del regime di responsabilità, ma segnatamente in relazione ad altri elementi, quali, ad esempio, la revoca dall'ufficio.

Il tenore di quest'ultimo istituto differisce a seconda della *qualitas* del soggetto a cui va ad applicarsi, se membro del consiglio di amministrazione, o componente dell'organo di controllo.

²⁷³ FERRARO P. P., *op. cit.*, pag. 596.

²⁷⁴ In argomento v. DOMENICHINI G., *op. cit.*, pag. 774. In questo senso si riprodurranno significative implicazioni in termini di onere della prova, atteso che nell'ambito della responsabilità esclusiva occorrerà dimostrare che il danno patito sia una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dei sindaci, mentre se si tratta di responsabilità concorrente si deve fornire la prova dell'unità del fatto dannoso.

Questo delta regolamentativo nell'ambito dell'impianto ante – riforma dispiegava i propri effetti in particolar modo sull'azione sociale di responsabilità, laddove, mentre il quarto comma dell'art. 2393 c.c. depone per la revoca automatica dell'amministratore nel caso in cui l'azione di responsabilità contro di lui sia assunta col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, il secondo comma dell'art. 2404 c.c. subordina, invece, la deliberazione di revoca del sindaco all'approvazione con decreto da parte del tribunale.

Perciò tra i due disposti normativi era di pronta evidenza l'oggettivo contrasto precettivo.

Le difficoltà interpretative connesse a suddetta impostazione non erano poi sedate dal richiamo, espresso in termini generici, all'applicazione dell'art. 2393 c.c. da parte del terzo comma dell'art. 2407 c.c., impostazione che di certo acuiva le già manifeste perplessità sulla concreta disciplina dell'istituto della revoca in caso di responsabilità sindacale.

La specificazione (in quanto compatibili) contenuta nel nuovo terzo comma ha significativamente contribuito a sciogliere i dubbi palesati in merito, così da scavalcare le problematiche esegetiche rilevabili sul punto in sede anteriforma.

Perciò, considerando superata la *vexata quaestio*, essa consente di dichiarare in modo univoco la non applicabilità del quinto comma dell'art. 2393 all'azione di responsabilità avverso i sindaci²⁷⁵.

La formulazione dell'attuale terzo comma dell'art. 2407 consente favorevolmente di superare anche le possibili difficoltà interpretative che il richiamo all'art. 2393 bis può importare.

Questo disposto, infatti, al terzo comma, prescrive che nell'ambito dell'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza la società sia chiamata in giudizio e l'atto di citazione sia ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale.

²⁷⁵ In argomento v. *amplius* S. AMBROSINI, op. cit., pagg. 915 – 916.

È evidente che in sede di actio avverso i membri dell'organo di controllo questa parte della norma, *id est* il riferimento alla notifica compiuta al presidente del collegio sindacale, non possa trovare applicazione e ciò in considerazione del fatto che "*quest'ultima previsione si giustifica soltanto lì dove l'azione venga esercitata nei confronti degli amministratori legali rappresentanti della società, per evitare che questi, in evidente conflitto di interessi, siano l'unico tramite per l'integrazione del contraddittorio con la società litisconsorte necessaria*"²⁷⁶.

²⁷⁶ FERRARO P. P., op. cit., pag. 595. Sul punto Egli specifica ulteriormente che il terzo comma dell'art. 2393bis concreti un'ipotesi eccezionale di rappresentanza processuale passiva aggiuntiva, ma non alternativa, la quale ha la specifica funzione di consentire che la notifica raggiunga i suoi effetti.

CAPITOLO TERZO

“LA TEORIA DEI SEGNALI DI ALLARME E LA SENTENZA BIPOP-CARIRE”

INDICE: 1. La teoria dei c.d. “segnali di allarme” – 2. La sentenza Bipop-Carire. – 3. Critica della dottrina. – 3.1. La giurisprudenza successiva – 3.2. La sentenza 14783/18. – 3.3. La sentenza 42519/1

1. La teoria dei c.d. “segnali di allarme”

Nei capitoli precedenti si sono analizzate le dinamiche legislative, giurisprudenziali e dottrinali che hanno accompagnato l’evoluzione dell’istituto della responsabilità dei *board* amministrativi e di controllo.

L’evoluzione analizzata nel primo capitolo ha messo in luce come la prassi adottata dalla giurisprudenza prima del 2003 era quella di individuare i sintomi di colpevolezza e volontarietà di adesione all’azione criminosa in due elementi: la violazione del dovere generico di vigilanza e la mancata attivazione dei poteri impeditivi. Questo comportava che ogni inerzia degli amministratori o sindaci, comportasse una automatica e voluta accettazione del rischio di possibile verifica di un fatto illecito, ascrivibile quindi nel territorio del dolo eventuale.

Si è evidenziato, inoltre, come questa impostazione sia sostanzialmente in contrasto con i principi costituzionali che operano in campo penale, e ha portato ad una confusione sul piano soggettivo tra dolo e colpa dovuta ad una

difficile evidenza delle prove in ambito di elemento psicologico del reato, in particolare in campo omissivo²⁷⁷.

Infatti, come si è avuto modo di esporre, il metodo di rilevazione della responsabilità veniva spogliato dei suoi criteri teorici e formali, risultando i comportamenti riconducibili alla colpa totalmente scomposti; posizioni di pura garanzia venivano declassate ad obblighi di sorveglianza, il dolo era ricondotto, come detto, ad inerzia sfociando in casi di responsabilità per fatto altrui.

L'intervento della riforma, d.lgs. 6/2003, ha portato a modifiche che sono state delle più svariate e pregnanti, rivoluzionando diverse norme, istituti e poteri/doveri. Si è manifestata così la necessità di aggiornare la disciplina con il consolidarsi dell'esperienza nazionale ed internazionale, porre maggiori tutele alle figure coinvolte nelle attività importanti della gestione e controllo dell'impresa, ma soprattutto evitare l'affermarsi di un modello di responsabilità oggettiva e di posizione.

Questo capitolo si soffermerà proprio sull'evoluzione giurisprudenziale seguita alla riforma societaria che ha portato, non senza problematiche, ad una soluzione sicuramente più matura basata sulla teoria dei c.d. "segnali di allarme"²⁷⁸.

Secondo l'orientamento che quale aderisce alla teoria dei c.d. "segnali di allarme", affinché si possa considerare la responsabilità di tipo concorsuale omissiva dei membri dei collegi, bisogna avere la prova che questi abbiano avuto la rappresentazione di alcuni indici rivelatori, tali da attivarsi per accertare oppure evitare, con poteri propri, la realizzazione di condotte

²⁷⁷ M.PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in Giur. It., 2010, 978. Fa una analisi di riferimento a modelli di ascrizione di responsabilità di posizione o per assunzione.

²⁷⁸ Trib. Milano, sez. II, sent. 24/11/1999, in Giur. it., II, 2638.

criminose²⁷⁹. Questo minimum richiesto di coefficiente soggettivo è da ascrivere nella cornice delle massime di comune esperienza, *id quod plerumque accidit*, e grado di diligenza propri della professionalità dei consiglieri o sindaci.

Si addebita il dolo per non aver considerato, seppur percepiti, i campanelli di allarme. Questi rilevano in ambito penale quando sono esaustivi per la rappresentazione completa del soggetto dell'evento dannoso.

Detto questo c'è preventivamente da affermare che, seppur di notevole pregnanza e importanza, lo sforzo di questo metodo, sicuramente più minuzioso di quelli incontrati in precedenza, riscontra inevitabilmente il limite di non aver delineato in modo certo e sicuro gli elementi caratterizzanti di questi “segnali di allarme” necessari affinché possano essere elevati ad indicatori esaustivi di un illecito che si sta commettendo. Ci si pone dunque il dubbio della loro validità completa da ritenere provata la componente rappresentativa del dolo così come l'accettazione, quindi volizione, del rischio del crimine.

Ancora una volta si riconosce la loro posizione di garanzia nei confronti della società di cui sono il vertice, ma questa volta fondata sul loro dovere civilistico di attivazione nel caso in cui si percepiscono suddetti campanelli di allarme che scaturiscono dall'atto illecito posto in itinere.

Sotto tale punto di vista, come già evidenziato, la riforma, ha avuto dunque importanti riflessi in campo penale dal momento che *“l'ampiezza dei poteri giuridici ricavabili dalla normativa civilistica e di quelli concretamente*

²⁷⁹ INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

esercitabili nella realtà aziendale segna in modo invalicabile la sfera dei doveri posti in capo ai non esecutivi”²⁸⁰

Muovendosi nelle linee imposte dalla nuova disciplina, è necessario fare una disamina tra la circostanza in cui i singoli individui del collegio considerati responsabili, abbiano un semplice sospetto o una reale conoscenza del fatto illecito.

Prima di tutto, nel caso si riscontri un sospetto del verificarsi di fatti pregiudizievoli derivanti dall'evidenza di situazioni fuori dall'ordinario da cui scaturiscono i segnali di allarme, fa sorgere in capo all'agente l'obbligo di informarsi ex. 2381.6 c.c.

Per adempiere al proprio dovere di cui poc'anzi, bisogna utilizzare gli strumenti conoscitivi a propria disposizione e sottoporre le incongruenze riscontrate agli organi collegiali della società. In caso di mancata attivazione si avrà conseguente violazione dell'obbligo di agire informato.

Ulteriore circostanza è quella in cui ad esempio gli amministratori non esecutivi siano effettivamente a conoscenza di fatti illeciti, in questo caso si riscontrerà omissione dell'obbligo di intervento ex. 2392.2 c.c., che, analogamente al primo caso, è oggetto di contestazione penale.

Si capisce già a questo punto quanto sia centrale un'attenta analisi ed individuazione di quelli che sono i poteri impeditivi, soprattutto perché “è altrettanto certo che la prova della responsabilità penale deve cadere pure sulla capacità di impedimento del fatto, una volta che il preposto alla

²⁸⁰ CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del Diritto societario*, in *Cass. pen.*, 1, 2008, 103, nota a *Cass.*, Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, Amato e altri, rv. 237251 (c.d. Bipop Carire).

posizione di garanzia abbia percepito l'evenienza dannosa. Diversamente si accollerebbe a costui un dovere connotato da inesigibilità²⁸¹.

La giurisprudenza dominante riconoscendo, come appena specificato, una figura garante in capo ai non operativi, tende ad evidenziare l'importanza, non scontata, degli elementi soggettivi dell'imputazione ricorrendo quindi ad espedienti forniti, in sede di analisi giurisprudenziale, dall'applicazione della c.d. "teoria dei segnali di allarme".

Tuttavia, bisogna accennare al fatto che parte della dottrina ha posto alcune critiche, che si riprenderanno successivamente per un'analisi più profonda, evidenziando uno schema imperfetto di coordinazione tra schemi penali e disciplina civile.

Si ritiene infatti che *“lo stesso meccanismo del rinvio in bianco alla normativa civilistica ad essersi rivelato problematico anche sul terreno della responsabilità degli amministratori non esecutivi. E ciò per la semplice ragione che l'impianto codicistico della responsabilità civile degli amministratori è un sistema che vive di regole proprie funzionali alla gestione della società e al risarcimento del danno come necessario contrappeso ai poteri conferiti agli amministratori: è un corpo di regole creato per corrispondere alle esigenze del diritto civile e del diritto commerciale”*²⁸².

²⁸¹ Cass., Sez. V, 5 novembre 2008, Ferlatti, in *Mass. Uff.*, n. 241852.

²⁸² CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Stella*, vol. II, Napoli, 2007, 1015.

2. La sentenza BIPOP-CARIRE.

Il *leading case* in materia, è costituito proprio dalla sentenza “Bipop Carire”²⁸³ questa, nonostante vada a convalidare l’inevitabile posizione di garanzia di cui sono protagonisti soprattutto gli amministratori privi di deleghe, ha previsto una notevole restrizione dei margini della loro responsabilità in coerenza con le modifiche apportate dalla riforma.

La peculiarità di tale decisione deriva dal fatto che finalmente i giudici hanno considerato la sussistenza di un profilo penale diverso per gli amministratori privi di deleghe, rispetto ad azioni compiute da quelli delegati.

È necessaria una spiegazione propedeutica del caso concreto che ha coinvolto questa persona giuridica.

La Bipop Carire era una società per azioni bancaria sorta nel 1999 dalla fusione tra Banca Popolare di Brescia e Cassa di Risparmio di Reggio Emilia, che fu acquistata nel 2002 da Banca di Roma portando alla nascita di Capitalia.

Negli anni '90 fu protagonista di un notevole scandalo finanziario che aveva preso piede già durante la crescita sospetta della minore Banca Popolare di Brescia.

È stato uno dei più gravi scandali che ha direttamente toccato più di 70.000 risparmiatori e piccoli azionisti, coinvolgendo il mercato di distribuzione del risparmio per circa 10 miliardi di euro.

²⁸³Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, Bipop-Carire.

BONELLI F., *Presidente del consiglio di amministrazione di S.p.A.: poteri e responsabilità: poteri e responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2, 2013, 215 ss. «Come la sentenza “Franzese” costituisce una pietra miliare in relazione al problema della causalità omissiva, la sentenza Bipop-Carire del 2007 rappresenta una pietra miliare nella interpretazione dei doveri e delle responsabilità degli amministratori senza deleghe»,

In via preliminare e senza pretese di completezza che verranno successivamente soddisfatte, quattro furono i punti cruciali dell'exploit finanziario e della sua rilevanza nel panorama economico, sociale e giuridico.

Prima di tutto la ripetuta violazione della disciplina preposta al controllo dell'intermediazione finanziaria. Erano presenti notevoli conflitti di interesse e poca trasparenza. Da un lato, la superficialità della banca sulla ricerca di informazioni del rischio dei risparmiatori e piccoli azionisti, dall'altro infime notizie sui rischi dei prodotti venduti agli stessi risparmiatori.

Correlato al questo punto, l'abuso eccessivo della fiducia dei risparmiatori c.d. "prudenti" che avevo riposto nelle banche precedenti alla fusione i loro risparmi ed investimenti. La banca infatti non valutava e non differiva la gestione a seconda del soggetto di turno, portando inevitabilmente ad una allocazione precaria degli assets che finivano tutti per essere appiattiti e non differenziati tra categorie più o meno rischiose., nonostante il panorama economico finanziario stesse avanzando verso discipline più rigide e a tutela del risparmio.

