



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale 1

**L'ACCERTAMENTO DEL DOLO
NELL'AMBITO DI ORGANI
COLLEGIALI**

RELATORE

Chiar.mo prof.

Maurizio Bellacosa

CANDIDATO

Emiliano Giampapa

Matr. N. 143673

CORRELATORE

Chiar.ma prof.ssa

Francesca Minerva

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE	7
---------------------------	----------

I. LA RESPONSABILITÀ PENALE NEGLI ORGANI COLLEGIALI

1. Che cosa si intende e da dove deriva la responsabilità negli organi collegiali

1.1. I doveri degli amministratori	12
---	-----------

1.2. I poteri-doveri del Collegio Sindacale.....	21
---	-----------

1.3. Il concetto di posizione di Garanzia

1.3.1 Per gli Amministratori.....	29
--	-----------

1.3.2 Per il Collegio Sindacale.....	36
---	-----------

1.3.3 Per il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.....	47
--	-----------

2. La struttura del reato e la sua configurabilità

2.1. Reato pluripersonale o Reato Collegiale?.....	51
---	-----------

2.2. L'elemento oggettivo del reato del concorso per amministratori e sindaci.....	55
---	-----------

2.3. Il nesso causale derivante dalla lettura combinata degli articoli 40 e 110c.p.....	60
--	-----------

3. La difficoltà di accertamento del dolo e le sue diverse interpretazioni

3.1. Il Dolo e le sue diverse nature.....	66
--	-----------

3.2. Il Dolo e la colpa.....	74
-------------------------------------	-----------

II. LA GIURISPRUDENZA E LA SUA EVOLUZIONE

1. Prima della riforma del 2003

1.1. Il caso Gruppo Cultrera.....	84
1.2. Il caso Banca Privata Italiana.....	88
1.3. Il caso Banco Ambrosiano.....	90
1.4. Il caso Fiat/Cogefar.....	94

2. Dopo la riforma del 2003

2.1. La Sentenza Bipop-Carire.....	97
2.2. Il caso Parmalat / Bonlat.....	99
2.3. Sentenza Thyssen-Krupp.....	102
2.4. Sentenza Bonvino.....	105
2.5. Sentenza 14045 del 2016.....	108
2.6. Sentenza 14783 del 2018.....	111

3. La teoria dei Segnali di Allarme.....	113
---	------------

III. WILFUL BLINDNESS

<i>1.</i>	<i>Un nuovo concetto di responsabilità nell'ordinamento U.S.A</i>	<i>.....129</i>
	<i>1.1 La "folk psychology" e la teoria de "Il gorilla invisibile"</i>	<i>.....138</i>
<i>2.</i>	<i>La rilevanza nei reati societari e la sentenza Global Tech</i>	<i>.....145</i>
<i>3.</i>	<i>Differenze con l'ordinamento italiano</i>	<i>.....159</i>
	<i>CONCLUSIONE</i>	<i>.....175</i>
	<i>BIBLIOGRAFIA</i>	<i>.....180</i>
	<i>RINGRAZIAMENTI</i>	<i>.....189</i>

INTRODUZIONE

Il presente elaborato trae origine dallo studio degli innumerevoli crac finanziari che la storia moderna ha potuto osservare con il precipuo fine di offrire al lettore una panoramica piuttosto ampia della responsabilità penale a cui gli amministratori non esecutivi e i sindaci sono soggetti nell'esercizio delle loro funzioni di controllo all'interno della struttura societaria, con un particolare approfondimento per le società di grandi dimensioni, dove, in linea teorica, dovrebbe sussistere una compartimentazione dei ruoli che dovrebbe ovviare ai piuttosto frequenti illeciti penali che si sono susseguiti dagli anni '90 ad oggi.

Se dovessimo analizzare una società dal punto di vista giuridico, questa apparirebbe come un insieme di componenti tali da permettere la suddivisione delle responsabilità derivanti, per l'analisi in questione, da un fatto illecito.

Infatti, in molti dei casi che verranno analizzati, accade che la responsabilità venga suddivisa, in sede giurisdizionale, tra coloro che hanno commesso effettivamente quel determinato reato e coloro che avevano il dovere di controllare l'operato dei primi ma che, per i più svariati motivi, non hanno realizzato il contestuale dovere.

Quasi sempre presente in molte decisioni dei giudici, come vedremo, risulta essere il concetto del "non poteva non sapere", una netta presa di posizione nei confronti degli amministratori non esecutivi e dei sindaci quali soggetti "serventi" rispetto agli amministratori delegati; una rigidità che molte Corti italiane hanno tenuto nei confronti di tali soggetti, supponendo in via meramente presuntiva che se ci fosse stato un controllo capillare determinati scandali finanziari non sarebbero

avvenuti.

La riforma del diritto societario attuata nel 2003 è divenuto il presupposto per una modifica radicale del sistema societario italiano e delle responsabilità.

Presupposto che però, alla realtà dei fatti, è risultato essere non sufficientemente risolutivo del problema: i giudici non hanno mai abbandonato quell'idea, storicamente sempre applicata nei tribunali, secondo cui gli amministratori non esecutivi e i sindaci "non possono non sapere" cosa accade nel sistema società.

Concetto che di per sé potrebbe apparire veritiero ma che, nella pratica, risulta essere piuttosto semplicistico e di sicuro insufficiente a soddisfare i rigorosi standard probatori che il processo penale dovrebbe portare con sé.

Una volta esaminata in modo piuttosto specifico la normativa civilistica e analizzata la normativa penalistica in materia di responsabilità omissiva *ex art. 40 e 110 c.p.* verrà effettuata un'analisi sui principali casi giurisprudenziali che si sono susseguiti dagli anni Novanta ad oggi.

Si tratterà di un'analisi di alcuni orientamenti esposti dalle Corti in merito alla responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi e dei sindaci prima e dopo il 2003, con particolare attenzione nei confronti di due importantissime pronunce: le sentenze Bipop-Carire e Thyssen Krupp.

Come noto, queste due ultime pronunce sono state ritenute dalla dottrina delle decisioni apripista in merito all'accertamento dell'elemento soggettivo dei componenti di organi collegiali, con particolare riferimento alla teoria dei segnali d'allarme e alla definizione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Infatti, proprio dal concetto di segnale d'allarme muove la giurisprudenza del *post-riforma*, essendo diventato tale concetto un elemento di prova fondante la responsabilità dei sindaci e dei non esecutivi.

Ma come verrà esaminato sia dal punto di vista dottrinale che dal punto di vista processuale, anche questa modalità probatoria risulta essere foriera di numerose insidie all'atto di dimostrare l'effettiva sussistenza della responsabilità

dei non esecutivi.

Infine, nella trattazione di tale tema si è ritenuto opportuno offrire un'analisi comparatistica con il sistema statunitense, patria della dottrina della *willful blindness*, mettendone in luce le criticità e individuando le differenze con l'ordinamento italiano.

Anche negli Stati Uniti sono avvenuti grandi scandali finanziari come testimoniano i casi *Enron*, *WorldCom*, e *Global-Tech*, solo per citarne alcuni.

Tuttavia, le differenze che tale trattazione vorrà mettere in luce si basano sulle modalità probatorie che le Corti americane hanno adottato e adottano tutt'ora, completamente differenti da quelle adottate nei tribunali italiani.

Infatti, le Corti americane affrontano il tema della responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi in modo forse più garantista rispetto a come lo hanno affrontato storicamente i giudici italiani, nel senso che prima di decidere per la sussistenza della responsabilità devono sussistere molteplici e inequivocabili prove del dolo.

Un'altra differenza di non poco conto per l'analisi dei due sistemi attiene al fatto che se nell'ordinamento italiano tutti gli amministratori non esecutivi, a fronte degli illeciti perpetrati nella società, subiscono un processo, molto spesso dagli esiti incerti, invece nell'ordinamento americano mai nella storia i *gatekeepers* sono stati rinviati a giudizio in un processo penale.

Sarà altresì analizzata la dottrina della *willful blindness* e la possibilità d'applicazione ai reati societari: tale dottrina non nasce nel contesto dei *white collar crimes* ma ha delle radici molto più antiche, trovando applicazione già nei primi anni '70 solamente per determinate tipologie di reati, ossia quelli in materia di trasporto di armi e droga.

In conclusione, con il presente lavoro non si pretende di addivenire ad alcun giudizio su quale modello giuridico risulti essere il migliore, ma si auspica solamente di fornire una chiara visione del tema in oggetto, anche attraverso una

comparazione tra l'ordinamento italiano e quello statunitense.

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ PENALE NEGLI ORGANI COLLEGIALI

SOMMARIO: 1. Che cosa si intende e da dove deriva la responsabilità negli organi collegiali. 1.1. I doveri degli amministratori. 1.2. I poteri-doveri del Collegio Sindacale. 1.3. Il concetto di posizione di garanzia. 1.3.1 Per gli amministratori 1.3.2 Per il Collegio Sindacale. 1.3.3. Per il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza - 2. La struttura del reato e la sua configurabilità. 2.1. Reato pluripersonale o reato collegiale? 2.2. L'elemento oggettivo del reato di concorso per amministratori e sindaci 2.3. Il nesso causale derivante dalla lettura combinata degli articoli 40 e 110 c.p. - 3. Le difficoltà di accertamento del dolo e le sue diverse interpretazioni. 3.1. Il dolo e le sue diverse nature 3.2. Il dolo e la colpa.

1. Che cosa si intende e da dove deriva la responsabilità negli organi collegiali.

1.1. I doveri degli amministratori

Nella struttura economica nazionale e internazionale ciò che muove e definisce la struttura finanziaria nei diversi Paesi sono le società, intese sia nella loro struttura più basilare quale può essere una società semplice sia nelle sue strutture più complesse quale è la società per azioni sia di piccole che di grandi dimensioni.

Analizzando la storia economico-finanziaria di tutti gli Stati economicamente rilevanti a livello internazionale, è facile notare come gli scandali finanziari facciano parte della fisionomia degli Stati stessi tali da divenire nell'ultimo trentennio una piaga sempre più difficile da curare.

I maggiori scandali finanziari sono derivati, sostanzialmente, dalla prospettiva, sempre più allettante per determinati *manager* di ottenere guadagni eccezionali e al di fuori della normale remunerazione propria del loro ufficio.

Le frodi, i ricatti e i giochi di potere nelle grandi imprese e nelle grandi banche sono divenuti lo sfondo in cui i legislatori dei vari Stati hanno dovuto operare imponendo sempre più rigidi controlli onde evitare che il peso di *default* e profonde crisi venisse pagato dai piccoli e medi risparmiatori e dagli stessi dipendenti.

In tale scenario, le strutture governative, subito dopo l'accadimento di uno scandalo finanziario di notevole risonanza mediatica, hanno implementato e aumentato strutture di controllo volte ad evitare la perpetrazione di illeciti e nuove conseguenze negative.

Così facendo, però, si è venuta a creare una struttura così complessa e poco funzionale nell'ecosistema società, che in taluni casi ha comportato l'effetto contrario alle aspettative del legislatore, risultando paralizzare o, addirittura, non essere efficace al controllo.

Riprendendo le parole di un Autore, dopo ogni scandalo finanziario viene attuata una «ben individuata riforma cosmetica»¹.

Il senso di questa argomentazione risulta essere abbastanza chiaro, per il fatto che l'azione del legislatore è volta solamente a coprire il problema che ha portato all'illecito e non a modificare una struttura che, in fin dei conti, risulta essere probabilmente troppo antiquata per il sistema economico basato su un concetto di finanza volatile.

Concetto questo che appare assai chiaro nel caso del *crac* della Parmalat, dove i finanziatori della società erano in maggior parte banche non italiane: ciò a sottolineare come oramai l'economia e quindi gli effetti di scandali finanziari non siano più circoscritti al singolo Stato dove la società ha la sede legale e operativa.

Tale per cui gli illeciti risultano essere «*cleaner and more efficient*»,² attraverso operazioni che non sono riferibili a determinati soggetti fisici ma ad enti

¹ POWER, *La società dei controlli*, Torino, 2002, 47.

² ZEY, *Banking on fraud*, New York, 1993, 230.

o agenzie talvolta operanti in luoghi distanti migliaia di chilometri dalla sede effettiva di una società.

Pur avendo aumentato i controlli rimane chiaro che in una società di grandi dimensioni il potere sia in mano al singolo azionista di maggioranza che decide, molto spesso in piena autonomia delle politiche economiche della azienda, motivando le proprie scelte con una generica urgenza che in molti casi risulta essere un ennesimo stratagemma per aggirare i controlli.

«In quasi tutti i casi, le società erano perfettamente in regola con la forma delle disposizioni di legge e con le raccomandazioni dei vari codici di corporate governance. In altre parole, si è potuto instaurare una monarchia assoluta (o un regime dittatoriale, se si preferisce) mantenendo la forma della democrazia e adeguandosi formalmente alle varie *best practices* indicate nei codici stessi»³.

I sempre più numerosi e stringenti controlli hanno portato inevitabilmente ad una crescente responsabilità penale nei confronti dei singoli componenti degli organi societari, risultando essere molto spesso eccessivi e poco mirati ad un accertamento reale delle colpe, sussistenti in capo solamente a determinati soggetti operativi dell'impresa, ma che vengono necessariamente rivolte a tutti i componenti, operativi e non, in virtù di un sentire comune derivante dall'assunto di una conoscenza totalizzante per gli organi societari ma che nella realtà dei fatti così non è.

Tralasciando i possibili illeciti che possono nascere ed essere perpetrati nelle società di piccole dimensioni, i quali risultano avere a livello economico di un Paese effetti minimi, è bene invece concentrarci e definire quali possono essere, da dove nascono e come possono essere evitati quella particolare tipologia di illeciti che comunemente vengono chiamati "*White collar crimes*" e che interessano le grandi strutture societarie quotate sul mercato i cui effetti sono assai rilevanti per le economie nazionali e non.

Un esempio che si potrebbe definire scolastico è il crac della Parmalat di cui tutt'ora se ne pagano le conseguenze.

³ ONADO, *Imprese, banche, agenzie di rating, nella crisi del terzo millennio*, in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 20

Nel corso della storia del diritto societario ogni qual volta è avvenuto un evento rilevante per una società importante sul piano economico nazionale, derivato da azioni illecite di amministratori, e il legislatore e la giurisprudenza hanno modificato, aggiunto e interpretato norme con lo scopo ben preciso e di evitare che tali eventi si verificassero di nuovo e che fosse possibile strutturare un sistema che ponesse un veto e rilevasse azioni criminose architettate e poste in essere dagli amministratori con il solo fine di un tornaconto personale.

Come in ogni struttura complessa che si rispetti, anche per le società di grandi dimensioni il processo decisionale è attuato a più livelli che contraddistinguono il cosiddetto “centro di comando”.

Al fine di questa trattazione è opportuno delineare come sono formati i due organi più importanti della società, vale a dire Consiglio di Amministrazione (d’ora in avanti: C.d.A.) e Collegio Sindacale, e soprattutto quali sono i poteri-doveri di ciascuno nella formulazione di una decisione.

Il sistema di *governance* societaria più diffuso nei maggiori Stati europei è il sistema tradizionale che prevede, per emettere decisioni, la combinazione di un organo di amministrazione pluripersonale (C.d.A.) e un organo di controllo interno (collegio sindacale); a ciò si aggiunga l’utilizzo della *delega* quale strumento utile per definire e scegliere la o le persone a cui vengono affidate determinate competenze gestorie.

Tale sistema prevede al suo interno una triplice diversificazione: da un lato vi sono gli amministratori delegati, i quali gestiscono l’impresa e ne definiscono l’assetto organizzativo, fornendo informazioni agli altri organi in merito alla gestione stessa; dall’altro, gli amministratori non esecutivi, che valutano ed esaminano tali informazioni e su quelle svolge il controllo; infine, i sindaci hanno il dovere di vigilare che e le leggi e lo statuto della società siano rispettati sempre e nelle decisioni prese e nel definire la struttura interna societaria.

Tra i soggetti che si occupano dell’amministrazione della società vi è quindi una diversificazione tra coloro che sono delegati e coloro che sono non esecutivi o deleganti, che dovranno valutare, monitorare e supervisionare i primi.

Gli amministratori non esecutivi «appaiono dal punto di vista empirico appartenere a due tipologie: esponenti del socio o dei soci di controllo e soggetti,

portatori di particolari professionalità, nominati per ottenere un contributo di maggiore ponderazione, attraverso, le loro particolari competenze, alle decisioni del consiglio»⁴.

La riforma del diritto societario del 2003 prima e la giurisprudenza poi hanno in un certo qual modo aggiunto e, in alcuni casi, specificato meglio quali fossero in definitiva i ruoli di ciascuno all' interno della compagine societaria.

Tale riforma, oltre a chiarire i singoli doveri, ha anche circoscritto, in un certo qual modo, la responsabilità dei non esecutivi poiché, prima della riforma l'art 2392 comma 2° c.c., si poneva in capo agli amministratori deleganti un aleatorio obbligo di “vigilanza sul generale andamento della gestione” il che rendeva complesso accertare chi effettivamente era tenuto al risarcimento in sede civile dei danni cagionati.

L'articolo 2393 comma 1° c.c. post-riforma ridefinisce, circoscrivendola, la responsabilità degli amministratori non esecutivi, da una parte declinandola non su un dovere generale di vigilanza ma sui ruoli che ciascuno effettivamente ha ricoperto all'interno della società stessa, e dall'altra ampliando la responsabilità degli esecutivi, che sono coloro che effettivamente hanno posto in essere le azioni illecite.

In molte situazioni in cui i giudici di legittimità si sono trovati a decidere sul tema della responsabilità degli amministratori non esecutivi, in modo ricorrente si è posta l'attenzione sul “dovere di agire informati” previsto all'art 2381 comma 6° c.c., infatti, in capo agli amministratori delegati vi è il compito di riportare e motivare tutte le informazioni alla base delle loro azioni, creando un flusso continuo di comunicazioni informative per coloro che sono privi del potere di gestione.

Oltre a questo onere, ai delegati spettano anche altri compiti: definire l'andamento generale della società e quindi i risultati finanziari ottenuti; definire una possibile deriva futura della società e nel breve e nel lungo termine; rendere noto al consiglio di amministrazione tutto e al collegio sindacale possibili operazioni rilevanti e possibili conflitti di interesse con operazioni particolari o atipiche per la società.

⁴ STELLA RICHTER JR., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa soc.*, 2005, 164.

Quindi se da un lato gli amministratori esecutivi hanno il potere di porre in essere le decisioni, dall'altro gli amministratori non esecutivi, «come fulcro della funzione di vigilanza sull'operato degli esecutivi»⁵, definiscono il contenuto della delega, hanno il potere di ritirarla in qualsiasi momento per determinate operazioni complesse o se vi sia il minimo sospetto di azioni illecite, esaminano i piani industriali, finanziari e di *marketing* della società, valutano l'assetto amministrativo della società stessa e votano a fine anno la relazione sulla gestione presentata dagli amministratori esecutivi; non da ultimo, essi devono controllare l'operato dei delegati, prevenire possibili illeciti ed evitare danni.

Un'altra norma oggetto di riforma è stata l'art 2392 comma 2°: «in ogni caso gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne le conseguenze dannose».

Oltre ai doveri di valutazione delle informazioni e di controllo, i quali risultano essere impliciti nel 2392 c.c., viene introdotto un ulteriore potere di intervento volto a impedire ed evitare illeciti da parte degli amministratori delegati.

Da tali distinzioni sopra esposte dei compiti dei singoli organi, scrive autorevole dottrina, è nata la «società dei controlli»⁶, da cui è derivata un'attenzione panoramica del controllo su tutta la gestione.

Tutto ciò ha comportato una indiscriminata condanna verso i delegati e i deleganti, le posizioni di non esecutivi ed esecutivi sono state spesso equiparate, senza doverose distinzioni tra differenti poteri e doveri in capo agli stessi, nel medesimo circuito dei processi mediatici prima e della giustizia penale poi⁷.

⁵ MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2006, 854.

⁶ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 64

⁷ Trib. Milano 18 dicembre 2008, n° 14344, inedita, 130 ss., con riferimento alla responsabilità degli amministratori di Parmalat.

D'altronde, «il mettere in un fascio tutti gli amministratori, considerandoli e trattandoli alla stessa stregua, mentre deriva da una visione anacronistica e idilliaca della vita delle società commerciali, è stato nel corso degli anni causa di gravi ingiustizie»⁸.

I diversi interpreti, per il tramite delle loro differenti analisi, hanno spesso cercato di trovare giustificazione ai continui fallimenti dei controlli che la storia ci ha posto davanti.

Nelle sentenze *ante* riforma del 2003, le decisioni penali altro non sono che rielaborazioni di concetti espressi e applicati nelle sedi civili basando la responsabilità degli amministratori non esecutivi su schemi applicabili al diritto civile e commerciale e che chiaramente non erano invece mutuabili in campo penale.

Sovente in letteratura si evidenzia la congenita impossibilità di assoggettare il diritto civile, per il suo carattere fluido, elastico, dinamico, ad una mediazione formale dei contrastanti interessi con regole oggettive⁹.

Risulta chiaro, a parere della migliore dottrina penalistica, che fluido, elastico, dinamico, discrezionale non sono aggettivi che debbono entrare nel vocabolario del penalista¹⁰, data la rigida struttura che il diritto penale richiede nella sua applicazione.

Era palese come fosse necessaria una riforma organica sui poteri-doveri dei non esecutivi per avere una maggiore chiarezza sulla natura della responsabilità e i suoi limiti intrinseci: e tale risultato è stato raggiunto dalla riforma del 2003 assumendo quale fulcro della nuova disciplina il dovere di agire in modo informato.

Il testo dell'art 2381 c.c., invero, stabilisce che «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione delle società».

⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. Milano, 1959, 281; e ora anche ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di GROSSO, vol. I, Milano, 2007, 845 ss.

⁹ WEIGMAN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 192.

¹⁰ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 250

Commentando con favore questo nuovo articolo, si è detto che «Non vi è più incongrua pretesa del previgente ordinamento che i non esecutivi non “a tempo pieno” e non retribuiti come delegati si trasformano istituzionalmente tra, una riunione l'altra, investigatori che percorrono i corridoi aziendali alla ricerca di doppiopondi nei cassetti o - secondo un esempio non scolastico - del carattere fittizio dei documenti contabili comprovanti larghi riserve di liquidità sociali in realtà inesistenti»¹¹.

Volendo allargare l'orizzonte della nostra analisi, anche la letteratura statunitense chiarisce che «nella realtà, l'effettiva gestione “giorno per giorno” della società è effettuata dagli *officers* e non dal consiglio d'amministrazione. Gli *outside directors* sono vincolati dallo scarso tempo a disposizione e dalla mancanza di dettagliate informazioni e non ci si può aspettare che si concentrino su questioni non decisive o che siano coinvolti nella gestione diretta degli affari della società»¹².