Ancora, totale assenza di tutela commerciale dei risparmiatori, quindi squilibrio evidente tra intermediatori e risparmiatori. Evidenti in certe circostanze pratiche, ma giuridicamente difficili da perseguire vista la complessità attuativa e i numeri elevatissimi di soggetti coinvolti.

Senza infine considerare le soluzioni successive allo scandalo che hanno sì de quotato Bipop Carire, ma senza porre soluzioni concrete per la fiducia e credibilità persa dei piccoli risparmiatori.

Entrando ora in un'analisi più tecnica e minuziosa, bisogna considerare che il risparmio gestito all'epoca dalla Bipop Carire, era stato travolto, come altri soggetti economici, dagli alti rendimenti assicurati dai titoli resi possibili dalla c.d. new economy. In concomitanza, il mercato italiano offriva nuove

innovazioni, come l'introduzione delle piattaforme che permettevano scambio di azioni online. Questi rendimenti portarono la società a capitalizzare in certi periodi anche più della Fiat.

Su questa ondata, e successivamente all'acquisto di altri istituti di credito da parte della Bipop Carire, ci fu un aumento del capitale sottoscritto attraverso i finanziamenti bancari dei soci, alla quale però sfortunatamente seguì sul mercato finanziario lo scoppio della bolla, oramai prevedibile, dei titoli tossici della new economy.

Questi collassi sfociarono in un malcontento dei risparmiatori che portarono a segnalazioni e ad una ovvia lunga ispezione di Bankitalia. Da questa vennero rilevate svariate irregolarità, in particolare centinaia di conti c.d. "privilegiati", quindi a rendimento garantito, di una platea di clienti di fascia alta, a scapito però di un momento di negatività finanziaria dei titoli bancari²⁸⁴.

I risparmiatori erano evidentemente traditi nella loro fiducia riposta nella banca in questione. Per comprendere meglio la portata disastrosa di questo evento si prenda in considerazione che sono stati collocati dei c.d. "prodotti folli", presso soggetti responsabili, quindi lontani dal voler investire in portafogli aggressivi ed instabili. La banca non offriva ovviamente delle garanzie forti se non a livello formale di incontro con i risparmiatori. Con questa asimmetria informativa si evidenziò un'illegale disparità tra

²⁸⁴ Si è fatta un'indagine su 500 risparmiatori, che hanno risposto a un questionario, fra i 3 mila aderenti. Il 76% di essi ha oltre 51 anni, il 35% oltre i 65. Tra tutti, solo l'1% vuole una «crescita aggressiva» dei soldi investiti. Prevale la prudenza in quasi tutti: il 42% vuole evitare la perdita di denaro, il 47% dice che non vuole «correre rischi». Salsi ha espresso un «cauto ottimismo» sulla possibilità di un confronto con Capitalia, in tempi «abbastanza brevi». L'istituto subentrato a *Bipop-Carire* ha stanziato 60 milioni di euro per i possessori di obbligazioni Cirio e Parmalat. Ora, non può fare a meno dei clienti acquisiti e ignorare «uno dei casi più gravi di risparmio tradito», divenuto esemplare per due motivi citati prima: c'è stata una evidente violazione del Testo unico sulla intermediazione finanziaria; è stata la prova di come le tare del mercato (conflitto d'interesse di una banca che piazza anche i propri titoli, risparmiatori senza assistenza) possono diventare devastanti, in assenza di un intervento legislativo.

risparmiatori ed intermediari, questi ultimi sapevano, ma nella loro volontà di guadagno, tacevano.

Venendo al nucleo che qui rileva per la trattazione, nel caso in esame, venivano inoltre contestate diverse irregolarità, tra cui la mancata tenuta contabile della gestione di determinati patrimoni (accompagnati da garanzie di tipo anomalo).

Tale situazione ha comportato significativi rischi per la banca e tali operazioni hanno configurato i delitti di false comunicazioni sociali e di ostacolo rispetto alle pubbliche autorità che dovevano vigilare sulla correttezza delle operazioni.²⁸⁵

In tale vicenda processuale è stato dato ampio risalto alle svariate determinazioni pratiche accertate nel corso del procedimento, che, secondo l'impostazione accusatoria, erano segno evidente per il consiglio di amministrazione della presenza di situazioni anomale nelle attività di gestione che comportavano anomalie volte ad integrare fatti pregiudizievoli di natura penale.

Come anticipato prima, la richiamata pronuncia muove per la prima volta un'analisi approfondita della responsabilità degli amministratori non esecutivi per fatti posti essere dai delegati alla luce della riforma, ricordando nuovamente che in nessuna delle sentenze precedenti la Suprema Corte si era mai interrogata sulle possibili conseguenze che le modifiche civilistiche attuate con il d.lgs. 6/03 avrebbero potuto avere sul regime della responsabilità penale omissiva degli amministratori non esecutivi.

Era già stato rilevato l'inefficienza dello schema tipico antecedente alla riforma, presupponendo quindi sufficiente per il rilievo del dolo la volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata come

²⁸⁵ Manzillo, F.F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit.

accettazione del rischio di qualsivoglia sviluppo negativo della gestione d'impresa, significava desumere la dimostrazione dell'elemento soggettivo dal semplice inadempimento, dando origine ad una sorta di dolo di posizione²⁸⁶.

Il giudice di primo grado, il GUP di Brescia, ha assolto gli amministratori privi di deleghe, ritenendo che la responsabilità penale fosse da riconoscere solamente a chi faceva parte del Consiglio di Amministrazione, ovvero agli amministratori esecutivi.

In questo modo, il profilo dei deleganti è stato alleggerito; allo stesso tempo, il magistrato non ha rinvenuto alcuna condotta colposa a carico di tali soggetti respingendo gli argomenti presentati dal pubblico ministero il quale ha sostenuto che il nuovo testo degli articoli 2381 e 2392 del codice civile sosterebbero la garanzia per gli amministratori che sono privi di deleghe.

La decisione di primo grado è stata impugnata dalla Pubblica Accusa, che ha ritenuto fosse sufficiente, da parte dei deleganti, la possibilità di venire a conoscenza di semplici indicatori di rischio ai fini di una loro imputazione penale.

Si tratta di segnali che possono essere rinvenuti nell'attività degli amministratori delegati, e che consentono di configurare una condotta dolosa, anche di tipo eventuale.

In questo modo, l'accusa ha condiviso l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, che ritiene sufficiente la presenza di "campanelli d'allarme" di tipo generico, per poter definire dolosa la condotta degli amministratori non esecutivi.

Il pronunciamento in esame, dunque, ha riconosciuto una rilevanza centrale al flusso delle informazioni, in quanto è proprio sulla base di queste ultime che coloro che non hanno deleghe operative devono giudicare ed operare il controllo delle azioni poste in essere dai loro colleghi esecutivi.

²⁸⁶ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. It. Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 1265 ss; DE FRANCESCO, *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008, p. 423 ss.

Quando tali dati vengono a mancare, oppure risultano non sufficienti, i deleganti non possono svolgere la loro funzione in maniera diligente.²⁸⁷

La diligenza, come precisato nel secondo capitolo del presente elaborato, viene riferita al tipo di incarico in questione, oltre che alle particolari competenze in possesso di chi amministra l'impresa.

In questo modo, è stata identificata una specifica obbligazione di diligenza, con la conseguenza che la responsabilità che ne può derivare non può più essere legata al fatto di non aver osservato obbligazioni generiche, ma solamente di quelle che conseguono a coordinate particolari.

La Suprema Corte è stata investita della questione dal Pubblico Ministero il quale sosteneva in fatto che per risultare la responsabilità concorsuale degli amministratori non esecutivi era sufficiente l'evidenza che questi fossero a conoscenza dei segnali, più precisamente indici, di rischio ravvisabili nelle attività poste in essere dai consiglieri con delega. La Corte ha respinto tale assunto spostando l'attenzione sugli elementi da prendere in considerazione per valutare correttamente il concorso omissivo improprio nel caso in specie.

Preso atto della circostanza che il d.lgs. 6/2003 ha *“certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società”* delineando *“il criterio direttivo dell'agire informato che sostiene il mandato gestorio”* e che in tal modo *“la riforma ha indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe”*, si ci è soffermati sulle modifiche che hanno sostituito il generico obbligo di vigilanza con lo specifico dovere di agire informato, infatti la Corte si è soffermata sul punto nodale della questione ovvero quello della sussistenza di prova pratica dell'elemento psicologico del reato²⁸⁸.

²⁸⁷ LUCENTE, G., *I profili di responsabilità penale degli amministratori di società*, 2016.

²⁸⁸ Cass. Pen., sez. V, sent. 4/5/2007 n. 23383.

Si nota in questa pronuncia come si sia seguita la scia della riforma in termini di meno onerosità rispetto alle responsabilità degli amministratori e quindi un conseguente ridimensionamento della loro posizione di garanzia. Anche in sede di questa sentenza si è infatti evidenziato nello specifico come da un lato sia comunque pregnante ed inderogabile il dovere giuridico di impedire un evento criminoso e dannoso per la società così come per altri soggetti; dall'altro si è posto a fondamento della decisione l'evidenza che, come ampliamento detto, il legislatore ha eliminato per gli amministratori non operativi il poco pratico generico dovere di vigilare sulle attività di gestione dell'impresa, affermando l'importanza dell'obbligo di informazione per gli organi esecutivi sulle attività poste in essere nella società, soprattutto quelle di rilevanza maggiore.

Si richiede al consiglio quindi, non sottovalutando però l'importanza e la specificità di tale compito, di controllare e valutare gli elementi che vengono loro dati dagli esecutivi, ovviando in tal modo all'indefinito potere di mera vigilanza.

Il discrimen in queste attività è di facile comprensione, è evidente infatti che mentre la vigilanza richiede un'attività perenne e generica, la valutazione degli elementi a disposizione, anche se con cadenza periodica e non continuativa, permette un'analisi più specifica e dettagliata.²⁸⁹

Nello specifico, l'analisi e in particolare la prova del dolo di concorso, in sede giurisdizionale, ha sussiste e va fornita dimostrando la conoscenza e non la conoscibilità del comportamento criminoso posto in essere. Questa prova

²⁸⁹ Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, in *Cass. pen.*, 2008, p. 103, con nota di F. CENTONZE F., *La suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; nonché F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 159, in cui l'Autore ravvisa una radicale diversità, in termini di estensione, nelle rispettive responsabilità tra amministrativi delegati e non, sostenendo che con la riforma si è avuto l'effetto di una attenuazione della responsabilità dei secondi in caso di delega; *contra* Gup Brescia, 31 maggio 2005, n. 604, *inedita*, dove è invece stato sostenuto che con la novella sia completamente venuto meno l'obbligo di garanzia in capo agli amministratori non esecutivi.

viene data al termine di una verifica dei suddetti segnali di allarme, valutando in concreto se gli stessi siano stati percepito dal membro del consiglio di amministrazione privo di delega, sussistendo così la colpa; o se siano rimasti ascritti nella mera percepibilità, in questo caso evidenza della colpa²⁹⁰.

In questa sede che riemergono le difficoltà collegate a questo metodo di valutazione della responsabilità, ossia i limiti alla loro identificabilità pratica, non essendo individuate le caratteristiche che queste circostanze devono avere per essere considerate in campo probatorio per indicare la componente dolosa della rappresentazione.

Interviene la Cassazione affermando che questi segnali rilevano quali indici incriminatori idonei a sostenere illecità dell'azione limitatamente a quando sono dotati di specifiche caratteristiche.

Rilevante ai fini dell'affermazione della responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo, occorre dimostrare che lo stesso abbia percepito segnali "perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito", dunque circostanze chiaramente e univocamente indicative del fatto di reato, nonché un apprezzabile grado di anomalia dei segnali rispetto al contesto operativo in cui essi si sono manifestati.

Importante è l'applicazione in sede pratica di questi giudizi di peculiarità e anomalia dei segnali, questi, afferma la Corte, non devono essere considerati in via astratta ed indiretta, ma attraverso un giudizio approfondito rispetto al caso concreto in cui ha operato il consigliere senza delega.

Non si può negare come, con la pronuncia n. 23383/2007, si sia affermato un tentativo notevole di razionalizzare, rendere più esaustivo e preciso lo schema di accertamento del dolo in concorso. Si è comunque evidenziata una

²⁹⁰ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 430 ss.

tutela dell'ascrivibilità del principio di colpevolezza troppo spesso minato nella giurisprudenza precedente, tutto questo muovendo dalla richiesta di maggiore sforzo probatorio da parte dell'accusa per mostrare come nel concreto si sia sostanzialmente percepito e rappresentato, evitando di dare troppa enfasi alla mera percepibilità per l'area del penalmente rilevante²⁹¹.

La rilettura in chiave garantista della posizione dei consiglieri non esecutivi operata nel caso *Bipop Carire*, ha alimentato le speranze di un nuovo corso giurisprudenziale, che operasse un *self restraint* rispetto all'orientamento consolidatosi in precedenza.

Le pronunce successive hanno però tradito tali aspettative, infatti, nonostante questi rilievi positivi sul caso *Bipop Carire*, di sicuro in linea con l'orientamento espresso dalla dottrina, va, però, rilevato come la Corte di Cassazione in decisioni successive abbia registrato un'involuzione a favore dell'indirizzo meno garantista.

Riassumendo e chiarendo quanto appena analizzato, bisogna evidenziare che la Corte, mediante la sentenza in esame, ha riconosciuto per la prima volta la sussistenza di precisi limiti alla responsabilità degli amministratori non esecutivi sul piano penale, al contrario di quanto affermato fino a quel momento da parte della giurisprudenza in modo praticamente unanime. Nonostante tali osservazioni rimanessero vere, i giudici non hanno ritenuto che le limitazioni di tipo oggettivo potessero operare nel caso esaminato; invece, i magistrati hanno configurato un'obbligazione, a carico dei non esecutivi, di controllare l'operato degli amministratori delegati, che non esclude la responsabilità per i primi per comportamenti dei secondi che siano rilevanti sul piano penale.

²⁹¹ Non è fuori luogo notare come, ai fini della mappatura dei segnali d'allarme rilevanti per la ricostruzione del dolo, la Cassazione abbia mutuato dalla dottrina del delitto tentato i requisiti della idoneità ed inequivocità degli indicatori di illiceità palesatisi agli amministratori privi di delega, così da poter ricostruire in termini di maggior certezza processuale – sotto il profilo dell'elemento soggettivo – il giudizio di responsabilità penale.

Da questo punto di vista, i giudici hanno seguito l'orientamento costante della giurisprudenza.

Non ci si è interrogati però sulla rilevanza di eventuali limitazioni oggettive per i deleganti.

Allo stesso tempo, non ci si è chiesti se questi ultimi potessero disporre del potere di impedire le condotte illecite degli amministratori esecutivi²⁹².

Il pronunciamento in esame, invece, si è preoccupato di identificare limitazioni di tipo soggettivo, e che, di conseguenza, dipendono direttamente dall'attitudine psicologica di chi amministra l'azienda.

In questo caso, effettivamente, i giudici hanno rinvenuto il carattere della colpa nella condotta dei deleganti e non del dolo, nemmeno nella sua forma eventuale.

Nella vicenda giudiziaria in questione, si potrebbe, al massimo, riconoscere una possibilità, puramente teorica, di conoscere gli indicatori rischiosi nel comportamento degli amministratori di tipo esecutivo.

A tale proposito, si pensi a come il Procuratore avesse rinvenuto una serie di campanelli di allarme nella vicenda che ha coinvolto la Bipop - Carire.

Gli amministratori deleganti, in effetti, avevano approvato in modo cosciente qualunque iniziativa dei dirigenti. Inoltre, si è resa necessaria la rettifica di diverse voci di bilancio poco tempo dopo rispetto all'approvazione di quest'ultimo. Si è ritenuto che il Consiglio di Amministrazione avesse la sola funzione di confermare scelte che erano state prese in altra sede. Ancora, venivano assegnate *stock options* in maniera patologica.

Nonostante tali elementi fossero stati segnalati dal Pubblico Ministero, i magistrati non li hanno considerati come sufficienti per configurare il dolo a carico dei deleganti, nemmeno nella forma eventuale.

²⁹² CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, Cass. Pen., I, 2008.

Effettivamente, la Corte non ha ritenuto adeguato svolgere l'equiparazione tra la conoscenza e la conoscibilità teorica della condotta illecita degli amministratori delegati.

Di conseguenza, i fatti richiamati dalla Pubblica Accusa non sono stati considerati come indicatori di consapevolezza, o di rappresentazione dell'evento non lecito. Allo stesso modo, essi non sono stati valutati dai giudici come indicatori della volontà di prendere parte alla condotta illecita, neppure dal punto di vista dell'omesso impedimento.

Per poter configurare un dolo, invece, i deleganti avrebbero dovuto avere una completa conoscenza e condivisione del fatto che la condotta dei colleghi non era lecita.

L'assenza di tali elementi, secondo i giudici, non può essere sostituita da una nozione generica di conoscibilità.

Allo stesso modo, i magistrati non hanno condiviso un'altra assunzione del Pubblico Ministero, che aveva postulato come, violando l'obbligazione di operare informati, gli amministratori privi di deleghe avrebbero agito in modo doloso senza avere un'adeguata conoscenza dei fatti.

Al contrario, i magistrati hanno valutato come l'assenza di diligenza nel raccogliere le informazioni necessarie potesse essere configurata come un comportamento da sottoporre a censura, in quanto indicante colpa e mancanza di diligenza. In questo modo, l'obbligazione di dare informazioni e di agire sulla base di queste ultime viene interpretata dai giudici come rientranti, in caso di inosservanza, nell'ambito della colpa, escludendo il dolo, anche eventuale.²⁹³

In definitiva, i magistrati hanno riconosciuto la limitazione del campo applicativo della garanzia per gli amministratori privi di deleghe. Essi,

²⁹³ FOGLIA MANZILLO, F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, op.cit.

tuttavia, non hanno preso in considerazione in modo esplicito i limiti di tipo oggettivo dei deleganti.

La scelta, invece, è ricaduta sull'attitudine psicologica di questi ultimi, escludendo la possibilità che in costoro si potesse ravvisare il dolo. Effettivamente, il pronunciamento in esame è stata l'occasione per esprimere una posizione innovativa e più coerente con una corretta valutazione della colpa e del dolo, rispetto alla casistica giudiziaria precedente.²⁹⁴

La teoria dei segnali o 'campanelli' di allarme è stata elaborata da parte della giurisprudenza, che ha rilevato come la responsabilità si possa configurare quando la Pubblica Accusa riesce a dimostrare come siano presenti e percepiti da parte delle persone imputate, determinati segni.

Questi ultimi, a loro volta, devono rimandare in modo certo e chiaro al fatto non lecito; allo stesso modo, si pone la necessità di verificare la gravità di tali segnali.

In effetti, solamente nel caso in cui essi presentino un'anormalità evidente gli amministratori deleganti hanno l'obbligo di intervenire per impedire che essi diano luogo ad una vera e propria condotta illecita.²⁹⁵

Si tratta, in definitiva, di aspetti che riescono a dimostrare il possibile compimento di fatti dalla potenziale natura illecita; nel caso, poi, che essi vengano ignorati, pur essendo conosciuti da parte degli amministratori deleganti, è possibile configurare una precisa responsabilità per non aver agito, impedendo che l'illecito si concretizzasse. Invece, quando essi non sono noti o non esistono proprio, i deleganti vengono esonerati da qualunque responsabilità per comportamenti omissivi dalla natura colposa.²⁹⁶

A tale proposito, sembra interessante osservare come, nell'elaborazione di tale teorizzazione, la giurisprudenza abbia messo in evidenza la rilevanza

²⁹⁴ CENTONZE, F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, op.cit.

²⁹⁵ Corte Cass., sentenza n. 21581, 25 maggio 2009.

²⁹⁶ Corte Cass., sentenza n.42519, 2 novembre 2012.

della valutazione di tali segnali rispetto alla loro percezione da parte di chi ha agito.

In altre parole, il delegante dovrebbe riconoscere tali elementi in base alla sua esperienza o conoscenze professionali, intuendo che sia possibile un futuro evento non lecito.²⁹⁷

Affinché, poi, si possa provare che l'evento sia stato correttamente rappresentato, non è necessario presupporre una piena conoscenza del fatto in esame; invece, si ritiene sufficiente una ragionevole certezza che esso si verifichi.

In aggiunta, si consideri che la dimostrazione della responsabilità sul piano penale si deve giocare sulla capacità di impedire che l'evento si verifichi in concreto.²⁹⁸

In definitiva, per riconoscere una responsabilità di tipo doloso da parte di un amministratore non esecutivo, bisogna dimostrare che egli possedeva le informazioni necessarie per configurare un concreto pericolo che si verificasse un evento illecito.

Alternativamente, deve essere dimostrato che esistevano segnali che facevano presupporre in modo chiaro la concretizzazione della condotta illecita.

Allo stesso tempo, si deve verificare il livello di gravità di tali campanelli d'allarme; di conseguenza, quando un amministratore delegante non agisce per impedire il fatto illecito, pur essendo presenti e noti i segnali che lo indicavano, si può ritenere che tale atteggiamento abbia contribuito all'evento dannoso.

Per questa ragione, a coloro che agiscono in questo modo sembra corretto assegnare una responsabilità dolosa.²⁹⁹

²⁹⁷ Ibidem

²⁹⁸ Corte Cass., sentenza n. 45513, 9 dicembre 2008.

²⁹⁹ Corte Cass., sentenza n. 36595, 22 settembre 2009.

3. Critica della dottrina.

La dottrina ha sollevato alcuni dubbi circa l'uso dei segnali di allarme da parte della giurisprudenza.³⁰⁰

A tale proposito è interessante richiamare un pronunciamento risalente del 2002, con cui la Corte di Udine ha condannato l'amministratore di una S.p.A., riconoscendolo colpevole di bancarotta di tipo fraudolento, per atti dolosi e per false comunicazioni sociali.

Tale sentenza derivava da prove acquisite dalla Pubblica Accusa, da indagini svolte dalla Guardia di Finanza, nonché dalla relazione predisposta da parte del curatore fallimentare dell'azienda.

Da tale insieme di atti è risultato come fossero stati messi in atto, da parte degli amministratori esecutivi, comportamenti dal carattere fraudolento. Di conseguenza, veniva riconosciuta la responsabilità penale anche per l'amministratore non delegato.

Sette anni dopo, la Corte di Appello di Trieste aveva confermato la sentenza emessa dal giudice di primo grado, relativamente alla bancarotta di tipo documentale e per distrazione.

Invece, la fattispecie di false comunicazioni sociali è stata riqualificata e riferita al contenuto dell'articolo 2621 del codice civile. In aggiunta, il giudice di Appello ha deciso l'assoluzione relativamente alla bancarotta a seguito di condotte di tipo doloso.

Tale sentenza è stata contestata ai giudici della Corte Suprema, in base alla supposta nullità del pronunciamento impugnato, in quanto i reati sarebbero stati opposti in maniera scorretta, dato che l'imputato era privo di deleghe di tipo operativo, e non aveva posto in essere atti di gestione dell'azienda fallita.

³⁰⁰ MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, Diritto Penale Contemporaneo, 2012.

Secondo la ricostruzione della persona imputata, dunque, sarebbe mancata la prova del fatto che avesse percepito e compreso i fatti illeciti, oltre a non essere stato dimostrato che egli fosse effettivamente capace di impedirli.

Di conseguenza, i giudici della Cassazione si sono trovati ad affrontare la tematica della responsabilità in concorso dell'amministratore non esecutivo rispetto a delitti che sono stati commessi nel gestire l'impresa.

A tale proposito, si consideri come la sentenza si sia concentrata solamente sui profili civilistici in quanto i reati erano ormai caduti in prescrizione.

I magistrati della Cassazione hanno ritenuto come l'amministratore fosse sprovvisto di deleghe specifiche e di come il diritto societario fosse stato profondamente trasformato dalla riforma del 2003.

Per questo motivo, era necessario dimostrare che l'imputato fosse stato a conoscenza delle attività illecite. In altre parole, si doveva provare la conoscenza di segnali che suggerivano come le condotte degli amministratori esecutivi fossero talmente irregolari da non poter passare inosservate.

Ciò nondimeno, il pronunciamento che è stato impugnato non conteneva alcun riferimento a tali elementi.

Allo stesso modo, non vi era alcuna indicazione di un possibile campanello d'allarme talmente evidente da spingere l'imputato ad intervenire.

Di conseguenza, quello che emergeva era un'evidente opposizione con l'articolo 40 del codice penale; quest'ultimo, in effetti, sanziona solamente chi non interviene pur avendo un preciso obbligo di farlo, presupponendo che la persona fosse a conoscenza dell'evento.³⁰¹

Infine, oggetto della contestazione era anche l'omessa identificazione del comportamento che l'imputato avrebbe dovuto tenere per evitare che venissero compiute condotte illecite.

³⁰¹ ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2011.

Tali osservazioni hanno convinto i magistrati a decidere l'annullamento del pronunciamento contestato, rinviando la questione al magistrato competente. Quando si esamina la decisione della Corte Suprema, uno degli elementi da prendere in considerazione è costituito dai modi con cui può essere accertato il profilo psicologico; si tratta, in effetti, di dimostrare che la persona imputata si fosse resa conto del fatto che si stava commettendo una condotta illecita.

Nel caso in esame, poi, viene rimproverato agli amministratori senza deleghe di essere rimasti inerti, pur conoscendo l'esistenza di un fatto non lecito e potendo cercare di prevenirlo.³⁰²

Agendo in questa maniera, l'imputato avrebbe, seppur implicitamente, accettato la possibilità che venisse commesso un illecito; ciò nondimeno, si nota come l'accertamento dell'elemento soggettivo, che, nel caso degli amministratori deleganti coincide con il dolo eventuale, ha posto diverse problematiche.

Queste ultime, in particolare, derivano da una sorta di deviazione importante, ma che avviene con una certa frequenza, dai principi che si usano normalmente per accertare l'esistenza di tale aspetto del reato.

Tale affermazione sembra essere supportata dal fatto che la conoscenza esterna di un intento criminale ha determinato l'elaborazione di soluzioni di segno opposto da parte della giurisprudenza.

Quest'ultima, in effetti, ha preso in considerazione le critiche degli esperti, che, in definitiva, hanno riguardato la teoria dei campanelli d'allarme brevemente esposta in precedenza.

Tali indicatori, effettivamente, sono stati ritenuti sufficienti per dimostrare il profilo doloso delle azioni dell'amministratore privo di deleghe;³⁰³ prima di entrare nel merito delle critiche, tuttavia, sembra interessante fare una breve premessa.

³⁰² MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, op.cit.

³⁰³ CENTONZE, F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, op.cit.

Difatti, è bene precisare come, generalmente, dimostrare l'elemento soggettivo, come il dolo nel caso in esame, deve partire dalla considerazione di come si sia sempre in presenza di un evento interno.

Di conseguenza, non è possibile accertarlo attraverso i sensi, come invece accade nel caso in cui si verifichi un evento di tipo esterno, ma esso deve essere inferito da informazioni esterne, che, in questa sede, corrispondono agli 'indici di allarme'.³⁰⁴

A tale riguardo, si osserva come la giurisprudenza, anche quella di legittimità, abbia espresso, nelle fasi iniziali, un orientamento che riteneva come bastasse l'inosservanza volontaria delle obbligazioni relative al controllo. In questo modo, tale elemento veniva ritenuto un'accettazione automatica di qualunque fatto negativo della gestione aziendale; in altre parole, il dolo veniva dimostrato ricorrendo all'osservazione che gli amministratori non avevano ottemperato i loro obblighi.

Da tale assunto, poi, derivava che la semplice qualifica all'interno dell'impresa era vista come un segnale del dolo; tale orientamento della dottrina ha così configurato un 'dolo da posizione'.³⁰⁵

Si supponeva, in altri termini, che coloro che occupavano posizioni apicali nell'azienda dovevano necessariamente essere a conoscenza dell'eventualità che altri attori aziendali potessero compiere alcuni reati, come la bancarotta di tipo fraudolento o le false comunicazioni societarie.³⁰⁶

Alternativamente, si riteneva che fosse sufficiente non essersi attivati in presenza di campanelli d'allarme di reati che erano stati commessi successivamente, prescindendo completamente dalla corretta percezione e valutazione di tali segnali.³⁰⁷

³⁰⁴ Demuro, P., *Il dolo*, Milano, 2010.