Infatti, oltreoceano, i C.d.A. sono definiti come «*rubber stampers*»¹³, ossia soggetti che esercitano il potere di approvazione senza avere una effettiva cognizione se non basata sulla fiducia riposta negli esecutivi.

Tornando in terre nostrane, pare da condividere l'opinione di chi sostiene che esiste una “dipendenza conoscitiva”¹⁴ tra i membri del consiglio: ciò in quanto la società è vista dai non esecutivi solo attraverso quel velo che separa l'esecutività dalla passività, quindi nient'altro che attraverso la fiducia, notoriamente arma a doppio taglio, foriera di scelte che molto probabilmente, in realtà, non sono neanche state attenzionate con debita sufficienza: «Per lo più la conoscenza che i semplici amministratori hanno della loro società è *puramente cartacea*, nel senso che prima delle riunioni essi ricevono la documentazione illustrativa e su di essa maturano le proprie convinzioni e scelte di voto. Va sottolineato che il dossier è predisposto

¹¹ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 329.

¹² BRODSKY, ADAMSKY, *Law of Corporate Officers and Directors*, New York, 1984-2006, § 2.02, 3.

¹³ TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton, 2006, 87 ss.

¹⁴ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 85

dagli organi delegati, con l'ausilio dello staff che sta alle loro dipendenze. È ciò che capita sia nelle società a base familiare [...] sia in quelle di grandi dimensioni, a cominciare dalle quotate»¹⁵.

Un esempio emblematico di quanto stiamo discorrendo è l'approvazione del bilancio: in tale sede, gli amministratori non delegati, non potendo sovrintendere alla sua formazione e verificare le informazioni ivi contenute, non fanno altro che «un atto di fede sulla perizia, sulla solerzia, sull'onesta intellettuale dei funzionari amministrativi e, sopra questi, dell'amministratore delegato»¹⁶.

Sempre sul tema, la letteratura nota che «Nell'indagare i processi decisionali nell'ambito dell'organizzazioni si è inoltre constatato come sia probabile che consiglieri vengono anche inconsapevolmente “catturati” dagli esecutivi e coinvolti nella “*Inside view*” del *management*, con il risultato di non essere più capaci di esaminare con sguardo distaccato e oggettivo il comportamento degli esecutivi»¹⁷.

Un tema che deve essere sottolineato, in definitiva, è quello della indipendenza dei non esecutivi rispetto ai delegati poiché se è vero che la responsabilità dei primi nasce per omessa vigilanza verso i secondi, è altresì un dato di fatto che il concetto di indipendenza dei non esecutivi è puramente formale e si disgrega all'interno della compagine societaria, sottoposta alle pressioni generate dagli stessi amministratori esecutivi. Tanto che il rapporto esecutivi-non esecutivi è stato efficacemente descritto come caratterizzato da una «naturale empatia e collegialità che porta a distorsioni strutturali»¹⁸.

Con una struttura societaria così organizzata sembra di trovarci di fronte «un villaggio Potemkin anziché una città celeste»¹⁹.

¹⁵ WEIGMANN, *La responsabilità degli amministratori delegati*, in FERRO (a cura di), *La responsabilità nel fallimento societario*, Milano, 2001, 305 (corsivi aggiunti).

¹⁶ In questi termini DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Società*, 2006, 4, 401.

¹⁷ Sul punto, MACEY, BOOT, *Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance*, in 89 *Cornell L. Rev.*, 2004, 368 ss.

¹⁸ COSENZA, *The Holy Grail of Corporate Governance Reform: Independence or Democracy*, in *B.Y.U.L. Rev.*, 2007, 27.

¹⁹ BRUDNEY, *The Independent Director: Heavenly City or Potemkin Village?*, in *Harvard L. Rev.*, 1982, 95, 3, 597 ss. Spiega l'autore stesso che «I Potemkin altro non erano che villaggi fatti costruire dall'omonimo principe con il precipuo fine di impressionare la zarina Caterina II. Il problema era che questi villaggi erano di cartapesta e chi vi abitava altro non erano che attori pagati».

In tema di responsabilità per ciascun amministratore deve essere fatta una valutazione su quali violazioni è stato artefice e chiaramente i danni che sono derivati da tali azioni.

Dovrà, inoltre, essere valutato il comportamento del singolo inteso come se fosse a conoscenza dell'illecito, se vi ha partecipato attivamente o passivamente e soprattutto il ruolo ricoperto dallo stesso nella compagine societaria.

Il legislatore in modo icastico riassume con tre parole, nella nuova struttura normativa, i ruoli di ciascuno: i delegati “curano”, i deleganti “valutano”, i sindaci “vigilano”.

Altro termine che è diventato di uso comune dopo il 2003 è “diligenza”, poiché è sì vero che gli amministratori sono esenti da responsabilità su scelte economiche e finanziarie sbagliate in virtù della *business judgement rule*, ma è altresì vero che ogni scelta deve essere ponderata sul concetto dell'essere diligenti in forza della natura dell'incarico ricoperto.

Per ultimo, con la riforma, è stata posta maggiormente l'attenzione al concetto della trasparenza, andando a porre l'accento con più incisività sulle cosiddette “operazioni con parti correlate”.

Infatti, è richiesto in sede di delibere consiliari che tutti gli amministratori rendano noti tutti gli interessi che possono o potrebbero essere rilevanti per loro stessi qualora tali operazioni andassero a buon fine.

1.2 Poteri-doveri del Collegio Sindacale

Una volta terminata una prima analisi introduttiva su quali siano i poteri e i doveri degli amministratori declinati nei ruoli di esecutivi e non, pur restando un tema di ampie prospettive evolutive, è necessario fare un'analisi anche dell'altro organo avente il compito di controllare e di verificare le azioni degli esecutivi, ossia il collegio sindacale.

Con riguardo ai sindaci le norme a cui dobbiamo fare riferimento, utili al fine della comprensione ma soprattutto della deriva della responsabilità, sono l'art. 2403 e l'art. 2407.

L'art 2043 riporta: «Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento».

Da una lettura *prima facie* è chiaro come l'oggetto effettivo del controllo sia abbastanza sfumato, nel senso che non c'è una precisa e icastica norma che definisca in quali casi specifici sorge la responsabilità dei sindaci venendo, invece, delineati in maniera generale e poco precisa i compiti di questi ultimi.

Se da un lato è ormai chiarito che anche le norme *post* riforma risultano essere in taluni casi troppo generiche, dall'altro in materia di responsabilità penale i problemi sono aumentati in maniera esponenziale.

In materia penale, pur essendo intervenuta la riforma del diritto societario, la responsabilità dei sindaci è rimasta pressoché la medesima, sorgendo principalmente in tre casi, ricompresi nel concetto di diligenza, di professionalità nello svolgere il proprio ufficio e infine nella partecipazione commissiva o omissiva dell'illecito ascrivibile all'azione degli amministratori.

È pur vero, che, in fin dei conti, la normativa attuale in materia di responsabilità dei sindaci, pur presentando delle lacune che dovrebbero essere sanate con una normativa a sé stante, risulta aver avuto un impatto positivo nel panorama legale.

Proprio sul tema e sul ruolo dei sindaci sovente si sottolinea «l'insufficiente indipendenza dai controllati, i limiti di competenze tecniche specifiche per lo svolgimento dell'ufficio, l'eccessivo numero di attribuzioni assegnate dalla legge, la mancanza di incentivi, la scarsa redditività dell'incarico e la tendenza al cumulo di molteplici incarichi»²⁰.

²⁰ CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Società*, 1998, 888.

Sempre sull'onda, diciamo, di questo orientamento, si arriva a definire i sindaci «complici servizievoli e compiacenti»²¹.

Tuttavia, se è pur vero che molti autori hanno una visione negativa e pessimista del ruolo e della prevenzione che può attuare il collegio sindacale, altri, come Cottino, scrivono: «*sulla carta*, il collegio sindacale è onnipotente, funge da custode imparziale del rispetto della legalità e dell'osservanza delle corrette norme di contabilità [...]. *Di fatto* esso è, o almeno è stato sinora, un organo scarsamente incisivo sia per la sua spesso inadeguata qualificazione tecnica sia per la sua mancanza reale di indipendenza»²².

Da questo ultimo pensiero è chiaro come il collegio sia limitato nell'espletamento delle sue funzioni sia per un legame troppo stretto con gli amministratori sia perché, non essendo un traguardo ambito e, per giunta, mal retribuito, pur essendo intriso di responsabilità, si compone di figure poco preparate e soggette alle pressioni altrui.

Se è corretto parlare di una non-indipendenza del collegio è altresì vero però che esistono molteplici artifici posti in essere dagli amministratori esecutivi tale per cui l'azione di controllo si perde nei meandri di documenti di cui debbono tener conto i sindaci.

Infatti, scrive già nei primi anni Novanta la Corte di appello di Milano, «conti occulti, alimentati con giri in contanti destinati a sfuggire a qualsiasi controllo siccome regolati con operazioni per cassa eseguite senza contabilizzazione alcuna, [rendono] di fatto impossibile la rilevazione delle irregolarità commesse, con il solo ausilio dei mezzi di verifica della gestione e della contabilità, attribuiti ai sindaci»²³.

²¹ VIVANTE, *Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulle società anonime*, in *Riv. dir. Comm.*, 1935, 497.

²² COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1994, 558.

²³ Corte d'App. Milano, 13/05/1992, n 37 (caso inerente ai vari reati di fallimento ascritti alla Rizzoli Editore)

Oramai risulta essere abbastanza chiaro come il collegio sindacale altro non sia che una “*ancillae domini*”, che sconta peraltro un perdurante legame con coloro che effettuano la nomina, soprattutto nei grandi poli societari, dove ogni riunione o dei soci o degli amministratori altri non è che una partita a scacchi per ottenere o mantenere il comando.

Per ovviare al legame di convenienza che s’instaura tra controllori e controllati, il legislatore ha emanato normative sempre più stringenti, volte ad evitare che possa presentarsi tale ingerenza indebita sul collegio sindacale, dapprima con una normativa generale, modificata nel tempo, poi con una normativa speciale – trattasi nello specifico dell’art 148 t.u.f. –, anch’essa evolutasi nel tempo, con il precipuo fine di rendere effettivi i controlli, che in molti casi e in molti scandali finanziari dell’ultimo ventennio si sono dimostrati assai poco efficaci.

Nel corso dei vari decenni si sono palesati alcuni limiti, che è bene riassumere, che hanno delimitato l’azione di controllo dall’organo preposto.

Il primo che si palesa agli occhi della dottrina è la scarsa indipendenza di operatività e di organizzazione derivante dai legami sopra esposti e un implicito conflitto di interessi derivante dagli stessi.

Su tale punto, i teorici del diritto hanno provato a dare una spiegazione scrivendo che, essendo i sindaci non soggetti ad un incremento del livello di reputazione come lo sono i revisori dei bilanci, i quali più hanno referenze positive più hanno lavoro, questi sono disincentivati a inimicarsi coloro che li hanno nominati.

Un secondo limite all’operatività della funzione di controllo è stata ritenuta essere la scarsa retribuzione, poiché alle responsabilità a cui tali soggetti sono sottoposti in concreto non viene dato un giusto compenso come invece accade per gli amministratori esecutivi e non.

Venendo meno gli strumenti interni per ovviare a questa debolezza nel controllo, si è pensato di far leva e sulla responsabilità civile e su quella penale.

La prima risulta essere per i sindaci assai “lontana” poiché, come avviene di solito, la responsabilità civile sorge solo dopo la fine della procedura fallimentare

e se promossa dal curatore stesso, diventando una lunga agonia da un risultato assai incerto.

Invece, nel secondo caso, un ruolo centrale è fondamentale lo gioca la giurisprudenza, soggetta però alle interpretazioni e agli orientamenti che non sempre risultano essere univoci o comunque rientranti in uno stesso ordine di idee; da ciò discende che, anche in questo caso, la declaratoria di responsabilità per i sindaci non risulta essere altro che una probabilità, che potrebbe diventare concreta oppure no.

Sulla non-completa indipendenza del collegio sindacale, anche la dottrina statunitense, chiaramente basata sulle vicende e sulla struttura societaria U.S.A, ha riscontrato elementi di affinità con la dottrina italiana, analizzando le medesime problematiche sopra esposte.

In un primo momento, tale dottrina riteneva che il dovere di adempiere al proprio ufficio derivasse da una volontà da parte dei sindaci di tutelare il proprio onore, ma in un secondo momento si sono conformati ad un sistema in cui, come scrive McGowan, gli «[...] *incorporate lawyers* non costruiscono la propria reputazione sulla riconosciuta prontezza nel segnalare eventuali illeciti commessi nel contesto societario»²⁴.

Una volta chiarito qual è il ruolo ricoperto dai sindaci e quali sono i limiti e le motivazioni per le quali il concetto di controllo viene meno, è bene andare a definire i cosiddetti “poteri impeditivi” che sono a disposizione dei sindaci e il cui corretto esercizio, ai fini del diritto penale, rende esente il singolo da responsabilità per omessa vigilanza.

Partendo dall’enunciato dell’art 2403-*bis* c.c. 1 comma, per cui «I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo», appare abbastanza evidente come questo potere risulti essere abbastanza povero di efficacia risultando essere una semplice ricognizione, che nelle società non quotate deve essere espletata dal collegio nel suo insieme e

²⁴ MCGOWAN, *Why Not Try the Carrot? A Modest Proposal for Granting Immunity to Lawyers Who Disclose Client Financial Misconduct*, in 92 Cal. L. Rev., 2004, 1828.

non singolarmente, come invece ha facoltà di fare il sindaco di una s.p.a. quotata.

Un secondo potere che potrebbe essere molto più efficace, come scrive la maggioranza della dottrina, è la facoltà attribuita ai sindaci di partecipare alle delibere degli amministratori, e lì chiarire che ciò su cui stanno deliberando risulta essere antigiuridico, tale per cui i sindaci non potranno rimanere «belle statue di infantile memoria»²⁵ ma dovranno «fare opera di ammonimento e di persuasione»²⁶.

È ben chiaro all'organo amministrativo che, pur esistendo tra i sindaci e gli amministratori una sorta di rapporto di interdipendenza continua, «un troppo aspro conflitto con i sindaci non rappresenta mai un fenomeno augurabile nella vita di una società, poiché è capace di infrangere i delicati equilibri su cui si regge, spesso, la gestione dell'impresa; e conosce altrettanto bene le conseguenze che una sfavorevole relazione in sede di bilancio può provocare nei rapporti con i terzi, e, segnatamente, con i finanziatori istituzionali, come le banche»²⁷.

Risulta essere chiaro come il legislatore, nelle modifiche apportate alla normativa nel corso degli anni, abbia posto rimedi alla responsabilità derivante da inattività del collegio *plenum* dotando i sindaci di poteri da attivare anche singolarmente.

Risulta essere ormai abbastanza chiaro dall'analisi svolta nelle precedenti argomentazioni come il sistema di controllo interno di una società, sia essa quotata o no, risulti essere pieno di inefficienze operative, che risultano essere difficilmente sanabili.

Anche la dottrina, a differenza della giurisprudenza di merito, ha messo «a nudo» questa incompatibilità tra il dover controllare e l'effettiva, concreta attuabilità del controllo.

Autorevoli esperti della materia definiscono il ruolo del collegio sindacale come un qualcosa la cui rilevanza è tale che dovrebbe essere attenzionato con

²⁵ COTTINO, *diritto commerciale*, cit., 569.

²⁶ PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, 286.

²⁷ COLOMBO, *La disciplina italiana della revisione*, in *Riv. dott. comm.*, 1977, 5.

maggiore efficacia da parte del legislatore.

La giurisprudenza, a detta di chi scrive, risulta essere, nelle sue motivazioni in materia di responsabilità, “censoria”, come se non riuscisse a comprendere la delicatezza del ruolo ricoperto dai sindaci e la continua pressione a cui sono sottoposti gli stessi visto i legami che intercorrono tra amministratori e questi.

In una sentenza della Corte di Cassazione, sul tema, si legge: «Sussiste la violazione del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dal secondo comma dell'art. 2407 c.c., con riguardo allo svolgimento, da parte degli amministratori, di un'attività protratta nel tempo al di fuori dei limiti consentiti dalla legge, tale da coinvolgere un intero ramo dell'attività dell'impresa sociale: al fine dell'affermazione della responsabilità dei sindaci, invero, non occorre l'individuazione di specifici comportamenti dei medesimi, ma è sufficiente il non avere rilevato una così macroscopica violazione, o comunque di non avere in alcun modo reagito ponendo in essere ogni atto necessario all'assolvimento dell'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al P.M., ove ne fossero ricorsi gli estremi, per consentire all'ufficio di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., in quanto può ragionevolmente presumersi che il ricorso a siffatti rimedi, o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbe potuto essere idoneo ad evitare (o, quanto meno, a ridurre) le conseguenze dannose della condotta gestoria»²⁸.

I giudici, da queste poche righe, non parrebbero ipotizzare né tantomeno concedere una sorta di attenuante ai componenti del collegio, applicando in modo rigido la norma all'art 2407 c.c.

Dalla lettura di questo articolo si possono desumere due tipologie di responsabilità; una di natura esclusiva, al 1° comma, e una di natura concorrente, al 2° comma.

La differenza tra queste due tipologie risiede nel fatto che la prima nasce

²⁸ Cass. civ., Sez. I, 11/11/2010, n. 22910.

dall'aver avallato e approvato dei documenti con false informazioni, mentre la seconda dall'aver partecipato o non aver impedito che venissero commessi determinati illeciti.

Un ulteriore compito che, eccezion fatta delle società quotate, spetta ai sindaci è quello della revisione dei conti.

Anche tale responsabilità va ad aggiungersi ai molteplici oneri di cui gli stessi sono già responsabili e che, se non adempiuti nelle corrette modalità, fanno sorgere in loro la responsabilità civile nonché penale.

In definitiva, la vigilanza del collegio si sostanzia nell'assicurare il «funzionamento della struttura aziendale nel suo complesso, [la] presenza di una organizzazione adeguata alle caratteristiche dell'impresa, l'attuazione di modelli e procedure efficaci e giorno per giorno degli assetti nella realtà della singola impresa»²⁹.

Quindi un *mare magnum* in cui l'errore non solo è possibile ma, molto spesso, è assicurato.

Giunti al termine di tale analisi, risulta oramai chiaro come profondi *deficit* siano insiti nella struttura organizzativa di una società che nel sistema di controllo dovrebbe trovare una garanzia e non un ulteriore pericolo a cui dover fare fronte.

Sistema che si compone di amministratori non esecutivi e sindaci che, rivestendo ruoli differenti ma con simili oneri, dovrebbero tutelare l'interesse sociale e dei soci, ma che in realtà non tutelano altro se non loro stessi, le proprie posizioni e i propri interessi.

Gli scandali finanziari italiani hanno portato a profonde riflessioni sul tema; riflessioni che però, ad ora, sono rimaste inascoltate, poiché per modificare un sistema ultra decennale sarebbe necessaria una riforma organica troppo onerosa e complicata, che potrebbe portare ad un trasferimento di molte società in “paradisi normativi” dove il “sistema” risulta essere più flessibile e fecondo per la realizzazione di operazioni non del tutto lecite.

²⁹ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 282.

Di ogni argomentazione, però, è buona norma non solo mostrare i lati negativi ma elogiare anche i lati positivi, come direbbero i cultori del *flip-side thinking*.

Una tale struttura di controllo in molti casi ha comportato una diminuzione, non irrilevante, nella commissione di illeciti finanziari, poiché se chi controllasse si liberasse dai legami personali sorti con chi controlla questa architettura risulterebbe essere non solo funzionale ma anche efficace: su una decisione ci dovrebbe essere, chiaramente non dal punto di vista strettamente economico, il vaglio di più componenti aziendali, quali gli amministratori non esecutivi e il collegio dei sindaci, declinato nelle competenze attribuitegli dalla legge.

1.3 Il concetto di posizione di garanzia

1.3.1 Per gli amministratori

L'ordinamento italiano, all'art. 40, 2 comma c.p., definisce testualmente «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

Tale disposizione, che sancisce l'equiparazione tra la causazione di un evento e il suo mancato impedimento, combinata con le singole fattispecie incriminatrici, dà vita a ciò che in dottrina è definito come “reato omissivo improprio”.

Già da una prima lettura appare chiaro come la condizione primaria affinché tale clausola di equivalenza operi risieda nell'esistenza, in capo al soggetto che omette l'azione doverosa, di un obbligo giuridico di impedire l'evento, e dunque nell'esistenza di una posizione di garanzia.

La sempre maggiore frequenza di situazioni processuali che hanno visto il dover decidere in merito alle responsabilità ascrivibili ai membri non esecutivi del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale nei reati commessi dall'amministratore delegato, ha fatto sì che la dottrina abbia espresso una propria

idea in merito al concetto di posizione di garanzia in tale particolare ambito – in cui l’evento da impedire si risolve nel reato commesso dai soggetti controllati – e alla sua effettiva efficacia processuale.

Infatti, persino dalle parole della stessa Corte Suprema appare evidente come la responsabilità omissiva per i sindaci si configuri «soltanto in presenza della prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l’attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili è possibile intravedere l’obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell’evento illecito; la mancata attivazione di tali soggetti in presenza di tali circostanze comporta l’affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato o contribuito a cagionare l’evento di danno»³⁰

Secondo una prima teoria, l’obbligo di impedire il compimento di un evento-reato può essere desunto da un vincolo giuridico, inteso quale contratto, consuetudine o dalla legge.

Una seconda teoria definisce che l’obbligo di impedire l’azione-reato derivi dal fatto che sussista una posizione di garanzia fattuale nei confronti del bene che il titolare dello stesso non può attuare da solo.

Per essere titolari di una posizione di garanzia, è comunque necessario che i soggetti siano dotati di poteri impeditivi idonei ad evitare il verificarsi dell’evento.

Infatti, gli obblighi di garanzia «sono solo quelli cui corrispondono *effettivi poteri impeditivi*. Consente di equiparare il mancato impedimento dell’evento alla sua attiva causazione e se il legislatore chiamasse a rispondere per il mancato impedimento dell’evento colui al quale non ha attribuito i necessari poteri per controllare la situazione di pericolo e per inibirne lo sviluppo verso la produzione dell’evento, finirebbe per configurare un’ipotesi di responsabilità per fatto altrui»³¹.

La stessa dottrina, poi, attua una ulteriore differenziazione in merito alla tipologia di posizione di garanzia, intendendola come obbligo di protezione o

³⁰ Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n 36595.

³¹ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 280.

obbligo di controllo, dove per il primo si intende un obbligo da parte del soggetto di “proteggere” il bene affidato ad altri da tutti i possibili danni che potrebbe subire, mentre per il secondo si intende un obbligo di “protezione”, legato all’ufficio ricoperto dal garante stesso, relativo a specifici danni che il bene potrebbe subire.