³⁰⁵ DEMURO, P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, Dir. pen. cont.–Riv. trim, 1, 2012.

³⁰⁶ DE FRANCESCO, G., *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008.

³⁰⁷ CRESPI, A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999.

Ancora, si riteneva sufficiente dimostrare che l'imputato non avesse agito in presenza di campanelli d'allarme ben riconoscibili, e che hanno portato in seguito al compimento di reati.

Questi orientamenti, che hanno caratterizzato la giurisprudenza iniziale, sono stati fortemente criticati da parte della dottrina; in particolare, la prima delle posizioni descritte è stata ritenuta erronea, rispetto all'identificazione del dolo.

In questi casi, effettivamente, l'oggetto non sarebbe da riferire solamente al mancato esercizio dell'attività di verifica, quanto agli eventi potenzialmente illeciti che i consiglieri esecutivi stavano programmando.

Invece, la seconda posizione illustrata è stata oggetto di critica in quanto non si è ritenuto che la rappresentazione del fatto, con la conseguente accettazione, seppur implicita, delle sue conseguenze, si possa presumere dalla semplice presenza dei segnali di allarme, da cui si sarebbe dovuto presumere una condotta delittuosa da parte degli amministratori.

In effetti, la dottrina³⁰⁸ ha contestato tali argomentazioni, sottolineando come, nella situazione concreta, la figura che stava all'apice dell'organizzazione potrebbe anche non essere stata a conoscenza dei segnali di eventuali comportamenti non leciti.

Inoltre, anche ammettendo tale consapevolezza, si trattava pur sempre di segni di un rischio, e, di conseguenza, essi non possono costituire, da soli, la prova di una concreta conoscenza di quello che stava accadendo in azienda.

Invece, tali indizi devono essere talmente cogenti da determinare una precisa azione da parte dell'amministratore delegante, che, in questo modo, può conoscere realmente l'intento criminale dei colleghi esecutivi.

Quando, in presenza di una situazione del genere, si rimane inermi e non si cerca di evitare che l'intenzione si concretizzi in un reato, è possibile

³⁰⁸ MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, op.cit.

rinvenire una responsabilità in concorso per omissione, evitando di dare come scontato l'atteggiamento a livello psicologico.³⁰⁹

In altre parole, è necessario evitare quello che è successo in giurisprudenza, ovvero di operare una sostanziale sovrapposizione tra la possibilità di conoscere e l'effettiva conoscenza.

Si tratta, in effetti, di scongiurare la possibilità che la fattispecie del dolo eventuale venga svuotata di significato, dato che verrebbe marginalizzato l'aspetto legato alla rappresentazione, così come quello relativo alla fase volitiva. In questo modo, si presupporrebbe un insieme non definito di fatti dal segno giuridico negativo, senza operare un reale collegamento con il delitto che è stato commesso dai consiglieri esecutivi.³¹⁰

3.1. La giurisprudenza successiva

Le critiche dottrinarie brevemente esaminate nel corso del paragrafo precedente hanno spinto la giurisprudenza successiva³¹¹ ad affermare con chiarezza come l'esame della responsabilità contemplata dall'articolo 40 del codice penale si componga di due fasi.

La prima corrisponde alla rappresentazione del fatto, mentre la seconda si riferisce all'omissione cosciente nell'evitarlo; di conseguenza, non si può ritenere responsabile, dal punto di vista penale, una persona che non abbia avuto alcuna rappresentazione dell'evento che poteva arrecare pregiudizio. A tale proposito, è stato ribadito come non sia lecito equiparare tra loro la

³⁰⁹ DEMURO, P., *Il dolo*, op.cit.

³¹⁰ MARINUCCI, G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996.

³¹¹ Corte Cass., sentenza n. 23383, 4 maggio 2007.

possibilità di conoscere e la reale consapevolezza dell'evento, in quanto la prima situazione configura una colpa, mentre la seconda un dolo.³¹²

In effetti, una responsabilità di tipo colposo derivante dal fatto che la persona non ha impedito il fatto presuppone sia la rappresentazione dell'intento criminale che l'intenzione di non evitarlo.

Questo, effettivamente, è l'orientamento accolto dalla sentenza BIPOP-CARIRE, analizzata in precedenza; in tale occasione, i magistrati non avevano escluso la possibilità di ricorrere alla teoria dei campanelli di allarme per provare il dolo del consigliere privo di deleghe.

Invece, affinché tali elementi diventassero rilevanti a fini probatori, venivano richiesti tre passaggi da cui non è possibile prescindere.

Il primo consiste nel fatto che si deve trattare di segni particolari e non generici; questi ultimi, poi, devono indicare in modo chiaro che si sta mettendo in atto una condotta illecita.

Infine, l'amministratore delegato deve percepirli e valutarli come una rappresentazione dell'evento delittuoso che è stato commesso in un momento successivo, in quanto la semplice percezione non è stata ritenuta sufficiente per provare che l'amministratore delegante sia ricorso ad una reale valutazione dei campanelli d'allarme che aveva riconosciuto.³¹³

Tali argomentazioni, come si può facilmente verificare, risultano coerenti con i rilievi espressi in sede dottrinale.

Ciò nonostante, è bene osservare come la stessa Cassazione abbia disatteso tale linea in pronunciamenti successivi, segnalando un'evoluzione di segno contrario verso un orientamento di minore garanzia.

³¹² MARINUCCI, G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, op.cit.

³¹³ CENTONZE, F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

Tale andamento, in effetti, si è registrato nella sentenza n. 41136 del 2010,³¹⁴ che si è richiamata ad un precedente,³¹⁵ affermando come fosse necessario che il consigliere delegante avesse percepito che si stava compiendo un fatto non lecito da parte di chi amministrava l'impresa.

Di conseguenza, secondo le argomentazioni dei magistrati, si doveva provare che gli amministratori non esecutivi avessero percepito i segni dell'evento illecito.

Alternativamente, sarebbe stata sufficiente l'evidente irregolarità delle attività in esame, al punto da non poter essere equivocate; a tale proposito, i giudici hanno riconosciuto come il dolo di tipo generico costituisca il fattore psicologico del reato di bancarotta fraudolenta.

Allo stesso tempo, si è ritenuto come non fosse possibile non tenere in considerazione il fatto che l'amministratore fosse a conoscenza dei compimenti di azioni pregiudizievoli sul patrimonio dell'impresa.

Di conseguenza, da una parte la sentenza ha riconosciuto, in linea con la posizione dottrinale dominante, che, al fine di configurare la responsabilità penale per gli amministratori privi di deleghe fosse necessaria la rappresentazione della natura illecita del fatto.

Tale osservazione viene confermata dal fatto che gli esperti hanno criticato come i magistrati per il fatto di non aver fornito motivazioni sull'evenienza che la persona imputata conoscesse realmente gli eventi non leciti commessi dagli amministratori delegati dell'azienda che in seguito è stata dichiarata fallita.

Tuttavia, gli stessi giudici sono stati animati da preoccupazioni a carattere preventivo;³¹⁶ in questo modo, essi hanno ritenuto sufficiente la mera percezione dei campanelli d'allarme, o anche la loro semplice presenza, prescindendo completamente dal fatto che essi fossero percepiti.

³¹⁴ Corte Cass., sentenza n. 41136, 19 ottobre 2010.

³¹⁵ Corte Cass., sentenza n. 45513, 5 novembre 2008.

³¹⁶ CANTAGALLI, C., *Concorso omissivo negli organismi societari*, Nel diritto, 2009.

Tale modo di argomentare ha avuto come risultato quello di effettuare una comparazione di fatto tra la conoscenza dell'illecito alla possibilità di essere conosciuto; il ragionamento svolto dai giudici, effettivamente, comporta il fatto di presumere che l'amministratore delegante avesse una reale consapevolezza del reato che si stava compiendo.

Per questa ragione, alcuni esperti³¹⁷ hanno ritenuto che la sentenza del 2010 costituisca un'involuzione rispetto all'orientamento espresso nel pronunciamento del 2007 sulla vicenda del gruppo BIPOP-CARIRE.

Effettivamente, si può rinvenire un duplice ambiguità nelle argomentazioni dei magistrati del 2010, in quanto usano il verbo 'percepire' scollegandolo dall'esame dei segnali d'allarme, che invece sarebbe necessario per accertare la coscienza dell'intenzione criminale degli amministratori esecutivi.

In aggiunta, si consideri come vengano richiamate circostanze in cui anche la percezione sarebbe superflua, in quanto evidenti in modo inequivocabile alla persona imputata; ancora, rispetto al verbo scelto dai giudici, percepire, bisognerebbe osservare come la semplice percezione di un segnale non si traduca automaticamente nella rappresentazione concreta del delitto che si stava commettendo.

Di conseguenza, la fase della conoscenza dei segnali pregiudizievoli e quella del loro esame dovrebbero essere oggetto di un autonomo e distinto accertamento; in caso contrario, in effetti, si riconosce quel meccanismo di presunzione secondo cui la semplice percezione degli indicatori equivale alla consapevolezza di una condotta illecita.³¹⁸

A tale riguardo, si nota come i dubbi che sorgono da una modalità argomentativa di questo genere sono destinati ad aumentare, specialmente

³¹⁷ MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, op.cit.

³¹⁸ DE FRANCESCO, G., *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1991.

quando si considera come il criterio che si può desumere dal pronunciamento esaminato non sia affatto isolato.

Al contrario, partendo dalla decisione richiamata, i giudici hanno compiuto un passo ulteriore rispetto all'esame dei campanelli di allarme, affermando come, nel contesto del dolo eventuale, questi ultimi assumano una decisiva rilevanza, in quanto sintomi significativi del reato che si sta compiendo.

A tale proposito, l'unico profilo rilevante sarebbe quello di essere conosciuti, e non quello che si riferisce al delitto compiuto; in questo modo, la colpevolezza dell'imputato viene presunta, sempre che, ovviamente, non si riesca a giustificare in modo convincente che sussistevano ragioni legittime che hanno spinto l'amministratore senza deleghe a rimanere inerme.³¹⁹

Di conseguenza, non viene semplicemente affermata la possibilità che sia sufficiente la semplice percezione dei sintomi del futuro reato, ma si considera possibile una vera e propria inversione dell'onere della prova quando sussistano segni evidenti di una condotta non lecita da parte degli amministratori esecutivi, che impongono alla persona accusata di provare la legittimità del suo comportamento omissivo.

Tale argomento, nondimeno, non sembra poter essere condiviso,³²⁰ in quanto si pone in evidente opposizione con il criterio, espresso in modo chiaro nella Carta Costituzionale, secondo cui una persona si deve presumere innocente e non colpevole.

L'assunto affermato dai giudici, inoltre, non sembra compatibile con il modello accusatorio che attualmente informa il procedimento penale all'interno dell'ordinamento italiano.³²¹

In definitiva, come puntualmente osservato dalla dottrina recente,³²² sembra corretto affermare come la presenza del dolo vada valutata sulla base di

³¹⁹ Corte Cass., sentenza n. 45513, cit.

³²⁰ MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, op.cit.

³²¹ DEMURO, P., *Il dolo*, op.cit.

³²² MERCONE, G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, op.cit.

aspetti esterni, come lo sono i campanelli di allarme; allo stesso tempo, rimane necessario, in ossequio alla presunzione di innocenza, che si configuri un procedimento di personalizzazione.

Quest'ultimo, a sua volta, serve ad evitare che la prova dell'elemento soggettivo si svolga per mezzo di meccanismi generalizzati, fondati su un modello ideale, ovvero una sorta di agente-tipo che assume le vesti negative della persona che compie il reato per dolo.

Di conseguenza, sono due le dimensioni da tenere in particolare considerazione, ovvero aver il fatto di aver percepito e valutato i segni allarmanti e la loro rilevanza rispetto al delitto compiuto dagli amministratori esecutivi.

Infine, è bene osservare come, in seguito alla riforma delle società di capitali del 2003, i rilievi posti sulla posizione da cui derivano minori garanzie potrebbe assumere una maggiore importanza.

Effettivamente, adottare la posizione che presume la colpevolezza per la sola presenza di sintomi di eventi illeciti potrebbe avere come effetto quello di rendere più gravosa la situazione di chi compone il Consiglio di Amministrazione.

A questo riguardo, si nota come l'articolo 2381 del codice civile abbia disciplinato il modo con cui gli amministratori delegati sono tenuti a dare informazione delle loro attività all'organismo di cui fanno parte.

Di conseguenza, i consiglieri deleganti hanno a disposizione una quantità di informazioni superiori rispetto al passato; in questo modo, la teoria secondo cui questi ultimi 'dovevano sapere' può essere sostenuta in maniera più agevole.

La Corte di Cassazione, in effetti, potrebbe affermare che gli amministratori privi di deleghe, a ragione dei dati in loro possesso, potevano percepire con sicurezza la presenza di segni d'allarme, e che, di conseguenza, avevano

compreso che si stavano commettendo dei reati, accettando il rischio che questi ultimi si concretizzassero.

Effettivamente, le modifiche apportate al diritto societario nel 2003 potrebbero rivelarsi come armi molto potenti che possono essere usate dai giudici, considerando come essi abbiano mostrato di riconoscere anche la potenziale conoscenza dell'illecito come elemento sufficiente per configurare il dolo della condotta omissiva del consigliere privo di deleghe.³²³

3.2. La sentenza 42519/12

La situazione che si prende qui di riferimento fa capo ad una vicenda che ha visto coinvolta una banca, o istituto di credito, sottoposta a liquidazione coatta amministrativa ed inoltre imputata insolvente per bancarotta distrattiva e altre attività pericolose e volontarie³²⁴.

Il processo prese di mira ovviamente amministratori, con e senza delega, e i sindaci, ai quali erano fatti risalire reati tipici nel panorama dei reati fallimentari e societari, ad esempio il disegno tipo in cui il delegato agisce effettivamente sulla gestione della società e pone, inoltre, in atto attività fraudolente nei confronti dei creditori, ovviamente tenendo all'oscuro gli organi delegati al controllo e i deleganti. Altra ipotesi può essere considerato il caso in cui i non esecutivi e i sindaci non partecipano ai reati e nemmeno presenziano alla delibera, non opponendosi e mantenendo quindi un atteggiamento passivo.

³²³ CENTONZE, F., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in CENTONZE, F., *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007.

³²⁴ INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013. www.penalecontemporaneo.it

Ora è bene capire che durante il processo in questione, il primo grado aveva condannato tutti gli imputati unitariamente, nella sentenza di appello, per contro, la decisione aveva differenziato i diversi titoli dei soggetti sottoposti a imputazione. Infine, la Corte aveva definitivamente statuito la responsabilità dell'agente, ma aveva assolto i collegi che ignoravano l'illeceità delle azioni, per insussistenza del dolo.

Contro tale decisione, è intervenuta la Procura generale territorialmente competente, insieme ai liquidatori, che, proponendo ricorso, hanno evidenziato tramite strumenti probatori, la presenza di segnali d'allarme percepibili durante la gestione dell'impresa e nelle attività illecite oggetto di imputazione. Veniva infatti *“ritenuta erronea la valutazione della Corte (...) quando afferma che non vi fossero sintomi certi, visibili e conoscibili dell'illeceità delle operazioni”*³²⁵.

Infatti, venne affermato dall'accusa che constatata la prova evidente dell'illeceità delle attività volte e la situazione di dissesto della banca, la posizione passiva tenuta dagli amministratori e sindaci non può che risultare come aderente al reato.

Insieme alle vicende accusatorie, anche un membro del collegio sindacale aveva adito la S.C. sottolineando errori di applicazione della legge processuale penale e l'irrazionalità del regime di motivazione nei suoi confronti.

Entrando nel merito della questione, bisogna ricordare ancora una volta che gli amministratori deleganti non hanno più l'obbligo di vigilare sulla società, ma l'esclusivo dovere di valutare l'andamento della gestione in base alle informazioni percepite. Quindi, nel caso specifico di cui si tratta, che

³²⁵ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel. Micheli

coinvolge Il Credito Commerciale Tirreno, i membri del board non operativi non potevano essere colpevolizzati per bancarotta se non avevano percepito determinati segni di allarme da chi ha il compito di informarli, quindi il presidente in questo caso e altri.

Dopo un lungo processo e motivazioni articolate, la Quinta penale con tale sentenza si confermò per l'assoluzione degli amministratori, facendo ricadere piuttosto la responsabilità a carico del presidente e del vicepresidente.

La Cassazione aveva ribadito come la riforma del 2003 aveva delineato obblighi di ragguaglio informativo a carico del presidente e anche dell'amministratore delegate, andando così ad alleggerire la posizione degli altri membri del board. Il problema però risultava nel nesso tra la vigilanza attenuata e la responsabilità omissiva di cui al 40 cpv. di chi ha l'obbligo di tutelare gli scopi e la gestione di impresa.

Si era ritenuto insussistente la condotta omissiva in sé in quanto è sempre necessario che il membro non operativo si prefiguri e rappresenti l'evento dannoso come conseguenza della sua inerzia. I giudici avevano quindi considerato l'importanza della percezione dei segnali di allarme da parte di chi è tenuto a uno specifico dovere di informazione.

Il caso in questione inoltre risultava di non facile soluzione essendo i presunti colpevoli del reato accusati di aver volontariamente votato favorevolmente a delibere evidentemente dannose per la spa, tutto però basato su dei documenti presentati dal presidente del consiglio il quale otteneva facile consenso grazie al suo prestigio e autorevolezza, ingannando così i suoi colleghi. Questo nodo è stato come si è visto risolto dall'Appello che aveva incensurabilmente assolto i presunti colpevoli.

La Suprema Corte, come prima affermato, aveva incontrato problemi della tipicità dell'archetipo omissivo in quanto adita, come visto, dal ricorso del sindaco. Il fulcro di questa incompatibilità, a detta del ricorrente, si

riscontrava nell'iter logico posto dal giudice di appello e la formula che aveva portato all'assoluzione adottata.

Questo ricorso pose ulteriori spunti già riscontrati nella giurisprudenza post-riforma, quali il tema di determinazione dei poteri impeditivi e sul punto del nesso di causalità, tra di loro ovviamente correlate.

Come ampliamento percepito, fondamentale è dunque l'individuazione dei poteri suddetti visto che delineano il contenuto del precetto penale. Ci possono essere poteri direttamente impeditivi e quelli indirettamente impeditivi. Inoltre, poteri fissati dal legislatore ed altri atipici, non ascrivibili nei dispositivi di legge.

I poteri sono direttamente impeditivi se sono vincolanti ed incidono sull'attività del soggetto controllato³²⁶, diversamente sono indiretti se il garante si inserisce in una procedura scandita in più azioni con più soggetti, e il risultato dell'evento dipende dalla condotta di terzi³²⁷.

Generalmente la dottrina verte a ritenere che chi ha l'obbligo di attivarsi, deve esplicitarsi attraverso tutti i poteri, non solo direttamente impeditivi, evidenziando che nella realtà sostanziale delle società non ci sono definiti poteri impeditivi sugli atti gestori³²⁸. Interviene la giurisprudenza di legittimità per cui *«la posizione di garanzia richiede l'esistenza dei poteri impeditivi che peraltro possono anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»*³²⁹

³²⁶ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in Riv. trim. dir. pen. eco., 2006, 608.

³²⁷ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, 224.

³²⁸ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, 334.

³²⁹ In questi termini Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in Cass Pen., 2011, 101, con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e*

Per comprendere questo quadro è interessante riportare quanto affermato nella sentenza in questione dove si legge «*se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che "non hanno fatto quanto potevano" per impedirlo, occorre che i poteri [impeditivi] siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente*»³³⁰ .

Sembra essere affermata un'interpretazione comunque garantista dei poteri che dovrebbero essere minuziosamente dettati dal legislatore e in linea generale sempre direttamente impeditivi. Nel caso in questione questo punto non rileva nel percorso argomentativo, ma sicuramente è punto di riflessione per una costruzione più precisa e rigorosa dei precetti.

Un altro aspetto controverso affrontato nell'iter giurisprudenziale della sentenza riguarda la configurazione del dolo³³¹ per i soggetti che si considerano artefici di attività di apparenza lecita, anche se criminose. La Corte analizza anche in questo caso la questione dei campanelli di allarme, prendendo in considerazione le esperienze giurisprudenziali e portando ad una soluzione in linea di principio garantista.

sovrapposizioni. Conforme a tale orientamento Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in Riv. dott. comm., 2012, 187, con nota di G. CHIARAVIGLIO, Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali.

³³⁰ Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel. Micheli.

³³¹ GROSSO, C.F., *I principi e personalità della responsabilità penale e la casualità omissiva*, in C.DE MAGLIE – S. SEMINARA, *Scienza e casualità*, Padova, 2006, 137.

Ribadendo che per la sussistenza del dolo sono necessari dei segnali forti ed evidenti³³², si è evidenziata la concomitanza di:

- Gravi sintomi di illecità e crisi delle singole attività evincibili dagli amministratori
- È evidente una rappresentazione
- Contributo nei reati altrui con volizione ed accettazione degli illeciti

Nel caso in esame la S.C. riporta la teoria dei segnali affermando che si può discutere di dolo perché l'imputato risulta *«concretamente venuto a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse, ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo»*³³³.

Importante è considerare le condotte degli amministratori, la Corte infatti evidenzia alcuni elementi.

Si tratta prima di tutto della fiducia riposta negli amministratori esecutivi, soprattutto amministratore delegato, che nel caso in specie si caratterizzava per particolare prestigio essendo esperto in determinate operazioni tecniche. La Corte valuta la differenza tra la circostanza in cui l'amministratore non esecutivo, nonostante i segnali di allarme, rimane inerte perché pecca di interesse verso i creditori o verso le sorti della società. Altro discorso è se ripone la sua fiducia nelle capacità altrui nel compiere la gestione. Si sfocia spesso nel panorama societario ad un eccessivo affidamento da parte dei controllori in virtù della loro sicurezza nel soggetto agente. Quindi accade che l'inerzia non rappresenta necessariamente l'aderenza al fatto illecito.

³³² Così INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013. www.penalecontemporaneo.it

³³³ Così la decisione in commento

Se si considera l'ipotesi in cui gli amministratori, non a conoscenza del disegno illecito, mettono in pericolo interessi propri con utilizzo del capitale personale, è evidente che non sia presente la componente dolosa.

Infine, ci si sofferma sulla presentazione di dati o documenti farli sulla condizione della società da parte dell'agente, questo dimostra in linea generale che probabilmente mancava un accordo criminoso con gli amministratori privi di delega, e l'ignoranza dei controllori.

Tuttavia, si sottolinea ovviamente come questi ultimi due punti non siano esaustivi di per sé ad assolvere definitivamente soprattutto i controllori il cui ruolo e quello di verificare.

Si nota in questa sentenza la volontà innegabile di individuare dei poteri impeditivi che amministratori e sindaci debbono attivare per scongiurare atti illeciti a danno della società

Anche questa vicenda processuale offre quindi una finestra sulle difficoltà di contestazione penale nelle situazioni in cui deve essere individuato un nesso di causalità omissivo e quindi la sussistenza del dolo, quando manca la partecipazione attiva al reato.

È proprio questa sentenza che ci dimostra come dopo il caso Bipop Carire di cui sopra, è stato mosso un passo verso il superamento parziale della responsabilità che si fa risalire solo per la *posizione tenuta o per assunzione*³³⁴, che, come abbondantemente affermato nel corso di questa analisi, intacca con i principi di legalità e colpevolezza.

³³⁴PELISSERO M., “*Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*”, in Giur. it., 2010, 978 ss., nonché F. CONSULICH, “*Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*”, in Le Soc., 2012, 557 ss

3.3. La sentenza 14783/2018

Recentemente, la Prima sezione Penale della Corte di Cassazione si è pronunciata su una tematica decisamente attuale,³³⁵ che riguarda, appunto, il diritto penale economico, con particolare attenzione, in linea con il tema di cui si sta trattando, per la responsabilità dei consiglieri deleganti in riferimento ad eventi delittuosi messi in atto da parte dei colleghi esecutivi.

Si tratta di una tematica, che, sebbene attuale, non dovrebbe essere controversa, in quanto, come si è visto nelle pagine precedenti, i giudici di legittimità hanno stabilito ed applicato principi molto chiari per giudicare le azioni degli amministratori deleganti.

Ciò nondimeno, spesso la stessa giurisprudenza non ha dato applicazione a tali criteri, in quanto spesso si assiste a condanne di coloro che non sono direttamente coinvolti dal reato, a causa di problematiche legate all'aspetto colposo, doloso o soggettivo.³³⁶

A tale proposito, si nota come la recente sentenza sia particolarmente illustrativa della tendenza appena delineata; in particolare, si è trattato di un fatto molto articolato, che ha riguardato il fallimento di una S.p.A.

In tale situazione, la responsabilità è stata ascritta a tutto il Consiglio di Amministrazione, formato dal Presidente, tre amministratori deleganti ed un amministratore delegato.

Uno dei reati riconosciuti, poi, è stato quello della bancarotta di tipo fraudolento, che è stato commesso distraendo somme molto elevate dalla cassa dell'impresa.

Tale denaro, come mostrato dall'esito del procedimento, era stato corrisposto all'amministratore delegato ed al Presidente, in qualità di rimborso di spese

³³⁵ Corte Cass., sentenza n. 14783, 9 marzo 2018.

³³⁶ ROCCATAGLIATA L., *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, Giurisprudenza penale, 2018.

che in realtà non erano mai avvenute o che lo erano state per un importo decisamente inferiore rispetto a quanto dichiarato.

Ancora, tali somme si riferivano al regolamento di fatture che si riferivano a prestazioni che non erano mai state effettuate, o lo erano state solo parzialmente; infine, il denaro distratto era stato giustificato con spese che in realtà si riferivano alla costruzione di un'abitazione personale.

In aggiunta, si consideri come il Tribunale competente per territorio ha dimostrato la condotta omissiva dell'amministratore esecutivo e dei tre amministratori privi di deleghe, che, come ricordato in precedenza, avevano l'obbligo di intervenire, ai sensi dell'articolo 40 del codice penale.

Di fronte a tali fatti, accertati dai gradi di giudizio precedenti, i giudici della Cassazione hanno rilevato come l'affermazione della responsabilità dei consiglieri non esecutivi, rispetto al concorso per la distrazione di una somma complessiva di oltre 600,000 euro, sia da collocare nel campo applicativo del secondo comma del quarantesimo articolo del codice penale. Tuttavia, a giudizio dei magistrati, è stata omessa la ricostruzione del nesso tra le distrazioni di denaro ed il reale funzionamento dell'ente amministrativo dell'impresa.

Inoltre, al caso in esame non sarebbero stati applicati i criteri stabiliti dalla casistica di legittimità sulla responsabilità nei delitti di tipo fallimentare dei consiglieri non esecutivi, e che, in quanto tali, non avevano alcun potere di intervenire nella gestione dell'azienda.

Per questa ragione, i giudici della Corte di Cassazione hanno ritenuto che tale punto non fosse stato sufficientemente motivato,³³⁷ decidendo l'annullamento della sentenza, che è stata rinviata al magistrato di merito per un nuovo esame degli eventi.

Tale valutazione dovrà però tenere conto di un criterio indicato dagli stessi giudici della Cassazione; in effetti, è stato suggerito come, perché si possa

³³⁷ Corte Cass., sentenza n. 14783, cit.

riconoscere la responsabilità indicata dal codice penale, si ponga la necessità di ricostruire in via preventiva, la rete di rapporti tra gli eventi relativi alla distrazione di denaro e le concrete modalità di funzionamento dell'organismo che amministrava la società.

Tale operazione dovrà prendere in considerazione le regole che sovrintendevano all'esercizio delle prerogative di gestione che si possono rinvenire nel patto sociale, oltre che in eventuali deliberazioni successive da parte dell'ente collegiale dell'impresa.

Tale procedimento risulta essenziale ai fini di dimostrare che i consiglieri non esecutivi avevano ricevuto informazioni sugli illeciti, o che comunque ne erano a conoscenza; alternativamente, si deve provare che fossero presenti dei segni particolari che rimandavano alla distrazione.