Ora, chiarito in generale il concetto di posizione di garanzia, è doveroso specificare quali siano i mezzi utilizzabili al fine di evitare il fatto dannoso.

Tali mezzi sono riassumibili in «un *potere*, un *dominio*, una *signoria* nei confronti del processo di produzione dell’evento dannoso»³² e sul garante «fanno capo certi *poteri di “signoria”* sulla fonte da controllare o sul bene da proteggere, poteri il cui conferimento da parte dell’ordinamento è giustificato dalla necessità di un ottimale espletamento del compito suddetto»³³.

Proprio nella definizione del concetto di potere, la dottrina ha visto crearsi due linee di pensiero, dove alcuni ritengono che questi poteri siano tali da impedire che l’azione atta a creare l’illecito venga perpetrata³⁴, mentre altri ritengono che tali poteri siano identificabili in azioni endo-societarie atte ad autorizzare l’operato di un determinato organo, quindi sostanzialmente rendendo l’organo decisivo compreso dall’autorizzazione di un altro organo con funzioni di controllo³⁵.

Con riguardo alla seconda teoria appare evidente come, se la nozione di potere impeditivo fosse intesa in quel modo, verrebbe meno tutta la struttura societaria e soprattutto verrebbe meno la natura dell’organo amministrativo, quale il c.d.A., centro del potere societario.

Quindi la teoria che risulta essere più aderente all’attuale sistema società appare la prima, ragion per cui i poteri impeditivi risultano essere quelli che possono «astrattamente impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell’illecito da parte del soggetto sottoposto al

³² ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 383; GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 623 s.

³³ SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, 142.

³⁴ Cfr. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608.

³⁵ Cfr. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 71 ss.

controllo. Tali poteri fondano e delimitano la posizione di garanzia e impongono al garante di attivarsi»³⁶.

Al fine di definire l'attuale posizione di garanzia intesa per gli amministratori non esecutivi e per i sindaci, non si può non fare un breve e rapido cenno alla normativa precedente alla riforma del 2003.

Come si evince dalle sentenze emesse prima della riforma relative agli scandali finanziari di maggior rilievo, appare evidente come prima del 2003 fossero solamente definiti i doveri in capo ai non esecutivi non definendo quali fossero i poteri specifici di cui disponevano per evitare la commissione del fatto-reato.

Nel momento in cui la legge non specifica puntualmente i ruoli e gli specifici poteri in capo ai soggetti, dovrebbe essere compito della giurisprudenza ricomporre il *puzzle* normativo e adottare un'interpretazione chiara e univoca del dettato legislativo, ma dalla lettura delle decisioni prese dalle corti, nei casi del Banco ambrosiano o della Banca privata italiana, ciò non avviene; anzi, residuavano più ombre che luci sulle scelte fatte.

In relazione a ciò restano emblematiche tali affermazioni dottrinali dove «non solo tale processo virtuoso è completamente mancato, ma, all'opposto, come tutti sanno, la prassi giurisprudenziale si è consolidata nel senso di utilizzare l'obbligo in discorso per estendere, non sarebbe esagerato dire indiscriminatamente, la responsabilità dei delegati a tutti i componenti del consiglio tanto da far parlare, con riferimento agli amministratori non esecutivi, di una responsabilità (quasi) oggettiva»³⁷.

Se nell'ambito del diritto civile la normativa in oggetto risulta evidentemente lacunosa, spostandoci nell'ambito penale la situazione non muta, anzi rende ancora più palesi le problematiche evidenziate comportando che il pubblico ministero, nel momento di formulare l'accusa, definisca in capo ai soggetti

³⁶ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 169.

³⁷ ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA, PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2006, 502.

controllori una responsabilità derivante dalla posizione ricoperta da questi ultimi.

Anche la dottrina, non essendoci, come poc'anzi descritto, un pensiero univoco sulla materia, ha espresso molti pareri – diversi e difformi tra di loro – su quali fossero gli effettivi poteri in capo e ai non esecutivi e ai sindaci, i loro limiti e la loro natura.

Alla luce delle varie problematiche su esposte, il legislatore di allora comprese la necessità di una riforma organica della materia ponendo un'attenzione maggiore ai ruoli degli amministratori non esecutivi e dei sindaci.

Infatti, con la nuova normativa vengono definiti, si potrebbe dire, in modo assai più specifico i singoli poteri-doveri dei deleganti e dei sindaci, rendendo questi ultimi meno onerati di responsabilità per il fatto che dovranno “agire informati” sulla base delle informazioni che giungeranno dall'amministratore delegato, unico vero conoscitore delle operazioni più rilevanti e dei problemi più rilevanti della stessa società.

Al netto della nuova normativa, infatti, la giurisprudenza successiva è risultata essere molto più comprensiva con i soggetti non operativi, ponendo in capo all'amministratore delegato la piena responsabilità di illeciti compiuti.

Da questa nuova concezione della responsabilità, sul piano penalistico, derivante dalla nuova normativa, più aderente alla realtà del sistema società, l'elemento che appare comunque in definitiva foriero di dubbi è l'espressione “agire informati” poiché lascia innumerevoli dubbi circa i limiti di tale definizione.

Infatti, delimitare il concetto di agire informati significa, in altre parole, definire la posizione di garanzia.

La dottrina ha ritenuto che tale obbligo non si risolvesse in una mera passività nell'aspettare che il flusso informativo giungesse all'organo deputato al controllo, ma che ricomprendesse anche una componente attiva, intesa come il doversi attivare, qualora l'amministratore delegato resti inattivo, nell'informarsi relativamente a determinate attività o azioni specifiche.

Tale questione risulta essersi esplicitata nel caso Bipop-Carire, dove, seppur imputati gli amministratori per concorso omissivo nel reato di bancarotta, questi,

nel corso del processo, mantennero immutata la loro posizione di garanzia, fatto per cui la pena fu irrogata solamente all'amministratore unico di allora.

Infatti, nella motivazione del giudice di primo grado appare evidente come la lettura della nuova normativa trasposta sul piano penale comporti che la delimitazione naturale della posizione di garanzia dei non-esecutivi si confermi nel «valutare [...] sulla base della relazione degli organi delegati e delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, i piani strategici industriali e finanziari. [...] È macroscopica la differenza che corre fra il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, è il dovere di valutare il medesimo sulla base della relazione degli organi delegati»³⁸.

Risulta evidente come la posizione di garanzia per gli amministratori non esecutivi si sia notevolmente ridimensionata se posta in correlazione con, ad esempio, la vicenda del Banco Ambrosiano o comunque con gli altri innumerevoli casi avvenuti tra gli anni 90 e 80.

Se da una parte è stato appena definito il *pool* di responsabilità e i relativi limiti della posizione di garanzia derivanti dalla riforma, è altresì necessario ora definire di quali poteri effettivamente possano essere attuabili e utilizzabili al fine di mantenere invariata tale posizione.

Tali poteri prima della riforma e in parte tutt'ora sono utilizzabili a livello collegiale, ma in determinati casi possono essere atualizzabili *uti singulus* al fine di velocizzare la procedura che altrimenti risulterebbe assai più appesantita se si dovessero attendere i tempi di convocazione e di approvazione assembleare.

Ora, tra le novità introdotte, vi è la possibilità da parte dei deleganti di richiedere informazioni al C.E.O. con riguardo all'andamento della gestione della società.

Secondo la dottrina più autorevole, l'introduzione di un potere così specifico ed esercitabile anche senza l'approvazione assembleare permette sin da subito all'amministratore informato di attivarsi al fine di evitare, o comunque ridimensionare, il possibile illecito.

Seppur tale descrizione risulti essere *prima facie* risolutiva della maggior parte dei problemi oggetto di sentenze nei precedenti decenni, in definitiva però

³⁸ Gup. Brescia, 31/05/2005, n. 604,13 ss

non risulta essere decisiva poiché è vero che l'amministratore non esecutivo, una volta informato, può attivarsi per evitare la commissione dell'illecito, ma è pur vero che il concreto esercizio del potere che permetterebbe di evitare la commissione dell'evento-reato non è subordinato alla delibera della maggioranza dell'assemblea.

L'unico modo per evitare un'imputazione e una eventuale pena, per gli amministratori non esecutivi, risulta essere quello di dare prova del proprio dissenso, ad esempio con la prova scritta, risultante dal verbale, del voto negativo presentato al momento della delibera assembleare.

A conclusione di ciò appare evidente come nella realtà dei fatti i poteri impeditivi di cui dispongono i singoli amministratori non esecutivi si esauriscono nel richiedere informazioni aggiuntive agli amministratori esecutivi, potendo infine denunciare il fatto al P.M., perché altrimenti altri poteri impeditivi possono essere esercitati unicamente a seguito del parere positivo della maggioranza nel C.d.A.

Anche la denuncia presso la Procura però risulta essere stata notevolmente depotenziata dalla riforma: la denuncia può essere presentata solo se la società dove si ritiene che si stia perpetrando un reato faccia ricorso al capitale di rischio – e quindi la vicenda coinvolga potenzialmente i risparmiatori, parte debole del sistema degli investimenti – ovvero se, a causa di questo probabile reato, la società possa subire un danno patrimoniale.

Quindi riassumendo la denuncia risulta essere una «arma decisamente spuntata»³⁹ perché è attualizzabile o se si tratta di una S.p.A. quotata oppure se la società, dalla commissione di tale reato possa subire un danno che altrimenti non subirebbe.

Seppur rientrante nei poteri impeditivi, l'impugnazione della delibera assembleare potrebbe risultare non molto efficace per il semplice fatto che, se il progetto criminoso dell'amministratore delegato si compone di più fasi, impugnare una singola delibera risulterebbe essere inefficace per bloccare il piano nel suo complesso.

³⁹ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 169.

1.3.2 Per il Collegio Sindacale

Analizzato il perimetro della posizione di garanzia in capo agli amministratori non esecutivi, ora l'attenzione deve essere spostata su altri due componenti della società che svolgono una funzione di controllo al pari dei deleganti e sull'attività tutta del C.d.A. e sui bilanci.

Sino a non molti anni fa, «insensibile alla distinzione tra posizioni di garanzia e posizioni di sorveglianza la giurisprudenza aveva dunque eluso ogni indagine circa la sussistenza di effettivi poteri impeditivi in capo ai sindaci costruendo la responsabilità concorsuale omissiva dei membri dell'organo di vigilanza quale automatica proiezione degli obblighi di controllo di cui agli articoli 2403 e ss. c.c. Al fine di qualificare i sindaci come garanti, in altri termini, era ritenuta necessaria e sufficiente la “latitudine” dei loro doveri di controllo -che dall'osservanza della legge spaziava alla vigilanza contabile- senza alcuna verifica sulla “profondità” degli stessi, ossia sulla loro idoneità risolutiva e impeditiva dell'evento»⁴⁰.

In diverse sentenze pre-riforma i sindaci sono stati ritenuti responsabili insieme agli amministratori dei reati societari di cui era loro onere evitarne la commissione secondo quel principio individuato dalla dottrina «*habent oculos et non vident, habent aures et non sentiunt*»⁴¹.

In capo ad essi, quindi, sorge una responsabilità penale nel momento in cui vi è un chiaro collegamento tra ciò che deve essere controllato e reato attuato.

«così definito il terreno comune da cui prendeva le mosse l'orientamento favorevole alla responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci per il fatto compiuto dagli amministratori, le posizioni si differenziavano però in ordine al tipo di reato che i sindaci erano tenuti ad impedire.

Per taluni, la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci doveva essere circoscritta ai soli reati propri degli amministratori⁴²; altri, criticando le precedenti

⁴⁰ MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 4, 451.

⁴¹ PIPA, *Società anonima*, in *Dig. it.*, vol. XXI, Torino, 1903-1906, 444.

⁴² STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 558.

tesi per l'eccessivo formalismo, sostenevano invece che oggetto della garanzia sindacale erano indifferentemente reati propri o comuni, purché attinenti all'esercizio "dell'attività istituzionale degli amministratori"⁴³»⁴⁴.

Ora la dottrina si è più volte espressa a favore dei sindaci per il semplice motivo che i compiti a cui questi devono assolvere hanno una portata illimitata.

Invero, i compiti a cui essi devono far fronte sono difficilmente esercitabili in modo preciso e sufficiente in tutte le situazioni, potendosi realizzare molte volte delle falle nel sistema che portano gli amministratori a compiere azioni illecite.

Nell'attuale sistema società ai sindaci non solo viene richiesto di ottemperare al loro ruolo ma anche di «ricondere nell'ambito dell'attività dovuta dai collegi qualsiasi atto o fatto quotidianamente attinente alla gestione della società con il risultato di rendere praticamente impossibile un esaustivo svolgimento delle funzioni».

Nella struttura pre-riforma, erano ritenuti quasi come degli "assicuratori", inteso che il loro ruolo era quello di assicurare che l'organo amministrativo della società non commettesse illeciti penali o civili⁴⁵ risultando essere quindi i compiti così tanti da non poterne adempiere in modo completo e approfondito la maggior parte di questi.

Se si analizzassero le varie sentenze emesse dalle Corti in materia apparirebbe chiaro che l'affermazione della loro responsabilità si fonda su tre passaggi fondamentali: ricostruzione ampia e illimitata dei doveri di controllo a cui non hanno adempiuto facendoli incorrere nella responsabilità omissiva *ex art. 40 2° comma*; motivazione, a norma dei vari articoli del codice civile, dell'esistenza di una posizione di garanzia; indicazione, a posteriori, di tutto quello che i sindaci avrebbero potuto fare e non hanno fatto per evitare la commissione dell'illecito.

Spesso, l'analisi che viene svolta dai giudici si fonda su una normativa civilistica che viene applicata in modo improprio ed evidenzia la scarsa

⁴³ FOFFANI, *Reati societari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, 404.

⁴⁴ MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 452.

⁴⁵ QUAGLIOTTI, *La nomina dei sindaci: equilibrio strutturale e indipendenza sostanziale*, in AA.VV., *Il collegio sindacale*, Milano, 2007, 41.

consapevolezza, da parte dei giudici stessi, della complessa organizzazione della società: i compiti e le responsabilità attribuiti ai sindaci risultano essere eccessivi.

Emblematico risulta essere un passaggio della sentenza Cultrera: «il presupposto perché un soggetto risponda a titolo di omissione di un determinato reato è costituito dal fatto che la legge attribuisca a lui una funzione di controllo [...]; come più volte è stato ribadito incostanti pronunce di questa Corte sia in sede penale che in sede civile, l'obbligo di vigilanza dei sindaci del collegio sindacale non è limitato al mero controllo contabile, ma deve anche estendersi al contenuto della gestione, perché la previsione della prima parte del primo comma dell'articolo 2403 c.c. deve essere correlata con quella del terzo e del quarto comma dello stesso articolo che conferiscono ai sindaci il potere-dovere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni e su determinate operazioni quando queste possono suscitare, per la modalità delle loro scelte della loro esecuzione alcune perplessità»⁴⁶.

E ancora: «Il controllo sindacale quindi se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali neppure si esaurisce in una mera verifica formale quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione loro messa a disposizione dagli amministratori ma comprenderli scontro tra la realtà e la sua rappresentazione tant'è vero che la legge distingue il controllo sull'amministrazione dalla vigilanza sull'osservanza formale delle norme e riabilita a chiedere notizie sull'andamento delle operazioni a ricevere denunce da parte dei soci su fatti censurabili né esercizio dell'impresa e li obbliga a riferire nella relazione del bilancio sui concreti ed effettivi risultati dell'esercizio sociale»⁴⁷.

Nelle massime giurisprudenziali, in moltissime situazioni, si ritrovano motivazioni prive di qualsiasi fondamento logico, come se la volontà dei giudici fosse quella solamente di irrogare le pene in modo indistinto a tutti i componenti del comparto societario.

⁴⁶ Cass. Sez. V, 28/02/1991 Cultrera e Cass. Sez. I civile, 7/05/1993, n. 5263

⁴⁷ Cass. Pen. Sez. V, 22/04/1998, cit., 651; Ugualmente in Cass. Pen. Sez. V, 13/12/2006, n.17393 4, Cass. Pen. Sez. II, 12/02/2009, cit., 11.

Tale pensiero dei giudici lo ritroviamo per esempio nel caso della bancarotta del gruppo Sasea, dove i giudici della Corte scrivono: «per la sussistenza del dolo è [...] sufficiente che l'agente pur non perseguendo direttamente [il danno ai creditori], sia quantomeno in condizione di prefigurarsi una situazione di concreto pericolo. [...] condizione desunta dalle numerose cariche ricoperte [dal sindaco] all'interno del gruppo, della cui situazione complessiva doveva ritenersi quindi a conoscenza dalla sua presenza alla delibera del C.d.A. dalla natura e riconoscibilità dell'operazione»⁴⁸.

Appare evidente in queste ultime parole della Corte come il carico complessivo di oneri dei sindaci sia veramente tanto ampio da rendere inesistente una vera e propria posizione di garanzia.

Similmente agli amministratori non esecutivi, così, anche i sindaci, in linea teorica, sono stati dotati di poteri reattivi che, se utilizzati, gli permettono di impedire un reato.

Essendo il collegio sindacale, in definitiva, un organo collegiale, al fine di poter operare ha bisogno dell'approvazione da parte della maggioranza.

Infatti, se il singolo decidesse di approfondire una determinata operazione ritenuta essere potenzialmente illecita, lo stesso non avrà la possibilità di attivarsi *motu proprio* e con incisività risolutoria, bensì dovrà rimettere la decisione al collegio, che dovrà votare secondo il principio della maggioranza.

La posizione di garanzia deriva quindi in parte da ciò che è stato fatto dal collegio sindacale e da ciò che è stato fatto dal singolo sindaco, questo perché la normativa in essere ha dotato di poteri reattivi sia i singoli che il collettivo.

«La peculiarità di una simile posizione che vede l'operare congiunto della clausola di equivalenza di cui all'articolo 40 codice penale e delle regole del concorso di persone induce a enucleare un'autonoma situazione diversa dalle posizioni di controllo e di protezione.

L'autonomia della categoria si apprezza del resto anche in considerazione del fatto che la previsione di un dovere di impedimento del reato altrui può

⁴⁸ Cass. pen., sez V, 24/05/2006, cit., p.70

giustificarsi ora con la necessità di apprestare presidi a contenimento della pericolosità di determinati soggetti (con un fondamento sostanziale analogo alla posizione di controllo), ora invece per il peculiare bisogno di tutela di alcuni beni (analogamente a quanto avviene per la posizione di protezione)»⁴⁹.

«La differente qualificazione comporta conseguenze di non poco momento, giacché l'obbligo di mera sorveglianza esclude la responsabilità concorsuale omissiva del sorvegliante rispetto all'illecito compiuto dal terzo proprio a causa dell'assenza di quei poteri impeditivi che -come si è precedentemente osservato- sono a fondamento dell'equivalenza causale di cui all'articolo 40 codice penale: l'adempimento dei doveri di controllo e di vigilanza attribuiti al sorvegliante può infatti al più ostacolare la commissione del reato altrui non certo impedirla.

Allorché, inoltre, la condotta di omessa sorveglianza si colleghi alla commissione di un reato da parte di terzi, acquista nuova evidenza il già sottolineato contrasto con i principi di proporzionalità, di eguaglianza e di personalità della responsabilità penale: l'applicazione della medesima pena, per effetto della regola unitaria del concorso di persone, a condotte portatrici di un disvalore così differente (la commissione del reato e l'omissione dei controlli) condurrebbe infatti ad un'irragionevole disparità di trattamento in violazione dell'articolo 3 della costituzione»⁵⁰.

Uno dei primi poteri di cui dispone il collegio risulta essere quello dell'impugnazione della delibera assembleare o delle delibere del consiglio di amministrazione.

Tale possibilità, come messo in luce dalla dottrina, però, risulta essere non totalmente efficace come azione preventiva poiché e l'impugnazione può avvenire per determinati casi di chiara violazione della legge o dello statuto e perché l'illecito può essere già in atto.

Un ulteriore potere è quello di convocazione del C.d.A. e, se necessario, anche dell'assemblea.

⁴⁹ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 9.

⁵⁰ MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 451.

Anche questo potere, però, risulta essere non completamente idoneo alla prevenzione, poiché è vero che in assemblea, che sia degli amministratori o dei soci, possono essere messe in luce determinate criticità, ma è pur vero che dovrà comunque esserci una votazione collegiale al fine di decidere.

Inoltre, ai due poteri sopra citati, si aggiunge quello ulteriore della possibilità di denuncia presso la Procura del potenziale o effettivo illecito: «la maggiore ampiezza di tale potere sindacale e tuttavia immediatamente arginata dalla considerazione che la denuncia avendo ad oggetto gravi irregolarità “compiute”, guarda per lo più a un illecito penale già consumato e non può dunque inibire il reato degli amministratori⁵¹.

Anche poi ipotizzando la denuncia rispetto a reati *in fieri*, non può ritenersi che la legittimazione di cui al novellato articolo 2409 codice civile valga ad assegnare all'organo di controllo un potere direttamente impeditivo rispetto all'illecito dei gestori. In senso contrario, occorre infatti notare che la denuncia trova come suo limite l'interesse sociale⁵², risultando quindi esclusa per quelle violazioni che seppur gravi non incidano direttamente sul patrimonio sociale⁵³.

Più in generale, inoltre, la denuncia si configura non già quale *condicio sine qua non* rispetto alla realizzazione del delitto, ma come un mero potere mediato, posto che l'impedimento è in realtà rimesso ad un organo estraneo al collegio sindacale quale il tribunale»⁵⁴.

Azionare questo potere comporta diversi “effetti collaterali” che in molti casi i sindaci in *plenum* hanno remore nell'attivare.

Infatti, prima di tutto per denunciare c'è bisogno della delibera favorevole della maggioranza, poi, successivamente, una volta messasi in moto la macchina della giustizia, verranno sospesi e gli amministratori denunciati e i sindaci nell'insieme al fine di appurare la presenza o meno dell'illecito denunciato.

⁵¹ ROSSI, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in ROSSI (a cura di) *reati societari*, Torino, 2005, 140.

⁵² PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 214.

⁵³ BENCINI, *I sindaci fra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in ALESSI, ABRIANI, MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. le nuove regole*, Milano, 2007, 487.

⁵⁴ MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 451.

Non diversamente accade se la denuncia anziché al P.M. viene effettuata presso la CONSOB, poiché anche in questo caso deve essere il collegio nel suo complesso a deliberare.

Quindi, a ben vedere, la posizione di garanzia per il singolo sindaco, se questa si dovesse basare esclusivamente sui poteri collegiali, verrebbe nella maggior parte dei casi meno, poiché la struttura volta ad evitare la commissione di un illecito risulterebbe essere soggetta ad una votazione della maggioranza, di cui non si conoscono gli interessi e che potrebbe non volere attuare azioni contrarie a determinate delibere degli amministratori.