In altre parole, si tratta di dimostrare come vi fossero delle irregolarità che gli amministratori deleganti dovevano considerare come anomali, e da cui si possa inferire che costoro abbiano accettato consapevolmente che si verificasse l'atto illecito.³³⁸

Tali passaggi, come indicato dai giudici della Cassazione, devono avvenire in funzione dello statuto societario, oltre che dei criteri relativi al dolo eventuale, stabiliti dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2014.³³⁹

Effettivamente, deve essere provata la reale conoscenza dell'evento illecito, o, alternativamente, la concreta possibilità che quest'ultimo potesse essere conosciuto, anche attraverso l'esercizio delle prerogative di tipo informativo previste dall'ultimo comma dell'articolo 2381 del codice civile, qualora siano presenti specifici segnali d'allarme.³⁴⁰

Solamente quando tali condizioni sono rispettate, secondo i giudici della Cassazione, i consiglieri deleganti hanno l'obbligo di attivarsi, allo scopo di evitare che venga compiuto il fatto illecito.

³³⁸ ROCCATAGLIATA, L., *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, op.cit.

³³⁹ Corte Cass., sentenza n. 38343, 24 aprile 2014.

³⁴⁰ ROCCATAGLIATA, L., *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, op.cit.

Quando questo non avviene, ovvero quando tali figure decidono di non intervenire, si configura la responsabilità di tipo penale, in quanto si suppone che tale condotta omissiva abbia dato un contributo significativo a determinare l'illecito.³⁴¹

Tale principio, come risulta chiaro dalle osservazioni svolte nelle pagine precedenti, risulta perfettamente coerente con l'orientamento unanime della giurisprudenza; l'ambito di interesse, è bene ricordarlo, è relativo sia ai casi di dolo che di colpa.

A tale riguardo, sembra interessante ricordare come i doveri dell'amministratore privo di deleghe, con particolare riguardo per quello di vigilanza, appare simmetrico all'obbligazione di reporting quando si riunisce il Consiglio di Amministrazione.

Tale obbligazione si può considerare come assoluta quando il consigliere non esecutivo ha ricevuto dai colleghi delegati tutti i dati che si rendono necessari; quando poi le informazioni risultano non complete o totalmente assenti, il delegante deve avvalersi di quanto previsto dal sesto comma dell'articolo 2381 del codice civile³⁴².

Quest'ultimo conferisce il diritto-dovere di ottenere i ragguagli necessari per poter verificare che l'impresa venga gestita nella maniera corretta. Ovviamente, l'obbligo menzionato può dirsi sicuramente ottemperato nel caso in cui le notizie in possesso siano complete e facciano presagire una corretta gestione dell'azienda da parte degli amministratori delegati.

Per quanto riguarda l'obbligazione di vigilare ed il modo di assolverlo nei casi di colpa da parte del consigliere privo di deleghe, è utile ricordare le sentenze che riguardano il caso della *'ThyssenKrupp'* analizzato nel primo capitolo.³⁴³

³⁴¹ Corte Cass., sentenza n. 14783, cit.

³⁴² PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societaria e poteri giuridici di impedimento*. Giuffrè, 2003, 170 ss.

³⁴³ AIMI, A., *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

In aggiunta, si considerino altre due recenti sentenze della giurisprudenza di merito, che non hanno riconosciuto la responsabilità penale della maggior parte dei consiglieri; si tratta, in particolare, della decisione di non procedere, ai sensi dell'articolo 425 del codice di procedura penale, da parte del GUP della Corte di Ivrea, nel caso della Olivetti.³⁴⁴

Ancora, si prenda in considerazione il pronunciamento risalente al mese di giugno del 2016, da parte della Corte d'Assise di Alessandria.³⁴⁵ Quest'ultimo si riferiva al presunto avvelenamento di tipo doloso del complesso chimico noto come '*Spinetta Marengo*'; in entrambi i casi, è stato seguito l'orientamento seguito nelle sentenze del complesso caso *ThyssenKrupp*.

Nella vicenda che riguardava l'Olivetti, il reato contestato era quello di omicidio sul lavoro di tipo colposo; in questo caso, il magistrato ha riconosciuto, in seno all'organo amministrativo, una valida delega che accordava poteri gestionali molto estesi all'amministratore esecutivo, che poteva agire con molta libertà in tutti i comparti dell'impresa, decidendone anche le spese.

In presenza di tale quadro, il magistrato ha riconosciuto la responsabilità solamente all'ente collegiale; di conseguenza, gli imputati sono stati assolti, per non luogo a procedere.

Inoltre, la stessa sentenza è servita ad escludere la colpa degli amministratori non esecutivi rispetto al loro dovere di vigilanza; in effetti, il magistrato ha ritenuto come l'accusa presupponesse la qualifica di datore di lavoro per costoro, che invece è stata riservata solamente al consigliere delegato.

In aggiunta, si è considerato come non fosse stato contestato in alcun modo l'inadempimento dell'obbligo di vigilanza, ritenendo, al contrario, che tale obbligazione fosse stata completamente adempiuta.

³⁴⁴ MIGLIO M., MOSSINI S., *L'identificazione del "datore di lavoro" nelle organizzazioni societarie complesse: riflessioni e prospettive a margine del "Caso Olivetti"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016.

³⁴⁵ Corte di Assise di Alessandria, sentenza n. 1, 6 giugno 2016.

La seconda sentenza, invece, che, lo si ricorda, parte da un'accusa di avvelenamento doloso, in seguito qualificata come disastro colposo, ha assolto i consiglieri non esecutivi. I giudici, in effetti, hanno riconosciuto come questi ultimi avessero trasferito le loro prerogative ai direttori dei vari stabilimenti ed a coloro che avevano la responsabilità della relativa funzione aziendale.

In effetti, erano questi ultimi ad essere dotati delle necessarie prerogative di gestione, e, per questa ragione, sono stati considerati colpevoli dell'ipotesi di reato.

In entrambi i casi brevemente discussi in precedenza, quello della Olivetti e della Marengo, anche se in modo implicito, si è escluso che l'obbligazione di vigilare potesse considerarsi violata, con conseguente attribuzione della responsabilità penale, quando le deleghe conferite sono molto ampie, e, allo stesso tempo, i soggetti delegati adempiano al *reporting* in maniera costante. Del resto, il dovere di vigilanza può essere visto come una conseguenza diretta del criterio dell'affidamento, che chi delega deve applicare nei confronti della persona delegata.

In altri termini, la delega si configura come l'espressione della fiducia che l'organo collegiale ripone nei confronti di alcuni suoi componenti, sulla scorta di caratteristiche come l'esperienza, l'affidabilità, la professionalità o l'autorevolezza.

Evidentemente, può anche accadere che ci si fidi delle persone sbagliate; ciò nondimeno, la responsabilità per la scelta del soggetto deve essere soggetta ad una valutazione a monte, ovvero nel momento in cui si conferisce l'incarico.³⁴⁶

Di conseguenza, qualora la persona delegata si sia mostrata come costantemente capace e degna di fiducia nel corso del periodo precedente la

³⁴⁶ MONGILLO, V., *La Delega di Funzioni in Materia di Sicurezza del Lavoro alla Luce del D. Lgs. n. 81/2008 e del Decreto 'Correttivo'*, Diritto Penale Contemporaneo, 9 gennaio 2012.

sua nomina, per il soggetto delegante dovrebbe essere esclusa qualunque tipo di responsabilità di tipo penale.³⁴⁷

Alla luce delle osservazioni svolte nelle righe precedenti sembra possibile arrivare alla conclusione che il consigliere delegante ottemperi in modo efficace al suo obbligo di vigilare, con la conseguente esclusione di qualunque tipologia di responsabilità sul piano penale, quando siano rispettate le condizioni.

In effetti, il delegante potrebbe ricevere tutti i dati che gli servano per controllare il corretto andamento della gestione; alternativamente, lo stesso soggetto potrebbe cercare di ottenere le informazioni di cui necessita in modo attivo e personale.

Ovviamente, le notizie di cui il consigliere privo di deleghe entra in possesso non devono rimandare a campanelli d'allarme che facciano presupporre la commissione di un reato, o comunque di un evento non lecito. Infine, il delegante deve attivarsi per ostacolare il fatto criminale se i dati in suo possesso suggeriscono una situazione potenzialmente pregiudizievole.

Oltre ai criteri esposti in precedenza, poi, si tenga conto di come, se il candidato ha mostrato la sua idoneità all'incarico prima che questo venisse conferito, non potrà essere mossa alcuna censura per la scelta operata dall'amministratore privo di deleghe.

La casistica giudiziaria esaminata nelle pagine precedenti si presenta molto articolata; ciò nondimeno, si possono individuare alcuni criteri, rispetto alla responsabilità dei consiglieri privi di deleghe. In effetti, come si è discusso in precedenza, gli esiti possono essere molto differenti a seconda dei casi presi in considerazione, anche se l'orientamento principale sembra tracciato e delineato in maniera chiara.

³⁴⁷ ROCCATAGLIATA, L., *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, op.cit.

Resta da vedere, a questo punto, se il legislatore ne prenderà atto e trasformerà tale tendenza in un intervento legislativo organico, che ponga fine alla possibilità di interpretazioni diverse.

CONCLUSIONI

Giungendo al termine di questa analisi e da quanto è stato esposto, si perviene alla realizzazione che la giurisprudenza, fondamentale, nonostante gli sforzi dimostrati in alcune circostanze, tende a valutare in modo inesatto e impreciso i diversi ruoli dei componenti dei collegi delle società. È stato dimostrato infatti che a questi viene sì imposta una posizione di garanzia, ma purtroppo senza essere caratterizzata da poteri pregnanti per l'impedimento degli illeciti.

Si sottolinea poi l'infelice ascrizione di alcuni atteggiamenti che risulterebbero nel campo della colpa, ma finiscono spesso per essere accorpati gli elementi del dolo.

Come esposto nei casi del primo capitolo, si nota come purtroppo non venga preso in considerazione nell'ambito dei reati fallimentari la delicatezza delle posizioni di vertice ai quali, come detto pocanzi, non vengono concessi poteri sufficienti per controllare l'operato dei delegati.

Viene quindi fatta risalire a loro in maniera troppo superficiale e diretta la responsabilità penale da cui derivano sanzioni.

Sarebbe del tutto infelice concedere lo spazio di precedente giurisprudenziale a questi casi in cui i giudici hanno la tendenza ad accollare colpe penali ai gestori, teorici, delle società, giungendo a tale conclusione senza aver approfondito chi detiene le vere scelte di gestione e potere di azione pratica nell'impresa. Si ha come il sentore che si agisca in questo modo per necessità di sanzionare attività criminose del campo economico e quindi determinati soggetti che rivestono specifiche qualifiche, come se ci fossero esigenze di natura politico-sociale e non criminale.

Si noti come le difficoltà nel ricostruire un lineare legame tra causa e constatazione di reale esistenza di poteri impeditivi, faccia effettivamente

pensare che la disciplina penale e interessi primari di diritto commerciale non sempre vadano nella stessa direzione.

Per essere più specifici, le norme che regolano l'organizzazione e le peculiarità del consiglio di amministrazione e collegio sindacale, rendono comunque spinoso il percorso che dovrebbe indicare correttamente a chi risale la responsabilità per il fatto criminoso posto in essere dagli *executives*. In questa cornice infatti sono precariamente minati il principio di responsabilità penale e quello di legalità.

Per tale motivo parte della dottrina si è posta l'interrogativo se non sia meglio far abbracciare questa disciplina da quella dettata dal d.lgs. 231/2001. In particolare, risulterebbe di maggiore praticità concentrarsi sulla tutela di particolari interessi giuridici, garantiti ora dalla normativa civile applicata nel mercato economico, ora dal decreto di cui sopra. Seguendo questa linea risulterebbe anche maggiormente rispettato il principio fondamentale del diritto penale della residualità della repressione sanzionatoria, in luce della *extrema ratio* tanto sostenuta nello studio della disciplina penale.

Una normativa incentrata maggiormente sui dispositivi civili-economici, permetterebbe, in teoria, ad una considerazione complessiva dell'organo nella sua attività, non come erroneamente considerato prima, ma esclusivamente come rappresentante della società evitando così di intaccare il principio costituzionale della colpevolezza.

Questo è possibile in quanto le superficialità riscontrate nell'attività di sorveglianza e garanzia da parte dei collegi, rilevano come indici fuori posto rispetto ai modelli organizzativi preposti *ex lege* alla società che sono già predeterminati, quindi bisognerebbe esaminare, sempre con scrupolo, le discrepanze tra tali strutture di organizzazione e l'attività pericolosa.

Ovviamente non lo si riduce ad un semplice controllo a tappeto, essendo scontatamente necessarie tutte le fasi processuali di controllo e verifica, ma separare da un lato il giudizio sugli esecutivi e dall'altro procedere per un processo all'ente, permetterebbe alcune facilitazioni. Si pensi al tema dell'elemento psicologico e il nesso di causalità nelle condotte omissive, si

perverrebbe ad una più celere soppressione dei crimini di impresa, considerando globalmente anche le discipline particolari adottate in settori sensibili dell'economia come le attività assicurative, finanziarie e così via. Infine, si consideri come la repressione delle attività illecite poste in essere indirettamente dai consiglieri deleganti, siano tendenzialmente coperte dalla disciplina civile disegnata dal diritto societario, concentrate soprattutto sulla valutazione della colpa.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, *Profili topici della nuova delega amministrativa*, in P. Abbadessa, G. Portale (diretto da), *il Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. II, Utet, Torino, 2006;
- ABRIANI N., LIBONATI B., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*. Giuffrè, 2003;
- ADALBERTO A., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo a cui al D.Lgs. 231/2001: profili metodologici e soluzioni operative*. Milano: Giuffrè, 2008;
- AIMI A., *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 novembre 2014;
- ALESSANDRI A., *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio*. Giappichelli, 2007;
- ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*. In *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2002, p.33;
- ALESSANDRI A., *Parte generale*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. agg., Monduzzi, Bologna, 2000;
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*. Milano: Giuffrè, 1984;
- ALESSANDRI R., *La responsabilità amministrativa degli enti: D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. IPSOA, 2002;
- AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale d'impresa*. Zanichelli, 2008;
- AMBROSINI S., *Commento all'art. 149 t.u.f.*, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, diretto da G. COTTINO, Utet, Torino, 1999;
- AMBROSINI S., *Commento all'art. 2407*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, I;

AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I;

AMBROSINI S., *Responsabilità dei sindaci*, *Intervento al Convegno "Impresa ed etica"*, Torino, 25 maggio 2004;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Volume I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, Tredicesima edizione a cura di GROSSO F. C., Giuffrè Editore, Milano, 2007;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, I – I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*. Milano, 2007;

ARATARI F., IANNACCONE L., CAGNASSO O., COTTINO G., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*. Torino: UTET giuridica, 2013;

ARENA M., CASSANO G., *La Giurisprudenza sul D. Lgs.231/2001: reati e modelli organizzativi*. Nel diritto Editore, 2010;

BALZARINI P., *La riforma del diritto societario*, 2003.

BARBETTI G., *Diritto penale d'impresa: approfondimento normativo e indagine giurisprudenziale. Il fenomeno dell'impresa mafiosa, reati ambientali, profili fiscali e indagine comparatistica*. European law students' association, 2015; BARBIERA L., *Il corporate governance in Europa. Amministrazione e controlli nelle società per azioni in Italia, Francia, Germania e Regno Unito*. Milano: Giuffrè, 2000;

BARTOLOMUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*. Milano, 2006;

BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*. Giuffrè, 2006;

BAUDINO A., FRASCINELLI R., *Gli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata: amministratore unico e consiglio di amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1996;

BERNABAI R., *Profili sostanziali e processuali dell'azione di responsabilità verso i sindaci*, in *Società*, 2000;

BERNINI L., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*. CEDAM, 2013;

BEVILACQUA F.C., *Presupposti della responsabilità da reato degli enti*. Giuffrè;

BIANCHI A., *La responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo. Società di capitali e società di persone*. Ipsoa, 2009;

BIANCHI G., *Amministratori e sindaci: gli adempimenti e le responsabilità*. Torino: UTET giuridica, 2010;

BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, Gup Brescia, 31 maggio 2005;

BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A.: dopo la riforma delle società*. Milano: Giuffrè, 2004;

BONELLI F., in *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985;

BONELLI F., *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. Comm.*, 2003, I;

BONELLI F., *Presidente del consiglio di amministrazione di S.p.A.: poteri e responsabilità: poteri e responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2, 2013;

BONELLI F., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 3/2004, I;

BORGIOLI A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. Comm.*, I, 1975;

BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2009;

BRACCIODIETA A., *La nuova società per Azioni*. Giuffrè, 2006;

BRAMIERI M., BENEDETTI G., *Prevenzione reati nelle società, enti e PA: normativa modelli organizzativi*. 1956;

BRAMIERI M., IELO P., SUPERTI FURGA F., *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*. 2008;

BRICCIOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in

Trattato di diritto penale dell'impresa, a cura di DI AMATO, A., vol. I, Padova 1990; BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, I; BUONOCORE V., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003;

CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*. Milano, 2010;

CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2003, I;

CAMBOGI G., *Diritto penale d'impresa: nel suo aspetto pratico*. Milano: Giuffrè, 2018;

CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*. Utet Giuridica, 2015; CANESSA N., *Amministrazione e controllo nella società per azioni e nelle società a responsabilità limitata e strumenti di produzione*. CEDAM, 2007; CANTAGALLI G., *Concorso omissivo negli organismi societari*, in *Nel diritto*, 2009;

CANZIO G., CERQUA L.D., LIPARIA L., *Diritto penale delle società: accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*. CEDAM, 2016;

CAPPARELLI O., *Modelli di gestione del rischio e compliance ex D.Lgs. 231/2001*. Assago: Wolters Kluwer, 2016;

CARATOZZOLO M., *I nuovi principi di comportamento per i sindaci delle società quotate: un primo commento – Parte I*, in *Società*, 1999;

CARIELLO V., *Il sistema dualistico: i vincoli tipologici e autonomia statutaria*. Giuffrè, 2007;

CASADEI D., VISENTINI G., *La responsabilità delle società di revisione*. 2000; CASAROLI G., *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. Trim.dir.Pen. economia*, 2008, 574 s.;

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 cc, L'indice penale*, 2005;

CAVALLI G., *Il controllo legale dei conti nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.* I, 2003;

CECCHI P., *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999;

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009;

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, *Riv. Soc.*, 2012;

CENTONZE F., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, *Cassazione Pen.*, I, 2008;

CENTONZE F., MANTOVANI M., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*. Bologna: Mulino S.P.A., 2016;

CENTONZE F., *Profili societari e responsabilità penale*. Giuffrè, 2009;

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009;

CENTONZE F., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti in onore di F. STELLA*, vol. II, Milano, 2007;

CERESA GASTALDO M., *Il processo alle società nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n.23*. Torino: Giappichelli, 2002;

CHIAPPETTA F., *Diritto del governo societario. La Corporate Governance delle società quotate*. CEDAM, 2013;

COLANTUONI V., *Commento sub art. 2403*, in *La riforma delle società* a cura di M. SANDULLI e I. SANTORO, Torino, 2003, II;

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società*, in *Trattati* a cura di M. CENDON, Milano, 2003, I;

CONTI L., *I soggetti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, vol. I, Cedam, Padova, 1990;

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

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

CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in Riv. It. Dir. pen., 1958;

CRESPI A., *Studi di diritto penale societario*, II Edizione, Giuffrè editore, Milano;

D'ANDREA F.M., DE VITO A., MARTINO L., *I modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*. Giuffrè, 2006;

D'AVIRRO A., DI AMATO A., *La responsabilità da reato degli enti*. CEDAM, 2009;

D'ORAZIO L., *I reati fallimentari: bancarotta semplice e fraudolenta*, in *Giur. Merito*, III, 2000;

DE ANGELIS L., *Il controllo dei sindaci sull'amministrazione nelle società quotate*, in *Società*, 1999;

DE ANGELIS P., *Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori*. IPSOA, 2011;

DE CRESCIENZO U., *Le azioni di responsabilità: normativa vigente, riforma societaria e aspetti penali*. IPSOA, 2003;

DE FELICE P., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Parte 1. Principi generale e criteri di imputazione del D.lgs.231/2001*. Bari, 2001;

DE FELICE P., *Principi generali e criteri d'imputazione (D.Lgs. 231/2001)*. Bari: Cacucci, 2002;

DE FRANCESCO G., *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008.

DE FRANCESCO G., *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1991.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*. Milano, 2002;

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da*

reato, a cura di GARUTI G., Padova, 2002;

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*. Milano: Giuffrè, 2008;

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2001, 1126 ss.;

DEMURO G.P., *Il dolo. II. L'accertamento*, Milano, 2010;

DEMURO G.P., *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010;

DEMURO P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012.

DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*. Giuffrè, 2011;

DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I;

DI IORIO EDDA, *I reati commessi nell'ambito di organi societari collegiali: il problema della responsabilità penale di amministratori e sindaci per omesso impedimento degli illeciti societari*. Edizioni Accademiche Italiane, 2014;

DI PAOLA N.S., *L'azione di responsabilità nelle S.P.A.: le azioni nei confronti degli amministratori, responsabilità dei direttori generali, gli organi di controllo. Responsabilità del collegio sindacale, modello dualistico e modello monistico*. Milano: Giuffrè, 2012;

DI SABATO F., *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I;

DOMENICHINI G., *Commento all'art. 2403*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004, vol. II; DOMENICHINI G., *Il sistema dei controlli*, in *Società*, 1999;

DOTTI V., *Amministratori di società per azioni e di s.r.l.: poteri, doveri e responsabilità*. Milano: ETAS Kompass, 1972;

ESCOBEDO G., *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. Pen.*, 1933, III

FAUCEGLIA G., *Impresa e società. Impresa, società di persone, società di capitali, cooperative, azienda, consorzi e concorrenza, disciplina penale*. Ospedaletto (PI): Pacini giuridica, 2018;

FERRI G. JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Profili e problemi dell'amministratore nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003;

FIANDACA MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2009;

IORE C., BAFFI E., ASSUMA B., *Gli illeciti penali degli amministratori e sindaci delle società di capitali. Profili sistematici ed orientamenti della giurisprudenza*. 1992;

IORELLA A., *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla L. 29 settembre 2000, n.300 e D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231: presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*. Torino: Giappichelli, 2004;

IOGLIA MANZILLO F., *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, *Diritto Penale dell'impresa*, 18 febbraio 2013;

FONDAROLI D., ZOLI C., *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*. Torino: Giappichelli, 2014;

FONTANA A., *Amministratori di società: poteri, doveri e responsabilità*. Rimini: Maggioli, 1998;

FORMAGGIA I., PAJARDI P., *Commento all'art.216 l. fall.*, *Codice del fallimento*, Milano, 1997;

FORTUNATO S., *I controlli nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002; FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di S.P.A. e gli strumenti di esonero da responsabilità*. Giuffrè, 2014;

FRANZONI M., *Della società per azioni. Artt. 2397-2409 septies. Dell'amministrazione e del controllo. Del collegio sindacale, della revisione*

legale dei conti. Roma: Zanichelli Soc. ed. Foro Italiano, 2015;

FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, Utet, Torino, 2002;

FRANZONI M., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 1994;

FRIGNANI A., GROSSO P., ROSSI G., *I modelli di organizzazione previsti dal D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le soc.*, 2002, 143 ss.;

GALGANO F., *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza 2008;

GALGANO F., *Le società*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 2001;

GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003.

GALGANO F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1993;

GAREGNANI G.M., *Etica d'impresa e responsabilità da reato*. Milano: Giuffrè, 2008;

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale*, parte generale, XII edizione, Neldiritto Editore, Roma, 2016;

GENNAI S., *La responsabilità degli enti: per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Milano: Giuffrè, 2001;

GHEZZI F., *Amministratori artt. 2380 – 2396 c.c.*, in MARCHETTI P. – BIANCHI L. A. – GHEZZI M. – NOTARI M. , *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005;

GIACOMA G., CAPPARELLI O., PROCOPIO C., *D.lgs. 231/2001: ambito di applicazione e modelli di controllo interno. Reati, linee guida e giurisprudenza*. 2010;

GIAMPAOLINO C.F., *Imputazione dell'atto dell'amministratore e responsabilità della società*, in *Giur. Comm.*, 2015;

GIORGIA A., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche. D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231*. 2007;

GIUNTA F., *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del D. Lgs. 11 Aprile 2002, n. 61*, Studium iuris, 2002;

GRAZIANO G., *Diritto penale d'impresa*. Roma: Laurus Robuffo, 1966;

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947;

GROSSI P., *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, Quaderni Fiorentini, 2006.

GROSSO C.F., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv.it.*, 2003, 950 ss.;

GUERNELLI M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale amministrativo*, Parte I, in *Studium Juris*, 2002;

GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*. Milano: Giuffrè, 2006;

GULLO A., *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg.pen.*, 2003, 349 ss.;

GULLO A., *La "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato. Un'indagine di diritto comparato*. Aracne, 2013;

GULLO A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*. Giuffrè, 2007;

GULLO A., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2004, 657 ss.;

GULLO A., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*. 1994;

GULLO A., *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*. Milano: Giuffrè, 2007;

GULLO A., *Reato proprio e partecipazione criminosa: una indagine su ruolo e funzioni della qualifica soggettiva nel diritto penale d'impresa*;

IANNIELLO B., *La Riforma del diritto societario: guida sistematica e comparata della nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, IPSOA, Milano, 2003;

INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?* *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013;

JAEGER P.G., *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I;

LA MONICA M., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1985;

LANCELLOTTI, G., *Il modello di organizzazione gestione e controllo ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231. Uno scudo processuale per le società e gli enti*. Torino: Giappichelli, 2011;

LATTANZI G., BASTIA P., *Reati e responsabilità degli enti: guida al D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231*. Milano: Giuffrè 2005;

LIBONATI B., DESARIO M. S., *Amministrazione e amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1995;

LO CASCIO G., *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003;

LUCARIELLO SCHETTINO, SCHETTINO MARIA HILDA, *La difesa degli enti e dagli enti nel D.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al processo penale*. Giuffrè, 2019;

LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinem teutschen Strafrecht*, 2 BAND, *Ueben den Thatbestand des Verbreches*, Gottingen, 1840;

MANCINELLI F., DI GIOVACCHINO G., *Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione*, in *Società*, 2011;

MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 114 ss.;

MANTOVANI F., *Diritto penale*, parte generale, VIII edizione, Cedam, Padova, 2013;

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*. Padova: CEDAM, 2017;

MANZONI F., *Responsabilità sociale dell'impresa: analisi del fondamento etico*; MARCHETTI C., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*. Torino, 2015;

MARCHETTI P., SANTOSUOSSO D.U., VIETTI M., *La Governance nelle società di capitali: a dieci anni dalla riforma*. Egea, 2013;

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*. Giuffrè, 2018;

MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996;

MAURA A., *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della*

giurisprudenza civile e penale della riforma del diritto societario. Halley, 2007;

MAURA ANDREA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della giurisprudenza civile e penale*. Halley, 2007;

MAZZOTTA G., *Profili penali del controllo nelle società commerciali. Sindaci, revisori, autorità indipendenti*. Giuffrè, 2006;

MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali; problemi attuali e prospettive di soluzione*, Ind. Pen., 2000.

MENARDO N., *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, Diritto Penale Contemporaneo, 2015.

MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme'*, Diritto Penale Contemporaneo, 2012.

MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme'*, nota a Cassazione Pen., Sez. V, ud. 19 ottobre 2010 n. 41136, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 febbraio 2012; MERENDA I., *"Esercizio dei poteri tipici" e amministrazione "di fatto" nel nuovo diritto penale societario*, Riv. trim. dir. pen. econ., 3/4, 2004.