Ora, se dai poteri collegiali risulta essere impossibile, o perlomeno alquanto complicato, definire in capo ai singoli la posizione di garanzia, l'analisi dovrà spostarsi verso quei poteri attivabili dal singolo.

Al di là della possibilità che ha il singolo sindaco di richiedere informazioni riguardo a determinate operazioni, che però non assume una efficacia impeditiva, tra i reali poteri impeditivi si possono annoverare per esempio quello di assistere alle singole assemblee del C.d.A.

Questa facoltà assumerebbe quasi i connotati di un'azione preventiva, poiché è onere del sindaco presente alle delibere attivarsi immediatamente qualora ritenga che la stessa sia illecita o potenzialmente tale.

Ulteriore possibilità che ha il singolo è quello di riportare all'assemblea dei soci la posizione assunta dal collegio sindacale, esprimendo inoltre all'assemblea stessa il perché si ritiene che la delibera oggetto del dissenso debba essere impugnata.

Invero, «il potere attribuito all'organo di vigilanza dall'articolo 2409-terdecies, comma primo, lettera a), risulta dunque idoneo a delineare per un verso quel potere di supremazia tra controllore controllato affondamento della posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento del reato altrui e per altro verso a qualificare in termini astrattamente impeditivi il potere di intervento del consiglio di sorveglianza così rendendo l'organo di vigilanza [...] garante rispetto al reato compiuto dai consiglieri di gestione, purché l'illecito sia *in fieri* (difettando

altrimenti qualsiasi possibilità impeditiva) e a patto che ricorrano requisiti soggettivi del reato»⁵⁵.

Anche la giurisprudenza civile ha esposto ulteriori poteri in mano al sindaco, che non risulterebbero tipizzati in modo specifico nel codice.

Con riguardo a ciò i giudici, in una sentenza riguardante la *mala gestio* dell'amministratore unico che deteneva la quasi totalità delle azioni, scrivono: «il dovere di diligenza dei sindaci non è circoscritto al compimento delle specifiche mansioni che gli sono state commissionate ma si estende ad ogni altro atto che sia necessario per l'assolvimento dell'incarico (art. 1708 c.c.). Anche a voler ipotizzare l'inutilità di una tempestiva informazione dell'assemblea in ragione della maggioranza (70%) che vi deteneva l'amministratore, e la conseguente non utilizzabilità della normale dialettica dei rapporti sociali inter organici si doveva rendere ineludibile il ricorso a una autorità esterna anche attraverso la denuncia al pubblico ministero [...] la legittimazione del sindaco a denunciare l'irregolarità al pubblico ministero per l'esercizio dei poteri di iniziative che gli spettano e doverosa quando sia rimasta davvero l'unica praticabile in concreto per poter legittimare por fine alle illegalità di gestione riscontrate o interrompere la successione di comportamenti *contra legem* che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale»⁵⁶.

Quindi da tali parole della Corte appare evidente come, qualora il sindaco, o in generale il collegio tutto, siano inibiti nell'esercizio dei poteri, sia possibile denunciare la cosa al Tribunale.

«I confini di detta posizione di garanzia devono però ancora essere individuati con precisione, non potendo essere certamente tollerabile, dalla prospettiva penalistica, un rinvio in bianco ai doveri di controllo di “amplissimo contenuto” propri della responsabilità civile: è il riferimento ai *poteri individuali astrattamente impeditivi* dei sindaci a ritagliare l'ambito della garanzia esigibile sul terreno del diritto penale»⁵⁷.

Con queste ultime parole appare evidente come sul piano penalistico la dottrina abbia messo in luce l'eccessiva vaghezza sul contenuto di ogni singolo

⁵⁵ MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., pag. 451.

⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 17/09/1997, n. 9260

⁵⁷ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 291.

obbligo dei sindaci, ragion per cui molto spesso vengono imputati per reati che chiaramente non hanno commesso e che neanche avevano la possibilità di impedire.

In alcune sentenze, guardasi ad esempio il caso Parmalat, imputati per i reati degli amministratori sono stati anche i revisori contabili.

Ora nelle società quotate chi si occupa di ciò sono società di revisione, mentre nelle società non quotate questo compito può essere affidato anche ai sindaci.

Con riguardo alla loro posizione di garanzia, appare evidente alla dottrina ma anche, nell'ultimo decennio, alla magistratura che i revisori e i sindaci abbiano le stesse garanzie e le stesse tutele.

Andando per ordine, i compiti di cui il revisore è onerato sono sostanzialmente tre, di cui il primo si realizza nel controllo del bilancio e quindi indirettamente sulle operazioni degli amministratori, il secondo nel dare maggiore sicurezza a chi deve investire nella società perché certifica la salute della società revisionata, il terzo ed ultimo risulta quello di garantire al mercato la solidità della società.

Se per il collegio sindacale e per gli amministratori non-esecutivi la circoscrizione dei poteri-doveri e quindi della posizione di garanzia derivante da questi non è molto agevole, invece per i revisori la questione risulta essere apparentemente molto più semplice.

Infatti, il revisore ha la facoltà di denunciare le irregolarità o al collegio sindacale o direttamente alla CONSOB.

Una seconda possibilità che ha è quella di esprimere un giudizio in merito al bilancio della società (al termine dei controlli sui bilanci, il revisore ha l'obbligo di redigere una relazione in cui dovrà esprimere un giudizio sulla congruità o meno degli stessi).

Sostanzialmente, il controllo esercitato dai revisori si compone di due fasi, dove la prima risulta essere un controllo continuato, mentre il secondo un controllo finale.

Nel primo caso gli argomenti a favore della configurabilità della posizione di garanzia potrebbero essere notevolmente deboli in un ipotetico giudizio poiché l'unica cosa di cui dispone il revisore è la facoltà di inviare una informativa o al

collegio sindacale o alla CONSOB, che però potrebbe o rimanere inascoltata o comportare l'apertura di un procedimento che non avrebbe dei riscontri immediati, risultando quindi inutile o perlomeno non risolutivo nel breve termine.

Ma le cose non cambiano nel secondo caso, ossia nel momento in cui deve essere redatta la relazione finale circa la struttura e il contenuto del bilancio stesso e il revisore dovrà esprimere il proprio giudizio, sia esso positivo o negativo. Infatti, «il revisore non è titolare di alcun potere giuridico di intervento a carattere impeditivo-preventivo rispetto all'attività degli organi sociali: i poteri in indagini di cui il revisore è dotato non hanno infatti alcun carattere di autoritatività, trattandosi di diritti di ottenimento, l'inottemperanza ai quali può solo spiegare i suoi riflessi negativi sulla valutazione che dovrà essere data circa l'attendibilità dei dati di bilancio.

L'obbligo di informazione gravante su revisore è dunque strettamente funzionale all'intervento in primis della Consob e in siffatta funzionalità e precisamente destinato a esaurirsi forzando artificiosamente [...] la portata dell'articolo 40 codice penale allargando a dismisura la sfera della responsabilità penale»⁵⁸.

Con riguardo alla posizione di garanzia dei revisori e quindi anche sul tema della responsabilità che sorge in caso di omessa comunicazione alla CONSOB, la dottrina si è divisa in due schieramenti, dove una primo orientamento ritiene che «l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza [...] non si non si realizza con la mera non segnalazioni di illeciti, richiedendo qualcosa di più, cioè che la condotta anche omissiva avvenga comunque in circostanze tali da segnare un effettivo contrasto di un azione intrapresa dalle autorità.

Conclusioni, questa, indirettamente confermata dalla medesima pena prevista dalla prima parte della norma che pone l'accento sulla falsità sui mezzi fraudolenti impiegati»⁵⁹; mentre una seconda opinione ritiene che in tali casi i revisori «affermano in tutto in parte il falso ovvero mettono in tutto in parte le

⁵⁸ CRESPI, *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in *Riv. Soc.*, 2012, 2-3, 373 ss.

⁵⁹ ROMANO, *Diritto delle società il sistema punitivo italiano nel contesto internazionale*, in AA.VV., *La società per azioni oggi, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, 290 ss.

doverose comunicazioni di fatti censurabili, così consapevolmente ostacolando le funzioni dell'autorità»⁶⁰.

«In chiusura è bene sottolineare che l'individuazione di una posizione di garanzia del revisore contabile può condurre indubbiamente a esiti di estremo rigore: il rischio è che revisore anche in virtù della vastità degli interessi affidati alla sua tutela venga chiamato a rispondere di tutte le fattispecie delittuose poste in essere dagli amministratori delle società in seguito al mancato esercizio dei poteri impeditivi.

In molti casi solo un'attenta verifica della presenza del dolo e rispetto a tutte le contestate ipotesi criminose preclude un'indebita estensione della responsabilità penale»⁶¹.

Chiosa definitivamente la dottrina a riguardo attraverso icastiche parole: «l'analisi condotta ha dimostrato come non sia configurabile in capo ai sindaci di SPA alcuna posizione di garanzia rispetto all' illecito compiuto dagli amministratori.

Come si è visto, di *Garantenstellung* potrà parlarsi solo con riguardo ai consiglieri di sorveglianza, in ragione delle prerogative attribuite a tale organo e dello *status* di supremazia di cui gode nei confronti dei consiglieri di gestione.

Di contro in capo ai sindaci ai membri del comitato per il controllo sulla gestione deve ritenersi sussistente una mera posizione di sorveglianza con la conseguente impossibilità di imputare l'evento delittuoso compiuto dagli amministratori ai sensi del combinato disposto dagli articoli 110 e 40 codice penale.

Un conto è però sostenere l'impossibilità di punire il sindaco alla stregua della disciplina vigente. Altro conto invece escludere la meritevolezza della pena *tout-court*: l'organo di controllo delle spa svolge infatti una funzione centrale per la correttezza della gestione sociale e l'omessa vigilanza certamente agevola la commissione di illeciti all'interno della società; donde la necessità di modulare l'intervento penale attraverso previsioni ad hoc che sottopongano appena anche le omissioni sindacali».⁶²

⁶⁰ SEMINARA, *Le falsità nell'attività di revisione contabile (art. 2624)*, in GIARDA, SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 368.

⁶¹ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 337.

⁶² MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 451.

1.3.3. Per il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Una visione, per così dire, “trasversale” della posizione di garanzia può essere desunta dal nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che entrerà in vigore, al netto di possibili ulteriori rinvii, nel settembre 2021.

Il *nuovo corpus normativo* ha posto l'attenzione in modo maggiormente pregnante sui cosiddetti “meccanismi di allerta” e sulla responsabilità che ne deriva in capo agli amministratori qualora questi non vengano opportunamente sollecitati e non siano tempestivamente fatte le previste comunicazioni ai relativi organi o enti.

Prima di analizzare nello specifico che cosa il nuovo Codice della crisi andrà ad introdurre all'interno dell'ordinamento in materia di procedure concorsuali, è bene fare delle premesse.

La prima considerazione, che appare evidente leggendo i nuovi articoli che verranno introdotti, più precisamente si parla dall' articolo 12 a seguire, riguarda la volontà di puntare alla conservazione dell'impresa piuttosto che iniziare una procedura fallimentare.

La seconda considerazione da cui sostanzialmente deriva la prima è che a livello europeo, nel 2019, è entrata in vigore la direttiva in materia fallimentare che, in un'ottica di maggiore prevenzione, al fine di evitare il fallimento, ha introdotto precise soglie di debito che dovrebbero far sorgere il sospetto negli amministratori che qualcosa all'interno del sistema società non sta funzionando come dovrebbe.

In definitiva lo scopo ultimo del nuovo Codice della crisi consiste nella prevenzione, tramite i meccanismi approntati dal legislatore, dell'insorgere dello stato di insolvenza.

Infatti, lo stato di insolvenza viene sostanzialmente definito come un fenomeno a eziologia progressiva: è sicuramente un aspetto positivo la presa di coscienza che tale situazione non si presenta da un giorno all'altro ma si manifesta lentamente, nel corso del tempo.

Quindi il fine ultimo del legislatore è stato quello di anticipare e prevenire in qualche modo la situazione di insolvenza della società attraverso l'utilizzo di indici rivelatori, modulati sui bilanci della società e sulla situazione patrimoniale e finanziaria della stessa: invero, se tali voci superano una certa soglia, definita appunto critica, significa che la società si sta avviando verso lo stato di insolvenza.

Ora, attraverso questi indici, che poi sostanzialmente definiscono l'avanzamento della crisi dell'impresa, possono desumersi profili di responsabilità in capo agli amministratori.

Prima di analizzare la responsabilità che deriva dal non aver segnalato in tempo tali problematiche a livello economico-finanziario, bisogna definire i vari livelli di crisi che una società può attraversare.

La prima crisi è quella cosiddetta a "carattere virtuale", dove la società non riesce a produrre più ricchezza e, chiaramente, non avendo un attivo sufficiente a coprire le spese, a chiusura di bilancio si avrà un valore negativo.

Per verificare se una società effettivamente sta producendo ricchezza viene utilizzato il cosiddetto MOL, ossia il margine operativo lordo, il cui valore sostanzialmente deriva dall'attivo meno i costi di produzione e le tasse.

La seconda crisi, più importante e per certi versi più grave della prima, è quella di natura patrimoniale.

Al fine di verificare se una società sta operando bene sul mercato a livello di investimenti vengono utilizzati due valori il ROI e il ROD i quali significano *return on investment* e *return on debts*.

Perciò, quando un investimento che gli amministratori fanno con la società gli consente di guadagnare meno di quanto è costato il finanziamento stesso, appare evidente come il saldo non possa essere positivo, e quindi in linea teorica avvicina sempre più la società all'insolvenza.

La crisi più grave si sostanzia nella mancanza di liquidità.

Tale situazione si manifesta nel momento in cui non si riescono più a pagare ad esempio i canoni di locazione, i fornitori, i lavoratori, oppure finanziamenti pregressi presso istituti di credito o banche.

Ulteriori indici rilevatori della crisi sono: il patrimonio netto negativo che deriva dalla somma del capitale e delle riserve e dell'utile, a cui deve essere sottratto il computo delle perdite; il cosiddetto DSCR (*debt service coverage ratio*), ossia il tasso di copertura del fabbisogno finanziario, sistema utilizzato dalle banche al fine delle segnalazioni presso la centrale rischi di Bankitalia.

In generale abbiamo due sistemi di allerta, uno esterno e uno interno, ma al fine della trattazione in essere l'analisi deve spostarsi solamente sul concetto di allerta interna.

Quest'ultima sostanzialmente sta ad indicare che la segnalazione è derivata dall'interno della società: la *governance* aziendale, comprendendo lo stato di crisi iniziale o avanzato della società, onde evitare l'insolvenza e quindi il fallimento da cui inevitabilmente deriverebbe un'azione di responsabilità nei loro confronti da parte del curatore fallimentare, sceglie di porvi rimedio attivandosi preventivamente.

L'art. 375 C.C.I. introduce il secondo comma dell'art. 2086 c.c., configurando a carico dell'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, «il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Questo articolo è divenuto il pilastro per le azioni di responsabilità mosse dal curatore nei confronti della *governance* aziendale o più precisamente degli amministratori della società.

Prima dell'entrata in vigore della direttiva europea e inevitabilmente prima delle varie modifiche che sono state introdotte nel codice della crisi – e che tuttora non sono ancora entrate in vigore –, le azioni di responsabilità si basavano solamente sugli articoli 2446 e 2447, ossia sulle perdite che la società aveva subito e che l'aveva portata alla bancarotta.

I profili di responsabilità sostanzialmente ora nascono dal fatto che non sono stati predisposti dagli amministratori degli assetti organizzativi tali da riuscire ad analizzare e quindi predisporre contromisure efficaci al fine di evitare il *default*.

Il curatore ha la legittimazione ad agire nei confronti di amministratori sindaci liquidatori della società per i danni arrecati.

L'attenzione non è più sulla perdita del capitale ma sulla verifica della sussistenza delle condizioni di continuità; infatti, questi adeguati assetti organizzativi sono importanti e ciò è dimostrato dal fatto che legislatore italiano ha previsto un sistema di *early warning*.

Tra i vari doveri degli amministratori viene introdotto anche quello di tutelare gli interessi dei creditori.

I doveri fiduciari sono prevalentemente imposti a vantaggio degli *shareholders*, ma in alcuni casi risulta difficile a posteriori individuare quando tale dovere diventa un obbligo.

Qui la dottrina non ha un orientamento univoco nel senso che tali doveri non nascono come un obbligo ma lo diventano nel momento in cui la società si muove nella cosiddetta zona grigia o "*twilight zone*".

Quest'ultima situazione viene a crearsi nel momento in cui la società è in stato di crisi avanzato ma non è ancora al momento del fallimento.

Gli amministratori si interessano dei creditori non dal momento della riorganizzazione aziendale ma dal momento in cui si apre la zona grigia, questo perché all'insorgere del *value break point* l'azienda inizia a operare con il capitale di credito il che comporta l'ingresso nella zona grigia e l'obbligo di ristrutturazione.

La responsabilità degli amministratori, dunque, non è più basata sull'evento che comporta la perdita totale di capitale ma viene anticipata al momento del *value break point*, ossia la perdita del valore aziendale.

Al fine di verificare la sussistenza o meno di una responsabilità in capo alla governance aziendale dovranno essere verificati i flussi informativi che sono intercorsi tra C.d.A., collegio sindacale e revisore legale dei conti.

Infatti, il flusso di informazioni viene inteso alla stregua della pianificazione aziendale, rientrando quindi nel concetto di adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile. L'art. 14 C.C.I. obbliga il collegio sindacale, il revisore e la società di revisione, nell'ambito delle rispettive competenze, a verificare che gli amministratori monitorino costantemente, anche attraverso l'adozione di iniziative idonee, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, il suo equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione, nonché a «segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi».

Dal punto di vista penalistico, tale disposizione potrebbe comportare un ampliamento della posizione di garanzia *ex art. 40 cpv. c.p.*, a maggior ragione se si pensa che lo stesso art. 14 C.C.I., al ricorrere degli indizi della crisi, sopra descritti, prevede una dettagliata serie di obblighi di segnalazione endosocietari ma anche esterni (si pensi, ad esempio, alla previsione di una comunicazione dello stato di crisi all'OCRI).

2. La struttura del reato e la sua configurabilità.

2.1 Reato pluripersonale o Reato Collegiale?

Una volta delineata la natura e la genesi della responsabilità degli amministratori esecutivi e del collegio sindacale, è necessario analizzare le problematiche di teoria generale del reato che possono sorgere dinnanzi a situazioni come quelle siano ad ora descritte.

All'interno di un sistema in cui la decisione deve derivare dall'adesione congiunta di più componenti, occorre chiedersi se e come uno dei componenti possa

sottrarsi dal subire le conseguenze di una deliberazione che si riveli per la società pregiudizievole o che si risolva in – o avalli – un fatto illecito.

In tutte quelle attività in cui l'assunzione di una decisione è basata sul collettivo, quest'ultima appare come la somma delle singole condotte; in virtù di ciò, all'esterno, l'atto non sarà caratterizzato dall'azione del singolo ma da quella del gruppo.

Le azioni poste in essere da tutti, in un certo qual modo, possono essere successive, precedenti o medesime a quelle del collega, ragion per cui l'analisi a posteriori deve essere fatta sulla totale complessità delle stesse.

La difficoltà nascente nel ricostruire il fatto principale a posteriori composto di tante azioni successive una con l'altra per rilevare a chi è subordinata la responsabilità penale principale sta proprio nel definire la prima da cui poi sono derivate o sono state la conseguenza le altre dei colleghi.

Il compito di chi deve accertare la sussistenza o meno della responsabilità sta nell'individuare la precisa azione scorretta che è stata attuata, slegarla dal contesto collegiale e definirne il reale esecutore.

Su tale punto la dottrina si è spesso interrogata, chiedendosi se un amministratore, che in sede di delibera risulti essere dissenziente con una determinata decisione collegiale, poiché ritiene che abbia natura illecita, possa andare esente da responsabilità pur facendo parte di un organo collegiale.

È proprio qui che si sono contrapposte due diverse tesi, che hanno ricondotto simili situazioni a due differenti schemi: il reato pluripersonale e il reato collegiale.

Ripercorrendo le basi del diritto penale, come è ben noto, la responsabilità penale è personale, sorge su una propria condotta, ragion per cui ognuno risponde delle proprie azioni.

Ora il problema, con riguardo al ruolo che il singolo attore gioca all'interno del collegio, è quello di chiarire se la responsabilità penale sorga anche nel caso in cui in una delibera il singolo si sia mostrato dissenziente e non abbia fatto nulla affinché tale dissenso fosse messo a verbale.

A riguardo, la dottrina ha espresso parere positivo chiarendo che, in primo luogo, il singolo fa parte di un collegio dal momento in cui ha ottenuto la nomina; in secondo luogo, il soggetto, non evitando l'approvazione di una delibera che ritiene essere illecita – e che tale risulta essere successivamente – risponderà a norma dell'articolo 2392, 2° comma c.c., per il quale «se gli amministratori sono a conoscenza di atti pregiudizievoli alla società hanno il dovere di fare quanto possono per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

La dottrina ha espresso pareri contrastanti sulla natura del reato identificando prima un reato collegiale poi un reato collettivo, e mai abbandonando né l'una né l'altra teoria.

Prima facie, potrebbero sembrare due tipologie di reati aventi natura simile se non uguale, ma la differenza sta nel fatto che, nella prima i soggetti si riuniscono non per propria volontà ma per un preciso disposto di legge che richiede una tale procedura per adottare le decisioni societarie, mentre nella seconda vi è una volontà precisa dei singoli nel riunirsi al fine di compiere un determinato reato.

La dottrina più autorevole ritiene che il reato collegiale venga ricondotto in quella particolare struttura di reati che prevedono quale elemento fondante la pluralità di agenti, che notoriamente sono chiamati reati plurisoggettivi.

Senonché la dottrina ha escluso che le ipotesi di cui trattiamo debbano essere ricondotte nell'alveo dei reati collegiali; ciò principalmente per due ragioni: la prima riguarda la natura dell'atto collegiale, mentre la seconda attiene alle condotte dei singoli partecipanti.

Si ritiene invero che l'atto collegiale sia un atto unico, intendendosi che nasce dall'unione delle volontà di tutti i componenti del collegio stesso.

Tale opinione risulta essere eccessivamente rigida e ingiusta poiché anche quanti si sono mostrati dissenzienti rispetto ad una determinata delibera rientrano nell'alveo di coloro che hanno posto in essere l'atto stesso, per il semplice fatto di essere membri di un organo collegiale.

Per di più, appare abbastanza irrealistico che venga approvato in sede collegiale un atto illecito da parte di amministratori, i quali, per diversi motivi, hanno votato positivamente la delibera.

Infatti, tale declinazione del reato risulta essere stata ormai abbandonata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, poiché non è possibile che un amministratore o dissenziente o non presente ad una delibera assembleare debba rispondere per un atto che non approvava per il solo fatto che fa parte di un collegio; non è possibile far ricadere la responsabilità derivante da un atto su tutti i membri del collegio quando o alcuni si sono mostrati dissenzienti, ma non l'hanno debitamente dimostrato, o alcuni erano assenti, o per assurdo il singolo amministratore, in forza di una delega ottenuta, abbia deliberato in solitaria un determinato atto.

E quindi o è necessario parlare di un reato plurisoggettivo, che per essere integrato necessita di una pluralità di agenti, oppure, se la pluralità non è costitutiva del reato, si dovrà parlare di un reato ascrivibile al singolo con punibilità nei confronti di coloro hanno cooperato con chi effettivamente ha posto in essere il reato, configurandosi così un classico concorso nel reato.

Se da un lato l'unitarietà dell'atto collegiale parrebbe far deporre per l'estensione della responsabilità penale a tutti i componenti del collegio, oramai anche da parte della giurisprudenza è stato chiarito come l'azione posta in essere da un soggetto non possa comportare un automatico trasferimento di responsabilità su un diverso membro dell'organo collegiale, per il solo fatto di far parte di un'assemblea, come accade nelle situazioni di illecito plurisoggettivo.

Inoltre, è stato chiarito come il *quorum* minimo legale per votare non rappresenti neppure un elemento costitutivo del reato, ma solamente una caratteristica dettata dalla situazione in cui si svolge l'azione.

In ultimo se anche durante l'accertamento delle responsabilità in capo ai singoli viene meno la possibilità di dimostrare la colpevolezza di ciascuno, ecco che sarà responsabile solamente il singolo amministratore che ha posto in essere il reato ipotizzato, con la conseguenza che il reato assumerà natura monosoggettiva.

D'altro canto, anche la dottrina ha affermato che «Quello del reato collegiale, quindi, è nulla più di un mero travestimento verbale (...) per indicare

con altre discutibili parole un'ipotesi di applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato con tutte le conseguenze che ne derivano ivi compresa quella relativa all'applicabilità delle aggravanti e delle diminuzioni di pena prevista dal codice per i compartecipi nel reato»⁶³.

In merito alla natura del reato collegiale sembra ormai chiaro che non sia configurabile un'autonoma fattispecie discendente dal reato plurisoggettivo⁶⁴ e inoltre non sia ipotizzabile il concetto di “reato particolare”⁶⁵, inteso come quel logico controsenso che consiste nell'ascrivere una responsabilità penale in capo ad un singolo quando l'atto deriva da una unione di più volontà.

Perciò o la pluralità è elemento fondante della fattispecie in oggetto, ma come dimostrato non lo è, oppure la plurisoggettività è del tutto inutile nel definire la fattispecie in oggetto; delle due l'una, ragion per cui si parla in via definitiva di singolarità nella responsabilità a cui gli altri partecipano a titolo di concorrenti.

Ragion per cui la dottrina ha orientato il proprio pensiero sul concetto di reato monosoggettivo a cui e gli amministratori non esecutivi e i sindaci partecipano a titolo di concorso.

Chiosa indissolubilmente, in merito al tema, il Nuvolone: «[...] il reato è pur sempre un reato individuale, nel quale possono concorrere più persone, ciascuna delle quali risponde di quanto ha compiuto od omesso di compiere, con l'intenzione di cooperare all'azione delittuosa e al verificarsi dell'evento vietato dalla legge»⁶⁶.

2.2 L'elemento oggettivo del concorso nel reato per amministratori e sindaci

Una volta definito a quale *genus* appartengono queste tipologie di reato è il momento di entrare più nello specifico definendo sostanzialmente l'elemento

⁶³ Così, testualmente, CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2018, 90.

⁶⁴ MIRTO, *il diritto penale delle società*, cit, p. 134; Cfr., Tondo, *sulla natura del “reato collegiale” ecc.*, p.286.

⁶⁵ CENTONZE F., *controlli societari e responsabilità penale*, CRESPI, *Studi di diritto penale societario*.

⁶⁶ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 446.

oggettivo che costituisce il reato in materia di attività di impresa commesso dai delegati.

Se da una parte, in modo abbastanza semplicistico, si potrebbe dire che la responsabilità degli amministratori delegati sorge per la commissione diretta del reato, per i non esecutivi e i sindaci invece sorge per aver concorso con i primi alla commissione dello stesso.

Ora, in tema di concorso nella commissione di reati la responsabilità in capo a coloro che sono deleganti si può configurare in due modalità: la prima definita concorso commissivo mentre la seconda concorso omissivo improprio.

Con riguardo alla prima tipologia di concorso, quest'ultima è di facile individuazione ai fini probatori, poiché si sostanzia nel «concorso commissivo del membro del *Board*, che attraverso un contributo attivo (morale o materiale) consente o agevola la realizzazione dell'illecito da parte del componente esecutivo»⁶⁷.

Al contrario, la seconda tipologia di concorso risulta essere di più difficile individuazione.

Alla base di ciò essenzialmente stanno le difficoltà che aleggiano attorno all'art 40, 2° comma c.p. e alla ricostruzione della posizione di garanzia, come avremo concretamente modo di vedere nell'analisi giurisprudenziale che condurremo nel secondo capitolo.

Per affermare la responsabilità ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. è necessario che sussista una posizione di garanzia e che, sostanzialmente, in capo a determinati soggetti vi siano dei poteri attivabili per impedire la commissione di un illecito o comunque per ridimensionare i danni che ne deriverebbero.

La possibilità di esercitare un potere per evitare la commissione del reato e quindi per ottenere l'esenzione da responsabilità, per la ragione di aver fatto tutto quello che era possibile fare, deve tuttavia essere accompagnata da un giudizio circa

⁶⁷ MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, p.4

la concreta idoneità del potere al blocco dell'azione, ragion per cui questo deve essere attuale ed efficace.

Occorrerà perciò individuare se il soggetto che doveva impedire la commissione di un fatto lo poteva fare e definire se effettivamente l'azione sarebbe stata sufficiente ad evitare la commissione o a ridurre gli effetti negativi; tale accertamento risulta essere un compito abbastanza arduo per il giudice, poiché costui dovrà attuare un'analisi a posteriori piuttosto evanescente, anche per la complessità delle situazioni su cui dovrà decidere e per le molte persone che compongono un consiglio di amministrazione.

A livello normativo, la responsabilità degli amministratori non esecutivi deriverà dal combinato disposto della norma incriminatrice che contempla il reato effettivamente posto in essere e di altre tre disposizioni che comportano l'estensione di responsabilità a titolo di concorso.

Una è l'art. 2392, 2° comma c.c., nella parte in cui dispone che gli amministratori, fermo quanto disposto dall'art. 2381, comma 3 c.c. – ossia l'obbligo di agire informati – «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»; tale disposizione fonda l'obbligo giuridico di impedire l'evento, richiesto dall'altra norma che viene in considerazione, ossia dall'art. 40, comma 2 c.p., al fine della sussistenza della posizione di garanzia. Infine, vi è l'art. 110 c.p. che, nel prevedere l'istituto del concorso di persone nel reato, afferma che «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita [...]».

Dunque, la lettura combinata di questi articoli direttamente definisce la posizione di garanzia dei singoli amministratori e la responsabilità nel concorso di reati e indirettamente circoscrive il confine oltre il quale non poteva essere fatto nulla di più di quello che è stato fatto dai controllori. e quindi la portata massima della responsabilità.

Come in ogni altro procedimento penale, d'altronde, il compito di dimostrare la colpevolezza spetta al pubblico ministero e nel caso specifico in trattazione, quest'ultimo, ha l'onere di dimostrare l'inerzia e l'immobilità che ha

contraddistinto, per così dire, la non-azione dei deleganti (e dei sindaci) per evitare la commissione dell'illecito.

Il modello definito dalla giurisprudenza per l'incriminazione dei membri non esecutivi è stato ritenuto troppo generalista dalla maggior dottrina inteso come non applicativo di una norma specifica ma di una lettura combinata di più articoli che risultano essere altro che non una mera interpretazione estensiva nata da una correlazione, anche talvolta forzata, di principi derivanti da una pronuncia di diritto ad un'altra: «Un incrocio senza semaforo, senza regole precostituite di precedenza: la soluzione del singolo caso è rimessa alla buona volontà dell'interprete che nel singolo caso potrà far prevalere ora le esigenze della legalità ora quelle della tutela»⁶⁸.

In alcune pronunce, – in particolare nei casi Banco Ambrosiano e Parmalat – risulta evidente come i giudici, per dare ristoro agli innumerevoli soggetti che hanno subito gli effetti del fallimento, abbiano irrogato pene verso tutti i componenti del *board* attuando una «distorsione prospettica del processo penale, come luogo di celebrazione di un rito vendicativo»⁶⁹.

Una volta assodato il concetto che controllori hanno il dovere giuridico di impedire la commissione di illeciti da parte degli esecutivi, è emerso un cortocircuito applicativo non di poco conto.

Invero, in linea di principio i controllori, per evitare la commissione di un reato, hanno il dovere di porre in essere qualsiasi azione/potere, a cui la legge e lo statuto garantiscono la praticabilità; senonché, secondo una certa prassi applicativa, la gamma dei poteri impeditivi andrebbe riconosciuta in senso fattuale, ossia facendo riferimento anche a poteri atipici, con il solo limite delle condotte anti-giuridiche: con testuali parole la Cassazione scrive che occorre «rinvenire la relativa esistenza (dei poteri) nella dotazione disponibile al soggetto [...], ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»⁷⁰.

⁶⁸ PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità da posizione*, Firenze, 2010, 359.

⁶⁹ In questi termini ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 116.

⁷⁰ Così Cassazione penale, sezione V, 4 maggio 2011, numero 28932, in *Riv. Dott. Comm.* 2012, 187 ss., 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*.

Senza dubbio appare condivisibile l'opposta opinione, propugnata dalla dottrina⁷¹ e da qualche pronuncia di legittimità: al fine di individuare e delimitare la posizione di garanzia, ma altresì per far sì che il giudizio controfattuale sulla reale efficacia impeditiva del potere che si è omissso di esercitare consenta un'affermazione di responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, 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»⁷².

Per quel che invece attiene al collegio sindacale, occorre notare che sebbene i sindaci non partecipino alle delibere degli amministratori, in caso di procedimento penale di accertamento di responsabilità in materia di illecito commesso dai membri del C.d.A., anche essi saranno oggetto di decisione da parte dei giudici.

La dottrina ha criticato in modo abbastanza veemente tale scelta da parte del legislatore, facendo ruotare la questione intorno all'asse della responsabilità degli stessi limitata all'accertamento legale della formazione degli atti in sede collegiale.

Durante un processo per reati finanziari, però, l'accertamento che il pubblico ministero attua è ben diverso, focalizzandosi non tanto sull'accertamento legale degli atti, ma sull'attività svolta dal sindaco per evitare la commissione dell'illecito.

L'analisi in questione deve indubbiamente partire dall'art. 2407, 2° comma c.c. su cui si basa la responsabilità civile ma che è utilizzato anche nell'accertamento della responsabilità penale.

L'articolo oggetto di esame definisce che «Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica».

⁷¹ CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omissso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. Soc.*, 2012, 2-3, 335; CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Le Soc.*, 2010, 890 ss.; MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012, 5 ss.; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 275 ss.

⁷² Cass. pen., Sez. V, 08 06 2012, n. 42519, in *C.E.D. Cassazione*, con nota di INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 173 ss.

La prassi giudiziaria ha adottato una lettura rigorosa di tale articolo, ricorrendo spesso a pene rigide e alle volte eccessive.

Secondo autorevole dottrina, «tale rigore si può spiegare con la funzione preventiva (“stimolare un’attenta osservanza dei compiti loro assegnati”) più che risarcitoria, che tale meccanismo di responsabilità intende assolvere»⁷³.

2.3. Il nesso causale derivante dalla lettura combinata degli articoli 40 e 110 c.p.

Tali questioni sulla responsabilità degli amministratori non esecutivi e dei sindaci risulteranno più chiare una volta che verrà definito meglio il nesso di causalità, vale a dire ciò che è alla base di ogni procedimento penale sul concorso di persone in un reato.

«L'omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore se l'azione doverosa che si è omesso di compiere avrebbe impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore»⁷⁴.

Al fine della trattazione e per la comprensione del sistema che ruota attorno all'accertamento del nesso causale, bisogna prendere in considerazione la sentenza Franzese.

Alcuni passaggi appaiono come “chiavi di volta” per la comprensione del nesso di causalità.

Scriva la Corte: «[...]La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale", articolato sul condizionale congiuntivo "se ... allora ..." (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la

⁷³ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 299.

⁷⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2006, 368.

tradizionale "doppia formula", nel senso che: a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.[...], prosegue la stessa "[...]Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.[...], chiosando sulla questione infine "[...]Non è messo dunque in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verificabilità processuale: ciò in quanto i confini della "elevata o alta credibilità razionale" del condizionamento necessario, postulata dal modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, non sono affatto definiti dalla medesima legge di copertura.[...]»⁷⁵.

Più o meno contemporanee a tali analisi giurisprudenziale, sul fronte della dottrina venivano definiti due concetti utili alla materia, e in ambito di responsabilità medica e in ambito di responsabilità del *board*, la causalità generale e la causalità specifica.

Si tratta di due concetti di causalità che affrontano il tema della probabilità uno nell'ottica del prima mentre la seconda del dopo.

Con riguardo al concetto di causa-effetto devono essere prese in considerazione due teorie, una generale e una specifica.

La dottrina «esprime con grande forza l'esigenza di non confondere la previsione di ciò che "in generale" ci si aspetta che accada in futuro [...] con ciò

⁷⁵ Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, cit., 4 ss.

che è realmente accaduto nel singolo caso specifico, cioè sul terreno della causalità individuale. L' idoneità *ex ante* di una condotta attiva o omissiva, le probabilità *ex ante* ad essa associate, l'aumento o la mancata diminuzione delle "chances" di salvezza sono nozioni equivalenti che tutte definiscono l'ambito della causalità generale: non possono dirci *ex post* che cosa abbia causato un particolare evento lesivo, non ci permettono di individuare la condotta che ha veramente causato l'evento, di provare su base individuale la causa degli eventi specifici o singolari»⁷⁶.

Prosegue sempre la dottrina: «il fatto che il comportamento dell'imputato sia dotato di una "sicura rilevanza statistica" rispetto all'evento [...] è un dato estraneo all'ambito che il giudice penale deve prendere in considerazione: si tratta, infatti, di una circostanza utile, al più, in una prospettiva *ex ante*, volta a prevedere se un certo evento sia o meno attendersi in futuro, ma del tutto priva di valore rispetto alla spiegazione di un preciso accadimento verificatosi nel passato»⁷⁷.

Facendo una doverosa correlazione con il tema oggetto della trattazione, il compito del giudice in sede decisoria sarà quello appunto di definire quali sono state le azioni penalmente rilevanti, riducendo notevolmente i fatti da vagliare e ricostruendo le azioni e gli eventi da queste derivanti, con il precipuo fine di trovare l'azione illecita.

Nel definire la responsabilità degli amministratori, i giudici altro non dovranno fare che ipotizzare che l'azione impeditiva disposta dalla legge, se fosse stata applicata, avrebbe potuto bloccare o al più limitare l'efficacia dannosa dell'illecito perpetrato.

Il legislatore ha codificato all'art. 533 c.p.p. il concetto dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", che rappresenta una sorta di confine probatorio all'interno del quale il giudice deve muoversi nell'affermazione della responsabilità penale.

Per accertare la responsabilità degli amministratori, quindi, è onere del pubblico ministero dimostrare e del giudice di merito motivare debitamente che il nesso causale tra il controllo che si ritiene essere mancato e la commissione

⁷⁶ STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 202

⁷⁷ D'ALESSANDRO, *le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, cit., 409

dell'illecito non sia basato su un collegamento superficiale e aleatorio ma che effettivamente e sufficientemente sia stato provato e che la certezza dell'efficacia impeditiva sia pari o di poco inferiore al 100%.

Tale tipo di giudizio viene ritenuta dalla dottrina come una avventura del giudice in un «mondo ipotetico»⁷⁸.

L'unico problema è che viviamo in un «mondo reale»⁷⁹, riprendendo un'espressione di Stella, illustre studioso della materia; il che comporta analizzare i fatti non su quello che sarebbe stato se determinate azioni fossero state poste in essere ma su quello che è stato fatto e deciso.

Non è realistico poter pensare che se fosse stata fatta una determinata scelta allora l'azione illecita non sarebbe avvenuta poiché nella vita come nel diritto esistono innumerevoli situazioni e eventi che sfuggono dalla razionalità umana, tale per cui nell'elaborazione della motivazione e della decisione della pena il giudice troppo spesso si basa su decisioni che esulano dalla realtà definendo in modo assoluto, basandosi su massime di esperienza, che se determinate azioni fossero state attuate allora quel determinato evento illecito non sarebbe accaduto.

«Queste nozioni non vengono estratte dal giudice da un repertorio precostituito di “dati veri” la cui attendibilità è in qualche modo presupposta e garantita a priori. Un procedimento dinamico di ricerca e di controllo finalizzato a scegliere quelle nozioni che appaiono dotate di un sufficiente grado di attendibilità e di un grado adeguato di accettazione e di consenso diffuso»⁸⁰.

Nonostante la giurisprudenza affermi, almeno in teoria, che «pretese difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto e degli elementi oggettivi che lo compongono non possono mai legittimare [...] un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di causalità e una nozione “debole” della stessa che, collocandosi sul terreno della teoria dell' “aumento del rischio”, finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità penale»⁸¹, nelle sentenze,

⁷⁸ F. STELLA, *il giudice corpuscolariano*, cit., p. 217

⁷⁹ F. STELLA, *il giudice corpuscolariano*, cit., p. 217

⁸⁰ M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 144 s.

⁸¹ Cass. pen., Sez. Un., 12/07/2005, n. 33748

da vent'anni a questa parte, molto spesso i giudici hanno evitato di affrontare il tema della dimostrazione del nesso causale perché, come spiegato, la questione risulta essere abbastanza spinosa per il fatto di dover dimostrare che un'azione sarebbe stata più efficace di un'altra.

Se per gli amministratori l'accertamento della responsabilità risulta essere costellato di problemi definitivi e controsensi eziologici – nel definire la corretta sequenza delle azioni e la correlazione delle stesse e financo definire l'azione omissiva o commissiva che ha comportato il sorgere dell'illecito – per i sindaci la situazione non appare affatto migliore.

Il punto di partenza è il principio esposto dal legislatore secondo il quale la legge mette a disposizione determinati poteri impeditivi per i sindaci, l'attuazione comporta l'eliminazione della condotta penalmente rilevante.

Si potrebbe parlare di una responsabilità che nasce in modo automatico dall'agire illecito degli amministratori, poiché talvolta la prassi restituisce pronunce nelle quali l'accertamento della stessa si basa sul cosiddetto “grado di rischio”.

Con tale ultimo concetto, s'intende sostanzialmente l'individuazione di quanto il danno prodotto sarebbe stato di inferiore intensità se i sindaci avessero attivato i poteri che le norme dispongono per evitare la commissione delle azioni anti-giuridiche.

Sull'accertamento della responsabilità penale dei sindaci la Cassazione si è espressa, in una sentenza del 2005, nel seguente modo: «l'accertamento del nesso causale [...] è stato compiuto dalla corte di merito alla stregua di una duplice *ratio decidendi*. Alle considerazioni sull'inversione dell'onere della prova [...] la corte d'appello aggiunto infatti il rilievo che, nel caso in esame, non è comunque neppure difficile ravvisare il nesso eziologico, ed a tale rilievo ha fatto seguire una serie di considerazioni volte, appunto, ad individuare le circostanze dalle quali si deduce che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci nell'esercizio dei loro compiti [...] sarebbe stato idoneo ad evitare le disastrose conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori»⁸².

⁸² Cass. pen., Sez. I, 08/02/2005, n. 2538, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 71, con nota di DISETTI, *Diligenza e professionalità dei sindaci nell'adempimento del loro incarico*.

Il giudice nel momento in cui definisce la decisione sulla responsabilità dei sindaci chiaramente né può tener conto né tantomeno sapere e né forse comprendere le dinamiche interne a una società.

Il problema che potrebbe nascere per il singolo sindaco dissenziente è proprio quello che per poter attivare un determinato potere impeditivo abbia bisogno, da parte dello stesso collegio dei sindaci, di una delibera approvativa, la quale inevitabilmente è legata alla maggioranza nell'assemblea, che è parallela nelle percentuali alla maggioranza effettiva del *board*, significando che chi è stato nominato dagli amministratori che rappresentano la maggioranza difficilmente voterà a favore della richiesta del singolo dissenziente.

Un disincentivo a denunciare al tribunale un'eventuale irregolarità sospettata è scritto all'art 2409, 3° comma, il quale definisce che l'ispezione del tribunale viene sospesa qualora e gli amministratori e i sindaci oggetto di denuncia vengano sostituiti con altri dotati del requisito della professionalità.

Su tale questione ha posto l'accento anche la dottrina che scrive: «[...] uno schema di accertamento proprio della responsabilità civile *ex* articolo 2407, non certo del concorso di persone nel reato»⁸³.

Chiosando sulla questione, anche la dottrina, esprimendo una non favorevole opinione sull'incertezza che regna nelle aule di Tribunale quando il *thema decidendum* è sui reati commessi all'interno di società e si devono accertare le relative responsabilità, scrive: «Sarebbe intimamente immorale condannare un imputato sulla base della mera probabilità che la sua condotta avrebbe impedito l'evento»⁸⁴.

In definitiva, alla fine dell'esposizione in oggetto di tale paragrafo, risulta chiaro che, come ha messo in luce la dottrina, la giurisprudenza ha creato nel corso degli anni e attraverso le diverse pronunce più dubbi che certezze.

Dubbi che nascono dalle modalità con le quali sono state motivate le sentenze sia sul concetto di nesso causale che intercorre tra le azioni – *rectius*, omissioni – dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale

⁸³ MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 57.

⁸⁴ TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in The Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, 1372 ss.

ed evento-reato, sia su una sorta di colpa generalizzata che ricade su tutto il comparto societario in modo indiscriminato, senza tenere conto delle dovute differenze di ruoli ricoperti e di poteri effettivamente esercitabili dagli stessi durante il processo decisorio.

In realtà, in materia di reati collegiali dimostrare la sussistenza della responsabilità omissiva in capo a determinati soggetti non è poi così tanto agevole.

Da non ignorare anche l'opinione di chi considera il concorso di reati, derivante dalla lettura combinata degli articoli 40 e 110 c.p., una struttura inadatta a regolare realtà collegiali come quella descritta: il potersi attivare da parte di un organo avviene non in modo automatico ma necessita di un processo deliberativo non proprio immediato nei tempi e nelle forme (guardasi il collegio sindacale); non si può colpevolizzare in modo totalizzante tutti i componenti di un *board* e del collegio perché nelle dinamiche societarie solamente alcuni hanno un potere, per così dire, pieno ed efficace.