MIGLIO M., MOSSINI S., *L'identificazione del "datore di lavoro" nelle organizzazioni societarie complesse: riflessioni e prospettive a margine del "Caso Olivetti"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016;

MILLI M., *L'amministratore indipendente nel sistema di corporate governance delle s.p.a.* Torino, 2013;

MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004; MINERVINI G., *Le funzioni del collegio sindacale: questioni vecchie e questioni nuove*, in *Società*, 2000;

MOLLO G., *Il sistema di gestione informata nelle S.P.A. e la responsabilità degli amministratori delegati*. Torino: Giappichelli, 2013;

MONESI C., MANZONI F., *I modelli organizzativi: ex D.Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*. Giuffrè, 2005;

MONGILLO V., *La Delega di Funzioni in Materia di Sicurezza del Lavoro alla Luce del D. Lgs. n. 81/2008 e del Decreto 'Correttivo'*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2012;

MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in Montalenti, P., et al., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005;

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: prime valutazioni prospettiche*, in *Società*, 2005;

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: profili generali*. Padova, 2003;

MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di G. COTTINO, Padova, 2004, vol. IV;

MONTALENTI P., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*. Milano, 2011;

MUCCIARELLI G., *Appunti sulla responsabilità degli amministratori*. Milano, 1996;

MUCCIARELLI F., *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Società*, II, 1989;

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007;

NAZZICONE L., PROVIDENTI S., *Società per azioni. Amministrazione e controlli (artt.2380-2409 noviesdecies c.c.)*. Milano, Giuffrè, 2003;

NAZZICONE N., *Organismo di Vigilanza e Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001: applicazione per società non quotate*. Ipsoa, 2013;

NAZZICONE N., *Organismo di vigilanza ex D.Lgs. 231/2001*. Milanofiori-Assago: Wolters Kluwer, 2015;

NAZZICONE N., PROVIDENTI L., *Amministrazione e controllo nella s.p.a.*. Milano, 2010;

NAZZICONE N., *Responsabilità “da omesso controllo” degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Società*, 2011;

NICCOLINI G. –STAGNO D’ALCONTRES A., *Società di capitali*, in *Commentario*, Napoli, 2004, II;

NICOLO R., RICHTER M.S., *Commento all’art. 2621 cc, Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Milano 1980;

ONDEI G., *I reati di quasi bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934;

OPPO G., *Potere e responsabilità nella riforma delle società per azioni*, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, in *Quaderni Romani di diritto commerciale* diretto da SCOGNAMIGLIO G., Milano, 2003;

PALAZZO F., *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*. CEDAM, 2013;

PALIERO C.E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri d’imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI A., Milano, 2002;

PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato (Dal D.lgs. n.231 del 2001 alla legge n.146 del 2006)*. Torino, 2006;

PASCULLI M.A., *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*. Bari: Cacucci, 2005;

PAVESIO M., in *Relazione al Convegno “Impresa ed etica”*, Torino, 25 maggio 2004;

PEDRAZZI C., *Gestione d’impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962.

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000;

PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010.

PERUZZO G., *Business judgement rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.* Roma, 2016;

PESANATO A., *Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001: linee guida per la redazione, presentazione e applicazione. Il caso ALPE holding S.P.A.* Ipsoa, 2010;

PESENATO ALBERTO, *Modelli di organizzazione. Gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001.* Ipsoa, 2008;

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2002, 580 ss.;

PIPIA U., voce *Società anonima*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1903 – 1906, vol. XXI, pt. III;

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societaria e poteri giuridici di impedimento.* Giuffrè, 2003;

PIZZOTTI S., *La natura della responsabilità delle società nel D.Lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in *Resp.civ. e prev.*, 2002, 898 s.;

PRESTI G. e RESCIGNO M., *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2005, vol. II;

PREVITALI P., *Modelli organizzativi e compliance aziendale: applicazione del D.Lgs. 231/2001 nelle imprese italiane.* Milano: Giuffrè, 2009;

PRINCIPE A., *Il controllo societario nel governo societario.* Milano, 2008;

PROTO C., *Responsabilità e danno nell'azione del curatore contro amministrazioni e sindaci*, in *Società*, 1998;

PROVIDENTI S., *Commento all'art. 2403 c.c.*, in *La riforma del diritto societario, Società per azioni*, Milano, 2003, n. 5;

PULITANO D., *La responsabilità "da reato" degli enti: criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pem.*, 2002;

QUATRARO B., PICONE L.G., *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società: aspetti civili, penali e tributari.* Milano: Giuffrè, 1998;

RAGUSA MAGGIORE G., *Trattato delle società*, II, in *Le società di capitali. Le società per azioni.* Padova 2003;

RANIERI, *Il concorso di più persone in n reato*, Milano, 1949;

RANIERI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Padova, 1956;

REDEGHIERI BARONI A., *Commento a Tribunale (omissis)*, in *Società*, 2003;

REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in Abbadessa, Portale, (diretto da) cit., v. II

RENDE, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro V del Lavoro (art. 2555 – 2642)*, Zanichelli, Bologna, 1948;

RENDE, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Pensiero giuridico penale*, 1943;

RICCARDI D'ADAMO GABRIELE, *Responsabilità amministrativa da reato degli enti: Il D.Lgs. n.231/2001, la “colpa d’organizzazione e la concreta attuazione dei modelli organizzativi”*. Edizioni Accademiche Italiane, 2017;

RIVERDITI M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*. Napoli: Jovene, 2009;

ROCCATAGLIATA L., *I criteri di attribuzione della responsabilità penale in capo al consigliere senza deleghe. Quando repetita iuvant*, *Giurisprudenza penale*, 2018;

ROMANO M., “*Societas delinquere non potest*”, in *Riv.it.dir e proc. Pen.*, 1995; ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*. In *Rv. Società*, 2002, 393 s.;

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, sub art. 40*, Giuffrè Editore, Milano, 2012;

ROMOLI F., *L’organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs. n. 231/2001. Valutazioni in merito ad una possibile responsabilità omissiva impropria*. Firenze, 2013;

RORDORF., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003;

RORDORF R., *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, I, 2007;

ROSSI A., *Responsabilità “penale-amministrativa” delle persone*

giuridiche. Profili sostanziali, in *Reati societari*, a cura di ROSSI A., Torino, 2005;

RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2004;

RUGGIERO G., *Contributo allo studio della capacità penale*. Torino: Giappichelli, 2007;

SALAFIA V., *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Società*, 2006;

SALAFIA V., *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Società*, n. 2, 2014;

SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata, secondo la riforma societaria*, in *Società.*, 2003;

SALAFIA V., *L'esercizio dell'azione sociale contro gli amministratori*, in *Società*, 2001;

SALVATO L., *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Società*, 2001;

SALVIONI D.M., FRANZONI S., *Governance e controllo della gestione aziendale*. Giappichelli, 2014;

SANDULLI M., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e I. SANTORO, Torino, 2003, vol. II/I;

SANDULLI M., *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv.Not.*, n.1, 1977;

SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti*. Milano: Giuffrè, 2004;

SANTI F., *Responsabilità da reato degli enti e modelli di esonero*. Giuffrè, 2016;

SANTUOSSO D. U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

SARASSO C., *Appunti sull'art.2393 c.c. Collegialità dell'organo delegante e individualità del dovere di vigilanza degli amministratori*. Torino: Giappichelli, 1983;

SCALERA I., *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*, in *Dir. Fall.*, 1967;

SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*. Milano-Roma: Giuffrè – Luiss University Press, 2006;

SELVAGGI N., *La tolleranza del vertice d'impresa tra inerzia e induzione al reato. La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*. Roma: Edizioni scientifiche italiane, 2012;

SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*. Milano, 2013;

SPAGNOLO G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231*. Milano: Giuffrè, 2007;

SPIOTTA M., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. Montalenti, Bologna, 2004, vol. I;

STILE A.M., MONGILLO V., STILE G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.Lgs. n.231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*. Napoli: Jovene, 2013;

STORELLI F., *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale: D.Lgs. n. 231 del 2001*. Torino: Itaedizioni, 2005;

TAVONE F., STAROLA L., *Responsabilità d'impresa: D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231. Adempimenti per le imprese, modelli organizzativi, come evitare le sanzioni*. Milano: IPSOA, 2006;

TERLITTI M., DIVIETO R., *Gli amministratori di S.P.A. Disciplina e responsabilità*. Giuffrè, 2018.

TESTA M., *La responsabilità sociale d'impresa. Aspetti strategici, modelli di analisi e strumenti operativi*. Giappichelli, 2007;

TOESCA DI CASTELLAZZO G., *La responsabilità penale degli amministratori e dei liquidatori di fatto delle società commerciali*, in *Giust. Pen.*, III, 1937;

TOFFOLETTO A., *La responsabilità degli amministratori verso la società*, in *Diritto delle società*, manuale breve diretto da N. ADRIANI, L. CALVOSA, G. FERRI jr, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, G. GUIZZI, C. MOTTI, M. NOTARI, A. PACIELLO, D. REGOLI, G.A. RESCIO, R.

ROSAPEPE, M. STELLA RICHTER jr., A. TOFFOLETTO, Milano, 2004;

TONDO, *Sulla natura del reato collegiale quale fattispecie descritta da talune disposizioni penali in materia di società*, in *Riv. Pen.*, 1951, I;

TOPPAN A., TOSI L., *Lineamenti di diritto penale d'impresa*. CEDAM, 2017;

TRAVAGLINI G., *Brevi note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci in caso di mancato esercizio dei loro poteri reattivi. Il requisito necessario del nesso causale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014; p. 1618;

VANNI F., *Responsabilità penale d'impresa: analisi storica, attuale e comparata*. Torino: Pintore, 2013;

VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 48 ss;

MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1981;

VASSALLI F., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* diretto da G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. II;

VENTRELLA T., *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. Comm.*, 2016, p.297;

VIETTI M., *Le società commerciali. Organizzazione, responsabilità e controlli*. Milano, 2014;

VILLANI E., *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*. Jovene, 2016;

VINCI C., GAGLIARDI M., *Amministratori, sindaci, direttori generali di società. Responsabilità civili, penali e fiscali*. Milano: Pirola, 1987;

VINCIGUERRA S., CERESA GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse. D.Lgs. 231/2001*. CEDAM, 2004;

WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974;

WEIGMANN R., voce *Società per azioni*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. XIV, Torino, 1997;

ZANARDO A., *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*. Padova, 2010;

ZATTONI A., *Corporate Governance*. Egea, 2015;
ZOPPINI A., *Imputazione dell'illecito penale e "responsabilità amministrativa" nella teoria della persona giuridica*, in *Riv.Soc.*, 2005;

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE:

Corte di Cassazione, sentenza 31 marzo 1876.
Corte di Cassazione, sentenza 22 ottobre 1926.
Corte di Cassazione, sentenza 12 dicembre 1934.
Corte di Cassazione, sentenza 28 febbraio 1936.
Corte di Cassazione, sentenza 07 dicembre 1953.
Corte di Cassazione, sentenza 12 novembre 1965, n. 2359.
Corte di Cassazione, sentenza 24 novembre 1972, n. 3445.
Corte di Cassazione, sentenza 21 marzo 1974, n. 790.
Corte di Cassazione, sentenza 6 febbraio 1980, n. 899.
Corte di Cassazione, sentenza 30 luglio 1980, n. 4881.
Corte di Cassazione, sentenza 18 maggio 1983, n. 2061.
Corte di Cassazione, sentenza 08 novembre 1983.
Corte di Cassazione, sentenza 14 marzo 1985, n. 1081.
Corte di Cassazione, sentenza 9 ottobre 1986, n. 5928.
Corte di Cassazione, sentenza 19 dicembre 1986.
Corte di Cassazione, sentenza 21 novembre 1989.
Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 1991, n. 5445.
Corte di Cassazione Sezioni Unite, sentenza 12 aprile 1996, n. 3571.

Corte di Cassazione, sentenza 27 maggio 1996, n. 172.
Corte di Cassazione, sentenza 17 settembre 1997, n. 9252.
Corte di Cassazione, sentenza 5 febbraio 1998, n. 3328.
Corte di Cassazione, sentenza 18 marzo 1998, n. 6809.
Corte di Cassazione, sentenza del 22 aprile 1998.
Corte di Cassazione, sentenza 28 maggio 1998, n. 5287.
Corte di Cassazione, sentenza 8 marzo 2000, n. 2624.
Corte di Cassazione, sentenza 19 ottobre 2000.
Corte di Cassazione, sentenza 11 luglio 2002.
Corte di Cassazione, sentenza 23 marzo 2004, n. 5718.
Corte di Cassazione, sentenza 19 gennaio 2006, n. 5398.
Corte di Cassazione, sentenza 24 maggio 2006, n. 12372.
Corte di Cassazione, sentenza 29 gennaio 2008.
Corte di Cassazione, sentenza 4 maggio 2007, n. 23383.
Corte di Cassazione, sentenza 8 aprile 2008, n. 16778.
Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 2008, n. 45513.
Corte di Cassazione, sentenza 9 dicembre 2008, n. 45513.
Corte di Cassazione, sentenza 15 maggio 2009, n. 2515.
Corte di Cassazione, sentenza 25 maggio 2009, n. 21581.
Corte di Cassazione, sentenza 22 settembre 2009, n. 36595.
Corte di Cassazione, sentenza 19 ottobre 2010, n. 41136.
Corte di Cassazione, sentenza 2 novembre 2012, n.42519.
Corte di Cassazione, sentenza 24 aprile 2014, n. 38343.
Corte di Cassazione, sentenza 9 marzo 2018, n. 14783.
Corte di Cassazione, sentenza 30 marzo 2018, n. 14663.
Corte di Cassazione, sentenza 3 aprile 2018, n. 14776.

CORTE DI ASSISE:

Corte di Assise di Alessandria, sentenza n. 1, 6 giugno 2016.

CORTI D'APPELLO:

App. Torino, 21 marzo 1947

App. Palermo, 9 dicembre 1981

App. Milano, 17 febbraio 1995

App. Milano, 10 giugno 1996

TRIBUNALI DI MERITO:

Tribunale di Milano, 1° luglio 1876.

Tribunale di Milano, 19 gennaio 1974.

Tribunale di Milano 15 luglio 1982.

Tribunale di Milano, 29 ottobre 1984.

Tribunale di Roma 5 dicembre 1986.

Tribunale di Milano, 3 giugno 1988.

Tribunale di Milano, 9 ottobre 1989.

Tribunale di Milano 10 ottobre 1991.

Tribunale di Genova, 2 marzo 1992.

Tribunale di Milano, 16 aprile 1992.

Tribunale di Milano, 14 novembre 1993.

Tribunale di Milano, 23 maggio 1995.

Tribunale di Napoli 18 marzo 1996.

Tribunale di Siracusa, 24 febbraio 1997.

Tribunale di Como, 16 marzo 1998.

Tribunale di Messina, 12 novembre 1999.

Tribunale di Milano, 24 novembre 1999.

Tribunale di Ancona, 25 agosto 2002.