3. La difficoltà di accertamento del dolo e le sue diverse interpretazioni

3.1 Il dolo e le sue diverse nature

Prima di entrare nel merito della questione oggetto di analisi è bene definire in termini generali cosa si intende per dolo e la sua specifica applicazione in determinati reati.

Il concetto di dolo viene definito dall'art 43 c.p.: «Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato della azione o 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».

Il dolo è la forma più grave di colpevolezza per il semplice fatto che il reo aveva, al momento della commissione del fatto illecito, la consapevolezza e la volontà del fatto tipico.

Il dolo esprime dunque la volontà e la consapevolezza di commissione di un fatto previsto dalla legge come illecito.

Tradizionalmente distinguiamo due forme di dolo: quello generico e quello specifico.

Partendo dal primo concetto, per genericità del dolo si intende la rappresentazione e la volizione di un fatto corrispondente a quello descritto dalla norma incriminatrice; al contrario, il dolo specifico, oltre al fatto concreto corrispondente a quello tipico, abbraccia anche un fine ulteriore che, con la realizzazione di quella determinata azione, il soggetto agente persegue come scopo, ma la cui realizzazione è irrilevante per la consumazione del reato.

Il dolo generico, a sua volta, conosce più gradi. A seconda dell'atteggiarsi del momento rappresentativo e di quello volitivo, distinguiamo dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale.

Il dolo intenzionale vede un prevalere del momento volitivo, nel senso che l'agente opera al fine di realizzare il fatto.

Il dolo diretto sussiste quando l'agente non prende di mira la realizzazione del fatto ma si rappresenta (e vuole) in termini di certezza o elevatissima probabilità che si verifichi il fatto tipico; dunque, in tale tipologia di dolo, appare prevalente il momento rappresentativo.

Il terzo concetto, quello della eventualità, come riferito dalla dottrina prima e dalla giurisprudenza poi, rappresenta la forma di dolo più problematica poiché si pone, potremmo dire, su un confine labile al di là del quale si configura la c.d. "colpa cosciente".

Invero in tale ipotesi il soggetto si rappresenta come altamente possibile l'evento ma, pur di non rinunciare all'azione, agisce comunque, accettando la verifica dell'evento e mettendo in conto la realizzazione del fatto⁸⁵.

Il limite tra dolo eventuale e colpa cosciente risulta essere un tema abbastanza dibattuto anche dalla dottrina tedesca.

All'interno di quest'ultima è stato introdotto il concetto della tripartizione della colpevolezza, divisa in dolo intenzionale, colpa *stricto sensu* e una colpa intermedia, dove l'evento risulta essere non voluto dall'agente ma la sua realizzazione era abbastanza probabile che avvenisse⁸⁶.

Chiaramente la conseguenza della pena sarà maggiore in relazione al grado di previsione dell'evento nefasto.

Tale struttura argomentativa non tardò ad essere incorporata nei pensieri e negli scritti di altri teorici del diritto, che però reinterpretarono tale divisione con una tripartizione basata su eventi desiderati, non desiderati ma necessariamente collegati tra loro e in ultimo non desiderati e non connessi tra di loro⁸⁷.

Ora, in merito alla questione oggetto di analisi, la summenzionata divisione o comunque categorizzazione dei concetti di dolo indubbiamente ha trovato non pochi problemi di definizione e accertamento in ambito giurisprudenziale per la categoria di reati commessi dagli amministratori non esecutivi e sindaci in concorso omissivo con gli amministratori delegati.

Molto spesso, rientrano nell'alveo delle responsabilità dei sindaci e degli amministratori non esecutivi eccessivi compiti, che in taluni casi non sono neanche ricompresi nella normativa civile o societaria in modo specifico.

La giurisprudenza, prima della riforma del diritto societario del 2003, in questi determinati reati, ha dovuto cambiare orientamento molteplici volte.

⁸⁵ Così, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2019, 361.

⁸⁶ Cfr. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichendhistorischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, 1895, in SALVATORE CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapacienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 2, 508.

⁸⁷ Cfr. VON HIPPEL, VORSATZ, FAHRLASSIGKEIT, IRRTUM, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen strafrechts, allgemeine Teil.*, III, Berlin, 1908 in SALVATORE CAMAIONI, *evanescenza del dolo eventuale, incapacienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, cit.

Un primo orientamento che la Corte utilizzava nelle decisioni era quello di ritenere il dovere di vigilanza e di attivazione dei poteri impeditivi⁸⁸ quale elemento fondante dell'accettazione conscia al progetto illecito strutturato dagli amministratori esecutivi.

Questo orientamento viene ritenuto dalla dottrina non soddisfacente per definire il ruolo degli amministratori non esecutivi o perlomeno non soddisfacente per emettere una pena basata sul concetto di dolo, e quindi di volontarietà nella commissione del fatto.

Sul punto si è sostenuto che «dalla semplice inosservanza degli obblighi connessi alla carica sarebbero desumibili in via automatica indici presuntivi del dolo di compartecipazione: ciò a prescindere da qualunque valutazione sulla concreta possibilità, da parte dei membri del consiglio, di percepire eventuali indici rivelatori l'illecito in itinere»⁸⁹.

La dottrina, come appena detto, ha criticato tale impostazione per il semplice fatto che così facendo, per fronteggiare le difficoltà di accertamento dell'elemento soggettivo, di fatto i concetti di dolo e di colpa si sovrappongono.

I giudici di merito, non potendo, chiaramente, rimanere indifferenti alle diverse critiche mosse dalla dottrina tutta, nelle sentenze successive mutarono il loro orientamento basandolo sul concetto dell'essere rimasti indifferenti ai segnali di allarme.

Prima di identificare le basi su cui poggiano le decisioni delle Corti basate sulla c.d. "teoria dei segnali d'allarme", è bene definire cosa viene inteso per segnale di allarme all'interno del contesto aziendale.

Questi ultimi s'identificano in problematiche che possono manifestarsi in molteplici modi; l'esempio più classico è il rapporto negativo che sorge tra attivo e passivo all'interno del bilancio annuale, indice che qualcosa a livello societario-strutturale non funziona; di ciò gli amministratori devono dare conto all'interno della relazione sulla gestione allegata al bilancio stesso.

⁸⁸ Cass. pen., Sez V, sent. 27/05/1996, in *Riv. trim. dir. pen. econ*, 1996, 1394

⁸⁹ MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, cit., 1 ss.

Tornando alla deriva giurisprudenziale che è stata assunta in merito alla questione in oggetto, i giudici di merito hanno motivato le varie sentenze in materia adducendo a motivazione il fatto che l'aver incondizionatamente lasciato la libertà di agire al C.E.O. comportava una piena e assoluta consapevolezza e rappresentazione del fatto illecito.

La Cassazione, nella nota vicenda del Banco ambrosiano, si era limitata ad affermare che, per il ruolo ricoperto dagli amministratori non esecutivi e sindaci e quindi per il grado di diligenza e perizia che tale ruolo richiede, questi dovevano impedire il fatto poiché i segnali di allarme, per il solo fatto della loro sussistenza, sono "sintomatici" di un illecito *in fieri*.

Tali segnali vengono definiti dalla dottrina più autorevole espressione di un problema a eziologia progressiva.

Indubbiamente, anche questa tipologia di impostazione avrebbe sollevato diverse critiche, per il semplice fatto che è inconcepibile ritenere che sussista il dolo in una situazione, come quella su descritta, dove un semplice elemento o segnale faccia prefigurare in capo ai controllori un determinata deriva che comporta una possibilità di accadimento più o meno realizzabile: innumerevoli fattori concorrono nel modificare un determinato accadimento, la sua effettiva realizzazione e financo i suoi effetti finali.

E ancora, ammesso che la Corte ritenga sussistente una prefigurabilità del reato, mancherebbe la seconda componente del dolo, ossia la volontarietà nella commissione di quel fatto: attrarre nell'ottica del dolo eventuali comportamenti che al più ricadrebbero nel "cono d'ombra" della colpa cosciente determina, in sede giudiziale, la concreta punibilità di un fatto che altrimenti andrebbe esente da qualsiasi rilievo penale.

L'orientamento delle Corti è rimasto invariato, più o meno, fino al 2003 dove con la riorganizzazione del diritto societario e con la contestuale emissione della riforma dello stesso, si iniziano anche a rimodulare le valutazioni giurisprudenziali sulla materia con nuovi orientamenti.

Difficilmente quando si parla di evoluzione di un pensiero o comunque di un orientamento ideologico si riesce a trovare il punto d'inizio in modo netto, poiché tutti i grandi cambiamenti nascono da un *continuum* di azioni che mal si adattano alla staticità di un racconto *a posteriori*.

Senonché vera chiave di svolta della materia di cui ci occupiamo è rappresentata dalla storica sentenza Bipop Carire, ritenuta essere da molti esperti del diritto il punto di inizio del cambiamento ideologico e di accertamento del dolo per gli amministratori non esecutivi.

Il nuovo orientamento derivante da tale sentenza nasce da una critica mossa dalla migliore dottrina: essa consisteva nella constatazione che, al fine di emettere una pena in modo indiscriminato nei confronti di tutti gli amministratori, sia essi esecutivi che non, gli organi giudicanti affermavano che in capo ai non esecutivi sussistesse un dolo di posizione derivante dal fatto che essendo questi parte di un *board* era irrealistico che non conoscessero le attività di coloro che erano stati delegati.

Tralasciando il fatto storico oggetto dell'antieriormente citata sentenza, scrive la Corte nella motivazione: «La penale responsabilità, invero, prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettiva ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento: non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministratore o al solo ambito societario. Una volta dimostrata la conoscenza del probabile evento pregiudizievole, connesso alla situazione offerta all'attenzione del soggetto garante, si prova l'esistenza del suo dovere di scongiurare lo stesso, non essendo stati ridotti gli obblighi e le responsabilità dell'amministratore (verso la società ed i creditori) volti a prevenire pregiudizi da condotta illecita»⁹⁰.

Il punto di svolta che sta alla base della decisione *post-riforma* sta proprio nella differenza – che la Corte ha sottolineato – tra la conoscenza e la conoscibilità del fatto illecito.

⁹⁰ Cass. pen., Sez V, sent. 4/5/2007, n. 23383.

Risulta ormai chiaro che nei confronti degli amministratori non esecutivi e sindaci sussiste un dovere di vigilare sull'operato dei delegati ma tuttavia questa responsabilità risulta essere stata rimodellata ponendo l'accento sulla conoscenza effettiva del fatto illecito.

Il sottile limite che divide il dolo di concorso dalla colpa si esplicita nella effettività con la quale tali segnali di allarme sono stati percepiti da chi doveva controllare, risultando essere una questione di una complessità non indifferente e rimessa alla mera decisione soggettiva dei giudici, sulla base di un giudizio *a posteriori*.

Quindi, in definitiva, da questa sentenza emerge come l'elemento di volizione del dolo risulta essere dimostrato dalla sussistenza e dal recepimento dei segnali d'allarme derivanti dall'illecito in corso di esecuzione e dalla configurazione mentale del risultato dell'evento.

Insomma, «Si può, pertanto, affermare, alla luce della elaborazione giurisprudenziale in materia di art 40 cpv. c.p., che per perseguire le condotte di amministratori non operativi e di sindaci è necessaria la precisa rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita e la omissione consapevole nell'impedirlo»⁹¹.

Pur essendosi delineati in modo più preciso rispetto alle passate sentenze i concetti e la struttura argomentativa su cui dover basare la decisione in materia di accertamento del dolo e contestualmente della responsabilità, la giurisprudenza di merito ha successivamente affermato che «Dunque, è sufficiente, che la prova della conoscenza in capo agli esponenti societari si ancori a canoni dimostrativi compatibili con il senso comune di chi è chiamato a svolgere compiti di gestione e controllo/vigilanza nel settore economico in cui è attiva la società [...]».

Né la particolare difficoltà di rilevamento dell'irregolarità esenta il collegio sindacale da responsabilità perché, ex art 2407 c.c., comma 2, l'obbligo sotteso alla carica, deve modellarsi sulla diligenza pretesa al mandatario»⁹².

Una volta definita la forma di dolo che sussiste nei reati per i quali deve essere accertata la responsabilità dei controllori, la giurisprudenza ha dovuto porre l'attenzione sulle argomentazioni che si sono rese necessarie al fine di dimostrare

⁹¹ Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595.

⁹² Cass. pen., Sez. V, 18/02/2010 [n.](#); Cass. pen., Sez. V, 7/05/2010, n. 17690.

l'effettività della presenza del dolo nelle azioni che hanno guidato il non-controllo dei *gatekeepers*.

In via meramente teorica le modalità di accertamento del dolo si risolvono con un semplice concetto racchiuso in poche parole: “non poteva non sapere”.

Questa struttura su cui si basano le decisioni della Corte è stata ritenuta dalla maggioranza della dottrina una ingenerosa «modificazione genetica del dolo»⁹³.

Diverse sono state le sentenze che hanno affrontato il tema non solo della natura del dolo ma anche sulla sussistenza dello stesso nelle omissioni degli amministratori, tra le quali è bene ricordare i due casi Banco Ambrosiano e Bipop Carire.

Nel caso del Banco Ambrosiano i giudici che si trovarono a decidere sulla questione, a parere della prevalente dottrina, hanno reso una sentenza le cui motivazioni appaiono piuttosto rigide: essi non hanno solo ritenuto colpevoli gli amministratori non esecutivi sulla base del ruolo ricoperto ma si sono spinti ad affermare che i segnali di una *mala gestio* fossero così chiari che sarebbe stato irrealistico non percepirli.

Una motivazione piuttosto debole per il semplice fatto che la responsabilità ricade su un soggetto che è parte debole all'interno del *board*, non ha l'autorità per sindacare le scelte economiche degli esecutivi e, per giunta, per esercitare una qualsiasi pressione sui delegati ha bisogno della maggioranza del *board*.

Al contrario, nella seconda sentenza i giudici di merito mutano la propria decisione facendo una chiara distinzione sul concetto di conoscenza e conoscibilità dell'evento illecito: essere a conoscenza della sua effettiva realizzazione da lì a poco rientra nella sfera della volontà, e dunque non aver fatto nulla per impedirlo ha fatto sì che una chiara e precisa decisione era stata già presa dai non esecutivi; avere la percezione delle conseguenze, intese come possibilità del poter accadere o no, non equivale al voler cagionare un determinato danno, rientrando tale questione nella sfera della colpa per non essere stati diligenti nello svolgimento del proprio ufficio di controllori, facendo sì che la responsabilità per omesso controllo si estenda anche ai sindaci e non soltanto ai non esecutivi.

⁹³ PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e responsabilità penale*, Milano, 2004, 384.

3.2 Il dolo e la colpa

Da ultimo devono essere ricordate le pronunce sempre in materia di responsabilità degli amministratori in cui viene definita la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Tra queste quella che risulta più indicativa nel definire la questione in oggetto è il caso Thyssen Krupp.

La Corte di Cassazione definì puntualmente le modalità con le quali si deve accertare il dolo eventuale, individuando una serie di indicatori; essi sono la condotta che caratterizza l'illecito; la lontananza della condotta standard; la storia e le precedenti esperienze; la consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivare dalla condotta e la conseguente accettazione dell'evento; la personalità (dell'agente), la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto in cui sono maturati i fatti; la durata e la ripetizione della condotta; condotta successiva al fatto; la probabilità di verificazione dell'evento; il contesto lecito o illecito; il fine della condotta; la sua motivazione di fondo⁹⁴.

L'indice più importante è tuttavia quello desunto dalla “prima formula di Frank”, in base alla quale si configura il dolo eventuale quando «è possibile ritenere che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento».

Nel caso in oggetto la questione che interessa analizzare è la differenza che intercorre tra dolo eventuale e colpa cosciente, inteso che la sussistenza del primo o della seconda non può basarsi sul concetto del prefigurarsi un determinato evento in capo agli amministratori, ma sul concetto di volontà.

In tutte e due le situazioni, il soggetto è consapevole che un determinato evento si conformerà come normale conseguenza dell'atto posto in essere dall'esecutivo, ma la differenza nelle due ipotesi sta nella volontà di esserne partecipe o meno, da rinvenire nel non aver attuato nulla, nel limite di ciò che è

⁹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 24/04/2014, n.38343.

possibile nell'esercizio delle funzioni, per impedire quel determinato evento di cui la certezza è quasi assoluta.

Non da ultimo, anche nel caso *Parmalat* si ripropone una questione circa la responsabilità degli amministratori e sulla effettiva sussistenza del dolo nei reati ascritti.

Nella sentenza di primo grado, però, viene tralasciato il concetto dogmatico celato dietro al dolo, riconducendo la decisione alla teorica dei segnali d'allarme.

In questa sentenza i giudici si soffermano quindi sul concetto di "segnali d'allarme", indagando sulla loro presenza e percepibilità.

In merito scrivono: «Prospettazione certo accoglibile in via astratta – sottolinea la Corte –, ma per la quale occorre la dimostrazione di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non operativo.

Tale precisazione, ad avviso del Tribunale, vale a richiamare l'attenzione, anche attraverso le qualificazioni utilizzate, sul fatto che detti segnali debbano esprimere non una problematica generica bensì specifica valenza rappresentativa dell'evento stesso del reato contestato.

Vale a dire che i segnali in questione devono essere tali da risultare "anormali" cioè esprimere, in sé considerati, circostanze significative di una realtà tale da far sorgere la rappresentazione dell'evento illecito: e solo in tal caso può anche prospettarsi l'accettazione del rischio di sua realizzazione.

Ovvero segnali tali alla cui presenza anche la condotta omissiva possa leggersi come volontaria adesione consapevole alla realizzazione dell'illecito, nella forma del dolo diretto o anche solo eventuale»⁹⁵.

Risulta evidente da queste parole come sia necessaria la puntualità e la reale concretezza di tali segnali per far sorgere la responsabilità.

Tali sono le parole della dottrina sul tema: «Il passaggio dalla colpa al dolo eventuale potrà prospettarsi in capo a chi abbia non soltanto percepito determinati "segnali d'allarme", ma li abbia anche concretamente valutati come segnali di

⁹⁵ Trib. Milano, 18/12/2008, cit., 135

specifici fatti-reato, concretamente rappresentati (Per esempio come segnali di falsità di determinate voci di bilancio).

In simili casi, sussisterebbe il contenuto psicologico del dolo, quale effettiva rappresentazione o previsione del fatto (sia pure in termini non di certezza), e l'inerzia acquisterebbe il significato di consapevole accettazione del verificarsi di un determinato fatto illecito (per esempio della falsità di bilancio) concretamente rappresentato»⁹⁶.

Da questo complesso insieme di sentenze sopra riportate emerge come l'accertamento del dolo eventuale, nel mentre dell'evolversi del pensiero giudiziale, sia un compito assai difficile per il fatto che la dimostrazione avviene sulla base di molteplici fattori assai difficile da riportare nel contesto probatorio del processo.

Accertare la responsabilità civile degli amministratori non esecutivi è abbastanza facile; al contrario, in ambito penale, l'accertamento della responsabilità risulta più complicato poiché è necessario provare compiutamente la rappresentazione dell'evento, la presenza e la concreta percezione di segnali chiari e inequivocabili, la volontà di non fare nulla per impedirlo, pur avendone la possibilità.

Dopo la riforma, il ruolo degli amministratori è risultato essere molto più puntuale, preciso e definito.

Per quanto riguarda, invece, la situazione dei sindaci, questa appare leggermente diversa in merito alla consapevolezza o meno dei segnali, poiché non essendo essi presenti alle delibere assembleari, e soprattutto non potendo sindacare le scelte degli amministratori a livello economico-finanziario, devono valutare la liceità o meno delle azioni di questi ultimi in base al flusso informativo che a loro perviene.

Anche qui la questione rilevante risiede nel come accertare la sussistenza del dolo o comunque nella dimostrazione che i sindaci fossero a conoscenza dell'evento illecito in programma degli esecutivi.

⁹⁶ PULITANÒ, *Diritto Penale*, vol I, Torino, 2019, 344; STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 567.

All'interno della giurisprudenza, però, si è venuto a creare il problema del grado di percezione di tali segnali, che potrebbero essere effettivi o veicolati in base alle informazioni che gli esecutivi farebbero arrivare ai sindaci.

In definitiva, molto spesso i giudici si basano non sulle prove effettive prodotte in giudizio ma su concetti e massime d'esperienza che non possono essere applicati indiscriminatamente in tutti i procedimenti.

Per affermare la responsabilità è necessario che il ragionevole dubbio non esista e che effettivamente i sindaci fossero a conoscenza e della situazione della società e che abbiano saputo effettivamente dell'evento illecito ordito dagli amministratori e non abbiano fatto nulla per impedirlo, pur potendo.

Consapevoli della difficoltà che sussiste nella dimostrazione del dolo nell'omissione di azioni e quindi nel concorso del reato stesso, gli organi inquirenti e soprattutto quelli giudicanti hanno realizzato un espediente argomentativo, definito dalla dottrina "aberrante"⁹⁷, dove il dolo viene rivestito e quindi equiparato alla colpa.

La questione è stata affrontata più e più volte ottenendo sempre una diversa interpretazione, e nei vari gradi di giudizio, e nelle diverse interpretazioni delle Corti.

Chi ha il compito di decidere e chi di formulare le accuse e trovare le prove molto spesso basa le decisioni di colpevolezza dei non esecutivi e sindaci su una classica struttura argomentativa del "non poteva non sapere" adducendo a motivazione che le informazioni in un C.d.A. sono alla portata e disponibilità di tutti non riconoscendo o non volendo riconoscere la complessa struttura che è quella di una società, finendo per essere tirato dentro alla questione persino quell'amministratore assente alla precisa delibera originante il fatto illecito e le conseguenze relative.

Le modalità di dimostrazione del dolo eventuale risultano essere state abbastanza "barocche", inteso che la ricostruzione di quest'ultimo in molti casi si è basata su concetti astratti e massime d'esperienza generiche, di comune

⁹⁷ CRESPI, *Studi di diritto penale delle società*, Milano, 2018, 49.

conoscenza, avulse rispetto a concetti reali, effettivi, desunti dalle prove presentate in giudizio.

Aspetto tra l'altro sottolineato diverse volte dalla dottrina, che ha ritenuto le modalità di accertamento del dolo al limite dell'irrealistico: «la soluzione prospettata è nondimeno inquietante, in quanto non basta affatto essere consapevoli della propria condotta negligente perché l'inquirente possa sentirsi autorizzato a supporre, a carico dell'amministratore Negligente, la previsione della commissione di fatti illeciti da parte degli altri amministratori: se l'amministratore assente non si fosse rappresentato nulla di tutto ciò, il problema della colpevolezza (a titolo di dolo, si intende) neppure si porrebbe, e il dolo in quel bizzarro modo individuato può essere tranquillamente riposto in soffitta»⁹⁸.

E ancora: «Il dolo eventuale sta progressivamente diventando un istituto di diritto processuale probatorio. Ecco un eloquente fenomeno di perversione concettuale. Il dolo eventuale aveva originariamente una base fenomenica, era cioè era un fenomeno psichico reale. Ma essendo un fenomeno interiore, provarlo era un'impresa strenua. I meccanismi del processo l'hanno trasformato prima in un *dolus in re ipsa* e poi in un congegno elusivo della prova. Si dice: quel fatto in quelle circostanze era prevedibile chiunque l'avrebbe previsto dunque - applicando una generalizzazione empirica - se era prevedibile e chiunque lo avrebbe previsto, allora è ragionevole pensare che anche tu lo hai previsto; e poi che hai agito nonostante tale previsione, vuol dire che hai accettato il rischio dell'evento. Alla difesa, pertanto, il compito di provare il contrario. Col risultato, per nulla edificante, che il dolo eventuale diventa così una eventualità del dolo. Basta provare questa eventualità per provare il dolo. Nel processo la prova di un fatto (il dolo) viene surrogata dalla prova della possibilità del fatto»⁹⁹.

Giunti alla fine di questo capitolo, abbiamo contezza della complessità e della difficoltà dimostrativa della questione di cui trattiamo.

I compiti nelle società sono delineati in modo abbastanza chiaro ma è pur vero che la realtà d'impresa è dinamica e l'attività concreta dei soggetti che vi

⁹⁸ CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, cit., 52.

⁹⁹ IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 3161.

operano di rado è *in toto* inquadrabile negli schemi dettati dalla disciplina sostanziale; in alcune particolari situazioni, quali possono essere, per esempio, la necessità di una scelta finanziaria rapida dettata dal mercato, oppure di una scelta esclusivamente economica, solo le competenze degli amministratori delegati, senza passare per le lungaggini delle normali procedure deliberative, sono idonee all'attuazione di scelte immediate e consapevoli, nell'interesse dell'oggetto sociale.

Con riguardo alla responsabilità che sorge in ambito penale appare evidente come le Corti si trovino in estrema difficoltà nel riuscire a motivare le sentenze con riferimento al concorso omissivo dei non esecutivi e dei sindaci, dovendo abdicare le classiche motivazioni utilizzate per concorso in altre tipologie di reato, in favore di argomentazioni talvolta basate su luoghi comuni, o comunque su concetti generali che non hanno la minima aderenza con la vita societaria.

Nelle ultime motivazioni viene addotto il dolo eventuale come elemento soggettivo di queste tipologie di reato; come dimostrato dalla dottrina, risulta difficile dimostrare che chi doveva controllare si fosse prefigurato l'evento negativo che sarebbe derivato dalla delibera assembleare, ed è ancor più complesso dimostrare l'accettazione della realizzazione del fatto illecito e la volontà di non fare nulla per evitare quel dato evento-reato.

Insomma, «il fantasma del dolo eventuale viene, come c'era da aspettarsi, evocato per coonestare la confusione di piani, l'equivoco tra potenza e atto»¹⁰⁰.

Appare ormai consolidato il fatto che i giudici nel decidere in merito alla questione dolo eventuale o colpa, sembrano analizzare i fatti da un punto di vista statico, limitato alla lettura delle carte, cosa che potrebbe avere anche un senso se non ci trovassimo in un processo penale e soprattutto se non si dovesse decidere sulla presenza o meno dell'aspetto psicologico nel singolo agente.

Tale *modus operandi* sembra quasi sciogliere quel legame intrinseco delle componenti del dolo, ossia conoscenza e volontà, facendo sì che l'elemento soggettivo si configuri solo perché, una volta accertata la conoscenza del fatto – talvolta addirittura sulla base di un generico “tutti conoscono tutto” –, sussiste la volontà nella commissione o omissione dell'azione doverosa.

¹⁰⁰ PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, in *Riv. it. dir. pen. e proc. pen.*, 2000, 4, 1265.

Tale impostazione sembrerebbe costruita come se in queste tipologie di reati collegiali sia necessario sempre e comunque emettere una condanna verso tutti i componenti amministrativi della società, come una sorta di “punizione” a futura memoria per tutti coloro che volessero porre in essere attività illecite in un sistema aziendale, come se «la certezza... della condanna [finisse] quasi a surrogare la svanita certezza della pena»¹⁰¹.

Un altro fattore su cui si dovrebbe porre l’attenzione nei processi è la possibilità che ha avuto il soggetto agente di raffigurarsi il futuro evento nefasto, nel senso che occorrerebbe indagare, al di là della chiarezza e nitidezza dei segnali d’allarme, quanto era realisticamente possibile che il soggetto agente avesse preveduto proprio quel determinato evento futuro e non altri possibili innumerevoli scenari che sarebbero potuti accadere in alternativa a quello che si è consumato realmente.

Il basare la presenza del dolo su segnali d’allarme risulta essere una modalità d’accertamento alquanto superficiale, poiché nel caso in cui il controllo non fosse effettivamente svolto – e ciò potrebbe accadere per i più vari motivi, quali, ad esempio, l’insufficienza della percezione, la non curanza del pericolo e infine anche tenuità degli stessi segnali –, si potrebbe parlare al più di colpa – e non di dolo – per negligenza nell’esercizio delle funzioni proprie dell’ufficio e dei doveri di controllo.

Quanto al grado del dolo necessario affinché sussista la responsabilità omissiva del controllore, è senz’altro da condividere l’opinione di chi ritiene che «in capo al concorrente è sufficiente il dolo di partecipazione, non dovendo invece necessariamente sussistere anche la stessa *species* di elemento soggettivo che sorregge la condotta principale»¹⁰².

Riprendendo testualmente l’art 2392 c.c., viene definito che la responsabilità civile sorge solo quando vi è la «conoscenza» di determinati fatti e aggiunge non si è fatto nulla per evitarli.

¹⁰¹ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 23.

¹⁰² MANDELLI, *I sindaci di SPA tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 451. In tal senso, anche DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabile per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 233 ss. *Contra*, riferendosi al falso in bilancio ex art. 2622 c.c. nella versione del 2002, MAZZACUVA, *il falso in bilancio. Casi e problemi*², Padova, 2004, 65 ss.

Tale articolo dovrebbe chiarire che i piani ontologici su cui operano dolo e colpa sono diversi inteso che, altrimenti, risulterebbe equipararsi il concetto di negligenza a quello di dolo.

I reati collegiali sono stati ritenuti, dalla dottrina prima e comunque accettati come tali dalla giurisprudenza poi, come reati di concorso omissivo, il quale nasce dal non aver fatto nulla per impedire la commissione del reato futuro.

La struttura del concorso di reati si compone di un'azione principale e altre subordinate che si intersecano con la prima e causalmente contribuiscono alla realizzazione del fatto.

Tale struttura, se così è formata sul versante oggettivo, implica che sul versante oggettivo debbano sussistere – ed essere dimostrate – la consapevolezza e la volontà dei singoli còrrei dell'apporto causale e del fatto principale.

Nel sistema società il dolo potrebbe *prima facie* essere sussistente per il semplice motivo che ogni decisione, più o meno, ha bisogno dell'approvazione generale del *board*.

Tuttavia, ad un'attenta analisi, emerge che tra i delegati e i non esecutivi sussiste un rapporto di fiducia basato sulla competenza nelle scelte sociali propria degli amministratori delegati in virtù del loro ruolo ricoperto e per la delega ottenuta frutto di un vero e proprio atto di *fides* nei loro confronti.

La cosa che preme sottolineare però è proprio questa, cioè che nell'accertamento giudiziale si suole riconoscere il dolo eventuale in capo a soggetti che, al momento dell'accettazione della proposta presentata in Consiglio dai delegati, non avevano la minima idea che da lì sarebbe potuto derivare un evento illecito, né tantomeno potevano immaginare di concorrere ad un reato che, nei piani dell'amministratore esecutivo, ancora doveva nascere oppure era in divenire e che dunque era suscettibile di concretizzarsi secondo le modalità più disparate, le cui possibilità attuative dipendono, in definitiva, dalle future, infinite e contingenti estrinsecazioni del reale.

«Urge nuovamente sottolineare che il dolo, anche il dolo di concorso, non può sradicarsi dall'*humus* esistenziale in cui matura senza perdere l'*ubi consistam*: per costituzione deve appuntarsi su qualche prospettazione contingente, anticipata almeno nelle grandi linee, nelle movenze da cui desume valenza sociale (magari

entro un ventaglio di alternative più o meno divaricato, a seconda dei casi). In altre parole, quale fenomeno psicologico la rappresentazione dell'*opus* concorsuale non può fissarsi su esangui astrazioni tipologiche: solo calandosi nella concretezza dell'attualità incombente e delle relative proiezioni *in fieri* può reggere la volizione di un personale contributo». ¹⁰³

¹⁰³ PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, cit., 1270.

CAPITOLO II

LA GIURISPRUDENZA E LA SUA EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. Prima della riforma del 2003 1.1 Il caso Gruppo Cultrera 1.2 Il caso Banca Privata Italiana 1.3 Il caso Banco Ambrosiano 1.4. Il caso Fiat / Cogefar - 2. Dopo la riforma del 2003 2.1 La sentenza Bipop-Carire 2.2 Il caso Parmalat/Bonlat 2.3 Sentenza Thyssen-Krupp 2.4 Sentenza Bonvino 2.5 Sentenza 14045 del 2016 2.6 Sentenza 14783 del 2018 - 3. La teoria dei Segnali di Allarme

1. Prima della riforma del 2003

1.1 Il caso Gruppo Cultrera

Con riguardo alla responsabilità degli amministratori non esecutivi, la giurisprudenza, nel corso degli anni, si è trovata ad affrontare il tema innumerevoli volte, con giudizi che hanno visto una radicale evoluzione dopo la riforma del 2003.

Infatti, prima di tale riforma, l'orientamento, che potremmo definire esclusivo, dei giudici era quello che ravvisava una responsabilità omissiva dal semplice fatto che non avevano adempiuto ai doveri di controllo propri del loro ruolo ricoperto.

Come è stato scritto, «[...] la tendenza ricorrente anche nella più recente giurisprudenza consiste: i) nel trascurare l'individuazione dei poteri impeditivi del garante nel caso di specie; ii) nell'ignorare o nel negare espressamente la necessità dell'accertamento causale; iii) nell'appiattare il rimprovero soggettivo sui criteri di imputazione della responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci equiparando la "conoscenza" alla "conoscibilità" esauendo la prova del dolo eventuale nella mera violazione delle regole di diligenza o nella presenza di "segnali d'allarme" della generica illegalità della gestione ricorrendo alla formula sempreverde del non poteva non sapere»¹.

Inoltre, tale inerzia e, indirettamente, accettazione del rischio da parte dei senza delega e dei sindaci configurava in capo a questi l'elemento del dolo di posizione.

La questione dei reati omissivi nella fattispecie specifica dei reati in materia economica è risultata essere di primaria importanza nel corso degli anni che vanno dal 1990 al 2014 – data in cui è stata emanata la sentenza Thyssen Krupp² –, che hanno dunque rappresentato una sorta di laboratorio giuridico in cui le corti hanno sì applicato le norme specifiche sia di diritto societario che di diritto penale, modificatesi nel corso degli anni – spesso per via di *crac* finanziari di notevole eco mediatico –, ma hanno dato prova anche di una notevole difficoltà decisoria e nella ricostruzione argomentativa delle sentenze, in certi casi per nulla convincenti.

Nella struttura delle sentenze in materia di concorso riguardanti i reati collegiali, la Corte di Cassazione si è sempre mossa su una triplice direttrice di analisi, concentrandosi in particolare su tre temi fondamentali: la presenza o meno di una posizione di garanzia in capo a sindaci e agli amministratori non esecutivi; la sussistenza del dolo o della colpa nelle azioni di questi ultimi; la sussistenza o meno di collaborazione, e quindi di concorso, tra amministratore delegato, amministratori non esecutivi e sindaci.

¹ CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. Soc.*, 2012, 2-3, 317.

² Cassazione Penale, Sezioni Unite, 18 settembre 2014, n. 38343

Le sentenze che verranno analizzate, in linea puramente teorica – per il fatto che nell’evoluzione di un pensiero non si può mai definire chiaramente un inizio ed una fine –, possono essere divise in due macro-gruppi: nel primo rientrano le sentenze pre-riforma 2003, nel secondo quelle *post*-riforma.

Infine, un’analisi a parte deve essere fatta per la sentenza Thyssen Krupp, nella quale l’analisi dei concetti sommariamente enucleati risulta essere molto più precisa e attenta, e soprattutto esaustiva nel delineare gli specifici profili di imputazione penale ascrivibili ai singoli amministratori e sindaci coinvolti.

La sentenza che, per così dire, apre la stagione dei processi in materia e, in alcuni casi, delle pene eccessive, è quella relativa al fallimento del gruppo Cultrera.

La vicenda oggetto della decisione consiste nella bancarotta del gruppo societario guidato da Cultrera percepita dall’opinione pubblica come una vera e propria truffa ai danni dei piccoli e grandi investitori delle due società coinvolte, ossia “Hotel Villaggi” e “Sarda Grandi Alberghi”.

Il tema di fondo sostanzialmente si identifica nel passaggio di proprietà di molteplici titoli, garantiti sulla base di proprietà immobiliari, da una società ad un’altra dello stesso gruppo, al fine di accrescerne il valore in modo fittizio fino al punto limite, rappresentato dalle richieste di restituzione delle somme dovute agli obbligazionisti.

Nella sentenza della Cassazione viene confermata la pena per l’amministratore unico Cultrera per la commissione dei reati di bancarotta, falso in bilancio e truffa aggravata; si ritiene poi configurabile il concorso omissivo degli amministratori non esecutivi e dei sindaci, con la motivazione, resa sin nei gradi di merito e ribadita anche in Cassazione, che questi avrebbero dovuto controllare l’operato dell’amministratore delegato, o comunque fare qualsiasi cosa in loro potere per evitare una simile bancarotta.

Dunque, la motivazione appare piuttosto debole per il semplice fatto che viene definita intenzionale una condotta di non-vigilanza quando il reale potere di gestione risiedeva in una sola persona che aveva esautorato di tutte le funzioni i sindaci e gli amministratori non delegati; i giudici, nell’emettere la decisione, sono stati guidati più dall’eco mediatico che tale *crac* aveva portato con sé piuttosto che dalla legge e dalla realtà degli eventi.

Oltre alle motivazioni che hanno definito l'elemento del dolo nelle azioni omissive degli amministratori non esecutivi e dei sindaci, tale sentenza risulta essere rilevante anche per come viene analizzata la responsabilità omissiva sulla base di una lettura combinata di due articoli, il 40 c.p. e il 2392 c.c.

Appare abbastanza evidente come nella sentenza Cultrera e poi successivamente anche in quella del Banco Ambrosiano, i giudici nel motivare la loro decisione si siano basati più sugli echi mediatici, intesi nel grave danno arrecato ai numerosi investitori, più che su un combinato di leggi e di prove tali per cui la colpevolezza degli organi di controllo risulti inequivocabile, cosa che nella motivazione della sentenza del gruppo Cultrera risulta sfumata.

Scrive la Corte: «Come si evince dalla stessa formulazione dell'art. 2403 c.c., il generale potere di controllo dei sindaci non si limita agli atti sociali espressamente considerati, ma si estende, ove non sia diversamente stabilito, ad ogni aspetto dell'attività sociale, anche se la sua intensità e frequenza varia a seconda delle circostanze, né debba assumere un carattere così penetrante da investire ogni singola operazione societaria. Un più previsto e costante controllo rimane doveroso, sempre nell'ambito dei poteri attribuiti dalla legge, allorché siano già emerse delle gravi irregolarità, o se ne prospetti la concreta possibilità. Sotto altro profilo il controllo sindacale non si esaurisce in una mera verifica formale, ma è esteso anche il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione. Contrariamente a quanto si è talvolta affermato, numerose norme depongono, inoltre, per l'estensione dei poteri di controllo non alla semplice legalità formale ma anche al merito, anche se, pur sempre, entro i confini loro propri [...] Individuato, in tal modo, l'ambito dei compiti e dei poteri dei sindaci, può concludersi che ad essi è attribuita una posizione di controllo e di garanzia che impone loro, in ogni caso - e siamo al minimum-, l'obbligo giuridico di impedire che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, compiano atti contrari alla legge o, addirittura, sanzionati dalla legge penale»³.

³ Cass. pen., Sez. V, 09/04/1991, n 3949.

I giudici si limitano a indicare gli articoli di riferimento della responsabilità dei sindaci e indirettamente di quella degli amministratori non esecutivi, escludendo dal computo dei fatti e la reale situazione all'interno del gruppo Cultrera e in definitiva non motivando per nulla su quali basi sussista il dolo.

In fin dei conti la Corte ascrive la colpevolezza anche agli amministratori non esecutivi e ai sindaci perché, sebbene il loro compito sia riassumibile non solo nel controllo semplice, ma anche nella verifica di qualsivoglia elemento particolare che possa indurre il dubbio che qualcosa non stia funzionando all'interno del comparto societario, è dovere di questi ultimi porre in essere azioni per evitare la commissione dell'illecito.

1.2 Il caso Banca Privata Italiana

Altro caso di bancarotta posta in essere dall'amministratore unico, è quella della Banca Privata Italiana.

La vicenda della Banca Privata Italiana parte da lontano, essendo nata dalla fusione di due finanziarie al cui comando si trovava Michele Sindona.

Tralasciando tutti gli intrecci economico-politici che tale vicenda porta con sé, la questione di fondo che interessa al fine di tale trattazione è il ruolo del Sindona e degli amministratori del C.d.A. e la decisione dei giudici in merito ai reati ascritti a quest'ultimi.

La struttura architettata e costruita negli anni da Sindona si consolidava e si dispiegava in un reticolo di società fiduciarie utilizzate dallo stesso con il precipuo fine di aumentare il valore della Banca; tale sistema, nella realtà dei fatti, non faceva altro che accrescerne il debito nei confronti e dei proprietari dei conti correnti e degli istituti di credito che avevano fatto prestiti a lungo termini alla stessa.

Nelle sentenze sia di merito sia della Suprema Corte viene ribadito il concetto che la responsabilità penale per i vari reati contestati al Sindona risulta essere ascrivibili anche ai membri del C.d.A. per il fatto che questi ultimi, conoscendo il passato, già noto alla cronaca per presunte tangenti e legami con la politica, dello stesso amministratore, avrebbero dovuto sapere che la probabilità di commissione di illeciti era abbastanza elevata, tale per cui il loro livello di attenzione sarebbe dovuto essere molto più elevato

Infatti, nella motivazione della sentenza del Tribunale⁴ viene riscontrata la presenza del dolo eventuale nell'inerzia degli amministratori non esecutivi e dei sindaci corroborata dal fatto che per questi ultimi la conoscibilità dell'avvenimento di un possibile illecito era insita nella natura del Sindona.

Vero è però che nella Banca il C.d.A. risultava essere solamente un orpello costituito per dare sicurezza e fiducia all'esterno, per ottenere i fondi necessari alla commissione degli illeciti: il reale potere decisorio risiedeva nelle mani dell'amministratore.

La Corte di Cassazione ha sorretto la teoria di dolo eventuale in capo ai controllori sulla base di episodi, tra i quali i numerosi finanziamenti che le banche fiduciarie avevano fatto al Sindona in brevissimo tempo, il rialzo dei titoli in un momento di ribassi generali della borsa e infine i numerosi interventi della Banca d'Italia, che avrebbero dovuto destare almeno il sospetto di un illecito *in fieri* e quindi determinato l'avvio di una ispezione.

Come per la sentenza Cultrera anche in questa risulta essere evidente come i giudici abbiano avuto difficoltà nel motivare la responsabilità dei non esecutivi e dei sindaci per il semplice fatto che la gestione interna ed effettiva della Banca Privata Italiana risultava essere nelle mani del Sindona.

«Come scriveva fin dal 1959 Antolisei, solo gli amministratori delegati sanno quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello è il cattivo tempo.

Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse; nomi risonanti per la loro posizione nella finanza, nella politica e nella professione oppure uomini di fiducia dei padroni dell'impresa.

⁴ Trib. Milano, 14/10/1974, n.70

Sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano alcuna influenza sulla gestione sociale»⁵.

Anche da questi ultimi pensieri in merito alla questione della *governance* nella Banca Privata Italiana risulta evidente come i giudici di merito non abbiano tenuto conto dell'effettivo centro di potere in mano all'amministratore unico, estendendo la pena in modo indiscriminato a tutti coloro che facevano parte del collegio e degli amministratori e dei sindaci.

1.3 Il caso Banco Ambrosiano

All'interno delle vicende legate tra la politica e l'economia del Paese si inserisce un'ulteriore vicenda che, alla fine degli anni Novanta, ebbe un notevole eco mediatico, ossia la bancarotta del gruppo Ambrosiano.

Tale ente finanziario era un punto di riferimento sia per la città di Milano che per lo Stato Città del Vaticano, poiché molti prelati avevano intessuto rapporti economici con tale struttura finanziaria.

Al netto delle operazioni fraudolente poste in essere dall'allora amministratore delegato unico Roberto Calvi, il Banco Ambrosiano ebbe due importanti crisi di liquidità che portarono nel 1982 alla liquidazione dello stesso.

Il commissario liquidatore nella motivazione del dissesto definì numerose questioni che diverranno da lì a poco i capi di imputazione del *board* del Banco.

I reati ascritti a tali componenti andavano dalla distrazione di denaro, alla violazione delle norme valutarie e infine alla bancarotta fraudolenta.

⁵ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 136.

La sentenza del Tribunale⁵ dell'aprile del 1992 motiva la colpevolezza dell'amministratore unico, dei componenti non esecutivi e dei sindaci sulla base di tre presupposti: in tutti i verbali delle delibere nessuno di questi si era mai opposto alle richieste presentate dal Calvi; i non esecutivi e i sindaci non avrebbero svolto il loro compito di vigilanza con attenzione, atteso che si affidavano in tutto e per tutto alle scelte del Calvi; in ultimo, nelle azioni del Calvi c'era la piena consapevolezza della natura illecita delle stesse.

Il punto nodale su cui la dottrina, a posteriori delle varie sentenze, ha espresso forti critiche è da riassumersi nel concetto con cui il Tribunale ha avvalorato le condanne emesse, ossia aver trasformato una colpa per negligenza in un dolo orientato alla frode scrive: «Improbabile cavare qualcosa di serio da una prosa tanto oscura quanto involuta: la sola idea chiara che vi traspare è il disegno di trasformare una condotta macroscopicamente colposa in un atteggiamento dolosamente – anzi, fraudolentemente– orientato, onde poter dichiarare integrato l'elemento soggettivo richiesto dalla contestata norma incriminatrice per la punibilità del fatto»⁶.

Con queste parole di fatto viene messo in luce come i giudici di Milano, consapevoli che la responsabilità effettiva doveva ricadere solo sull'amministratore unico, abbiano dovuto interpretare e affrontare la questione in modo trasversale facendo sì che risultasse inoppugnabile la motivazione sia a livello giuridico che a livello mediatico.

Inevitabilmente anche in questa sentenza ritroviamo l'orientamento e le modalità di condanna proprie delle sentenze precedenti; invero i giudici scrivono: «l'atteggiamento positivamente connivente degli amministratori si pone quale fatto oggettivamente collegato da adeguato nesso causale all'illecita attività dell'amministratore delegato, collocandosi alla serie causale produttiva dell'evento quale momento di rafforzamento della volontà criminosa del suddetto organo sociale [...] il dolo degli amministratori ha subito un progressivo incremento di intensità in diretta correlazione coi puntuali atteggiamenti di collaborazione fittiva tenuti dagli amministratori»⁷.

⁵ Trib. Milano, 25/08/1982, n. 5381

⁶ CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, cit., 35 s.

⁷ Trib. Milano, 16/04/1992, n. 3182

Questione che risulta essere alquanto problematica nella sua definizione di fondo poiché i non esecutivi e i sindaci risultarono essere colpevoli di reati che non avevano compiuto materialmente, di cui non avevano la più minima percezione e che dunque non avevano neanche la possibilità di denunciare, per il semplice fatto di essere soggetti estranei, non per loro volontà, alla vita societaria; in definitiva, incriminati per dolo quando il coefficiente soggettivo riscontrabile poteva essere al più una colpa per negligenza.

«È certamente vero che nei giudizi di merito non si è fatta alcuna confusione fra la conoscibilità degli effetti pregiudizievoli e la concreta previsione degli stessi: anche in quei precedenti giudizi si è infatti data per scontata la concreta previsione di quegli effetti per il solo fatto che apparivano a tal punto prevedibili da doverli ritenere come concretamente previsti.

Un criterio meramente statistico, dunque, scopertamente basato, in quanto tale, sull'*id quod plerumque accidit*: che con l'accertamento del dolo non ha assolutamente nulla a che spartire»⁸.

Nella successiva sentenza di appello⁹, i giudici non solo confermarono le decisioni statuite dal Tribunale in primo grado, ma aggiunsero nella motivazione che chi doveva controllare aveva avuto molteplici segnali d'allarme di cui era impossibile la non percettività.

Anche su questa ulteriore motivazione, che la Corte ha aggiunto credendo di rafforzare le argomentazioni dei giudici di prime cure, la dottrina risulta essere solamente un'altra modalità volta a rafforzare una decisione assai debole dal punto di vista normativo.

«La “percezione” è una “conoscenza di primo momento” è cioè un principio di conoscenza: come tale impone che si adempia al dovere di vigilanza, ovvero che ci si adoperi, per quanto possibile, al fine di maturare quella compiuta ed effettiva conoscenza che, sola, e a differenza della mera “percezione”, integra il necessario presupposto del dovere di intervento.

⁸ CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, cit., 45.

⁹ Corte App. Milano, 10 giugno 1996.

Il cosiddetto “segnale di allarme” altro non è che l’indicazione di un pericolo, che, se recepito, altro non può significare se non un sospetto che vi sia qualcosa da conoscere.

[...] Se, rispetto a un siffatto “segnale di allarme”, l’amministratore si attivi e venga a conoscenza della commissione di un atto pregiudizievole senza tuttavia adoperarsi per impedirlo o per eliminare o attenuare le sue conseguenze, allora sarà a ogni effetto corresponsabile della sua commissione.

Se invece resti inattivo, potrà in essere un comportamento colpevole quante volte la mancata percezione gli sia addebitabile *a titolo di colpa*⁹.

Nella motivazione della Suprema Corte viene definito che nelle azioni, o per meglio dire per il caso di specie, nelle omissioni attuate dagli amministratori non esecutivi e sindaci sia riscontrabile l’elemento del dolo eventuale sorretto da diversi fattori che la stessa Corte elenca in modo minuzioso, ma che nella realtà dei fatti non sono stati compiutamente analizzati in nessuno dei tre gradi di giudizio.

«Riassumendoli:

- i. Completa fiducia nell’amministratore unico per la sua storica presenza nel Banco Ambrosiano
- ii. Non aver fatto nulla quando la stampa stava incominciando a rendere note delle attività oscure della Banca stessa
- iii. Non aver eletto un nuovo amministratore dopo il reato di infrazioni valutarie
- iv. Non aver mai posto troppa attenzione e non aver mai fatto rilievi sulla situazione patrimoniale della Banca¹⁰.

Affermazioni di un certo valore giuridico poiché «nessun accorgimento dialettico potrà mai legittimare l’introduzione di un criterio a sfondo statistico in un luogo del concreto accertamento volta per volta, in capo all’amministratore, della previsione dell’effetto dannoso di ogni singola operazione deliberata dal consiglio di amministrazione»¹¹.

⁹ ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. soc.*, 1992, 1522 s.

¹⁰ Cfr. Cass. civ. Sez I, 22/04/1998, in *Guida al diritto*, a cura de *Il sole-24 Ore*, 29 agosto 1998, n.33, p.120 ss.

¹¹ CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, cit., 46.

«Si va oltre il mero stratagemma probatorio per avvalorare il pervertimento di concetti e istituti.

Paradossalmente: in quanto depotenzia il momento volitivo la figura del dolo eventuale dovrebbe segnare la riscossa della *Vorstellungstheorie*; e invece, in siffatte applicazioni deviate, finisce per vanificare proprio il momento rappresentativo, cui sottrae l'oggetto suo proprio»¹².

1.4 Il caso Fiat / Cogefar

Proseguendo all'interno del filone delle su citate sentenze, seppur la vicenda in oggetto risulta essere esente dagli intrecci politico-finanziari propri delle precedenti decisioni, si inserisce il caso Fiat-Cogefar.

In una ipotetica linea temporale in cui si innestano le sentenze maggiormente rilevanti dell'ultimo trentennio in materia di responsabilità degli amministratori, la sentenza della sezione V della Cassazione penale del 19 ottobre 2000¹³ risulta essere l'ultima prima della riforma del 2003 che, come vedremo con la sentenza Bipop Carire prima e con le sentenze Thyssen e Parmalat poi, cambierà in modo abbastanza rilevante i criteri di responsabilità per azioni omissive in capo ad amministratori e sindaci.

¹² PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, cit., 1265.

¹³ Cass. pen., Sez. V., 19/10/2000, n. 191, in *Cass. pen.*, 2001, 1262, 2494.

I giudici furono chiamati a decidere sul caso Fiat in merito alla responsabilità degli amministratori della stessa per il reato di false dichiarazioni sul bilancio consolidato della capogruppo, ossia Fiat, e della controllata, ossia Cogefar.

La vicenda in questione parte dalla scoperta, da parte degli organi competenti, di tangenti usate per pagare pubblici ufficiali, la cui provenienza risultava essere occulta.

Una volta che la questione era stata resa nota a livello mediatico in tutta Italia, sia attraverso le costanti pressioni della stampa, sia per la maggiore attenzione che gli organi requirenti posero in capo agli amministratori di Fiat, vennero scoperti degli occultamenti di denaro, utilizzato poi per pagare le tangenti, all'interno del bilancio consolidato con la società Cogefar di cui Fiat deteneva il controllo e possedeva la maggioranza delle azioni.

In linea teorica, quando si parla di falso in bilancio consolidato, la responsabilità dovrebbe ricadere sugli amministratori della controllante e della controllata, invece, nel caso in oggetto, i giudici penali, nei vari gradi di giudizio, riconobbero una responsabilità quasi esclusiva in capo all'amministratore delegato di Fiat.

La Corte, nel motivare questa sorta di responsabilità esclusiva da parte degli amministratori Fiat, in capo ai quali si riconosce una posizione di garanzia, parte dall'assunto che il bilancio consolidato è costituito da tutti i bilanci riuniti delle singole controllate, tale per cui è responsabilità esclusiva della controllante verificarne la regolarità.

Questione questa che ha aperto notevoli riflessioni, in particolare su quali sono, o meglio, quali dovrebbero essere i doveri degli amministratori di una controllante nei confronti degli illeciti commessi in seno a una controllata.

Proseguendo nella motivazione, inoltre, la Corte aggiunge che in capo agli amministratori della Fiat non solo vi è un dovere di controllo e di definizione dei criteri redazionali dei bilanci alle controllate, ma anche un dovere implicito di controllo sui controllori, questione questa che potrebbe lasciare alquanto incerti su quali effettivamente debbano essere i poteri-doveri degli amministratori.

La Corte motiva “debitamente” scrivendo che in capo agli amministratori della capogruppo e in special modo ai non esecutivi sussiste una sorta di responsabilità «di secondo grado»¹³ che si tradurrebbe appunto nell’onere, da parte dei non esecutivi della Fiat, di vigilare sull’operato degli amministratori delle controllate per evitare di dover rispondere di responsabilità per negligenza dei compiti propri dell’art. 2392 c.c.

«Tale decisione presenta degli aspetti del tutto nuovi rispetto alle sentenze dapprima esaminate: la Corte opera un passaggio logico attributivo di responsabilità penale, effettuando un vero e proprio salto da una società all'altra.

Da un obbligo di controllo in capo agli amministratori della stessa società si passa alla configurazione di ulteriore posizione di garanzia degli amministratori di una società differente dalla prima.

La configurazione di tale posizione di garanzia in genera ulteriori dubbi»¹⁴.

Oltre al problema appena descritto, i giudici di legittimità ne ingenerano uno ulteriore, affermando che in capo agli amministratori della Fiat sussiste l’elemento del dolo eventuale e motivando tale statuizione con il fatto che, avendo questi ultimi utilizzato i fondi neri con il precipuo scopo di pagare le tangenti, non solo hanno utilizzato in modo illegittimo e illegale i dividendi del gruppo nella sua totalità ma inoltre risulterebbero quali gli architetti dello strattagemma dell’occultazione di somme di denaro e, indirettamente, i reali fautori del reato di falso in bilancio.

Tutto ciò appare alquanto discutibile soprattutto alla luce di una semplicissima constatazione, ossia che, con tali affermazioni verrebbe meno e soprattutto messa in discussione quel rapporto di *fides* che sta alla base del concetto società e che guida i rapporti tra i vari organi della stessa.

¹³ FOGLIA MANZILLO, *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, in *Diritto penale dell'impresa*, 2013, 33.

¹⁴ FOGLIA MANZILLO, *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, cit., 33 s.

2. Dopo la riforma 2003

2.1 La sentenza Bipop-Carire

Le notevoli critiche sollevate dalla dottrina sulle decisioni delle Corti in ambito di responsabilità dei non esecutivi e sulla presenza dell'elemento del dolo in tali omissioni hanno portato ad una riorganizzazione omogenea delle responsabilità in capo agli amministratori e ai sindaci che ha comportato una successiva evoluzione della giurisprudenza sul tema, diventata molto più elastica e in alcuni casi molto più comprensiva nei confronti di chi aveva il dovere di controllare, riuscendo in alcuni casi anche a comprendere i reali ruoli svolti all'interno delle società.

La prima sentenza rilevante per la trattazione in oggetto successiva alla riforma fu quella che riguardò la banca Bipop-Carire.

La sentenza appena citata risulta essere innovativa poiché in capo agli amministratori non esecutivi e ai sindaci non vengono ascritti i reati contestati agli amministratori delegati, diversamente alle decisioni precedentemente prese dalle Corti.

La vicenda in oggetto parte da una volontaria omissione di contabilizzazione su patrimoni gestiti dalla banca, da cui sono derivati vari reati, tra cui false comunicazioni sociali e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza da parte della CONSOB.

Il G.U.P. presso il Tribunale di Brescia già in primo grado ascrisse la responsabilità penale di tali reati esclusivamente in capo agli amministratori delegati, esentando dalla stessa i non esecutivi.

«E' del tutto pacifico che solo l'amministratore delegato S. B. e pochi altri imputati avevano preso parte all'illecito o, comunque, erano al corrente dell'iniziativa e degli artifici contabili era stata occultata»¹⁵.

Non di differente opinione risultò essere la decisione del giudice di appello che confermò la decisione presa dal G.U.P., soprattutto negando che fosse possibile riscontrare l'elemento del dolo nelle omissioni degli amministratori non esecutivi e dei sindaci.

Nella motivazione dei giudici dell'appello venne ricostruito il concetto di conoscenza e conoscibilità di un evento.

La differenza sostanziale su cui la Corte pone l'attenzione, alla luce della riforma degli articoli 2392-2381 c.c., sta proprio nell'effettività della percezione dei "segnali d'allarme" con conseguente inerzia cosciente, argomentazione innovativa e contraria allo stesso tempo rispetto alla linea teorica precedente, che riteneva sussistere il dolo e dunque la responsabilità per il semplice fatto di far parte di un *board*, prescindendo dall'effettività di percezione di tali segnali da parte dei non esecutivi e dei sindaci.

«Il G.U.P. ha affermato che, per ascrivere, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., la responsabilità dell'illecito evento ad amministratori privi di delega ed ai sindaci, occorre il riscontro di una diretta conoscenza, nella sua portata illecita, dell'evento verificatosi a seguito della colpevole omissione»¹⁶.

Inoltre, viene reintrodotta dai giudici il concetto di fiducia proprio del sistema società, secondo il quale nel momento in cui è stata conferita un delega da alcuni ad altri all'interno del C.d.A. le decisioni prese dagli esecutivi godono di quella automatica approvazione derivante dalla delega stessa, chiaramente se non appaiono manifestamente illecite.

Sempre nella stessa decisione iniziò a intravedersi quel percorso evolutivo – che con la sentenza Thyssen giungerà alla sua completa affermazione – che vide la differenziazione dell'elemento del dolo eventuale da quello della colpa cosciente.

¹⁵ Trib. Brescia, sent. 31/05/2005, n.3129

¹⁶ Cass. pen. Sez. V, 04/05/2007, n.23838

Infatti, i giudici, nel comportamento dei non esecutivi, ravvisarono un atteggiamento colposo, derivante da una non ottemperanza dei compiti propri dell'ufficio ricoperto da questi ultimi.

«Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale, pertanto chi consapevolmente si sia sottratto nell'esercitare i poteri-doveri di controllo attribuiti dalla legge, accettando il rischio, presente nella sua rappresentazione, di eventi illeciti discendenti dalla sua inerzia, può rispondere di essi ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2.

Ma - pur in questa dilatazione consentita dalla forma eventuale del dolo - non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa»¹⁷.

2.2 Il caso Parmalat/Bonlat

A seguito di controlli intercorsi alla fine dell'anno 2003 da parte della CONSOB, venne scoperto che i bilanci della società Parmalat erano stati falsati dall'allora amministratore delegato Calisto Tanzi per coprire l'enorme debito che la società, a seguito degli ulteriori controlli, portava già dall'inizio degli anni '90.

I reati che vennero contestati *in primis* al C.E.O. e *in secundis* agli amministratori non esecutivi, ai sindaci, revisori contabili furono quelli di bancarotta fraudolenta e di aggio.

La Storia che ha portato la società in questione al *crac* parte da lontano, o meglio inizia negli anni '80 quando politica ed economia lavoravano insieme per garantirsi favori reciproci.

¹⁷ Cass. pen. Sez. V, 04/05/2007, n.23838

Ed infatti proprio questa comunione di intenti portò il Tanzi a utilizzare i fondi della società per comprarsi il controllo indiretto, attraverso le molte amicizie di quest'ultimo con esponenti dei principali partiti politici, di molti istituti di credito, con lo scopo di favorire eventuali delibere per finanziamenti che altrimenti non sarebbero mai stati erogati ad una società che si presentava già in perdita.

Al fine di coprire queste lacune economiche, il C.d.A. di Parmalat approvò la quotazione in borsa della stessa, che avvenne grazie proprio alle amicizie del Tanzi che finanziarono il debito della società: senza alcuna garanzia e con i bilanci gravemente compromessi difficilmente la società sarebbe stata ammessa in borsa.

Chiaramente la situazione economica anche dopo la quotazione non migliorò, per cui venne costruita una fitta rete di società "fantasma" tra Cayman, Caraibi e Delaware con lo scopo di rassicurare gli investitori, poiché i capitali di queste società avrebbero fatto da garanzia per le obbligazioni e i debiti sempre più consistenti.

L'apice fu toccato quando fu emesso un bond da 150 milioni di euro, fondi che la società avrebbe restituito in sei mesi.

Questo fu il campanello che portò la CONSOB a chiedersi se la salute della società fosse reale oppure un semplice fuoco di paglia.

Fattura dopo fattura e bilancio dopo bilancio, la CONSOB cominciò a ricostruire il disegno del Tanzi ed a riunire tutti i tasselli della vicenda.

Tutti i patrimoni delle controllate risultarono essere inesistenti e quindi tutte le garanzie dei prestiti ottenuti nulle.

E come le tessere del domino, così tutte le attività illecite del Tanzi vennero giù una ad una fintantoché non si giunse alla dichiarazione di fallimento della società Parmalat con un debito pari a 14 miliardi di euro.

In capo agli altri amministratori e ai sindaci venne ravvisata la responsabilità per i reati ascritti poiché questi riposero assoluta fiducia nelle risposte rese dall'amministratore operativo alle istanze informative avanzate ovvero nelle relazioni predisposte dall'organo delegato; ciò invero non può implicare anche una cieca rinuncia delle personali facoltà critiche o del corredo di competenza professionale, laddove l'accusa dimostri la presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi: i primi votavano in modo passivo le delibere che sostanzialmente altro non erano che plebisciti alle scelte del Tanzi, mentre i secondi altri non erano che impiegati di società di revisione, come Deloitte, dove il Tanzi dispiegava la propria influenza e beneficiava di Consigli di Amministrazione compiacenti.

A tal proposito, sono esemplificative le parole della Corte di Cassazione: «In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo, in presenza di segnali inequivocabili, comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito, mentre la mancata attivazione di detti soggetti, in presenza di tali circostanze, determina l'affermazione della penale responsabilità, avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno»¹⁸.

¹⁸ Cass. pen., Sez. V, 07/03/2014, n. 32352, in *Riv. pen.*, 2014, 10, 914 ss.

2.3 Sentenza Thyssen-Krupp

A distanza di pochi anni dalla sentenza Bipop-Carire, ecco che i giudici si trovarono a dover decidere su una nuova questione di notevole importanza e rilevanza mediatica in merito a un omicidio plurimo di diversi operai, deceduti negli stabilimenti delle acciaierie Thyssen-Krupp di Torino.

Nella notte del 5 dicembre negli Stabilimenti Thyssen di Torino, a causa di impianti per la laminazione dei metalli non a norma di legge, persero la vita sette operai a causa di un incendio divampato negli stabilimenti stessi.

Per l'accadimento di tali eventi furono imputati, per i reati di omicidio e per diversi altri in materia di sicurezza sul lavoro, tutti gli amministratori della società.

Nella lunga sentenza che i giudici della Corte si trovarono a redigere viene dato ampio spazio anche alle disamine di natura dottrinale circa la prevedibilità del fatto e sull'elemento soggettivo degli imputati.

Con riguardo all'evento *flash fire* (incendio causato da olio incandescente nebulizzato) i giudici ravvisarono la probabilità di avvenimento quasi vicina al 100% poiché già nel mese di settembre 2001 un'incidente simile era accaduto senza conseguenze gravi per i lavoratori.

I giudici dapprima si interrogarono su quale differenza possa intercorrere tra causalità commissiva e causalità omissiva.

In materia i giudici hanno ricordato che la linea di demarcazione tra l'una e l'altra non è così netta come potrebbe sembrare.

Infatti, scrivono: «Il tema ha trovato differenti soluzioni in dottrina; mentre la giurisprudenza parla sempre di causalità omissiva, anche se spesso fa ragionamenti di causalità commissiva.

Anche su questo punto le Sezioni Unite Franzese hanno fornito un utile suggerimento, segnalando che molti casi che vengono trattati in termini di causalità omissiva sono in realtà situazioni di causalità commissiva. Pare che la risposta, talvolta problematica, debba tenere conto dell'ottica giuridica di attribuzione di paternità del fatto e di ciò che assume significato in questo senso. Insomma, si tratta di cogliere se nella spiegazione dell'evento abbia avuto un ruolo significativo e preponderante la condotta commissiva o omissiva.

Allora, nel caso di errore diagnostico o terapeutico il fatto che l'agente si sia in qualche modo attivato è alquanto insignificante. Occorre quindi ragionare in termini di causalità omissiva. Invece nei casi di taglio dell'arteria, del trapianto o di esposizione incontrollata a sostanze dannose il comportamento attivo assume un significato preponderante nella spiegazione dell'evento.

Si tratta quindi di causalità commissiva»²⁰.

Una volta definito il concetto di causalità omissiva e commissiva, per i giudici risultò necessario definire l'annoso problema del dolo eventuale della colpa cosciente, concetti quasi sempre assai fumosi e mai veramente analizzati con l'attenzione e la specificità che meritano.

Sulla questione scrivono i giudici della Cassazione: «la disamina deve partire dalla generale considerazione del dolo che esprime la più intensa adesione interiore al fatto costituisce la forma fondamentale generale ed originaria di colpevolezza e rappresenta il criterio ordinario di imputazione soggettiva. Esso è conoscenza volontà in relazione agli elementi del fatto storico proprio del modello legale descritto dalla norma incriminatrice, ovvero rappresentazioni evoluzione del fatto di reato. La definizione che ne dà l'articolo 43 codice penale vale se non altro a rimarcare l'immancabile coinvolgimento della sfera intellettuale e volitiva dell'uomo si tratta di significativa evocazione che però non offre indicazioni univoche che valgano a definire i confini dell'imputazione soggettiva, ne aiuta a risolvere le questioni tradizionalmente controverse come quella in esame [dolo eventuale- colpa cosciente].

In dottrina è stata da più parti denunciata l'imprecisione e l'incompletezza della formula.

²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343, 125 ss.

Essa accentra la previsione evoluzione sul solo evento mentre i profili conoscitivi e volitivi del dolo coinvolgono senza dubbio tutti gli elementi del fatto storico congruenti con il modello di reato; ed accosta impropriamente i profili intellettivi e volitivi quasi che essi debbano essere contemporaneamente presenti e cogliere tutti gli elementi del fatto mentre la condivisa largamente prevalente opinione ritiene che nei confronti di numerosi elementi del fatto stesso e sufficiente la sola rappresentazione»²¹.

Prosegue poi la dottrina: «il criterio privilegiato dalla giurisprudenza è senza dubbio quello dell'accettazione del rischio secondo il quale perché possa essere integrato il coefficiente doloso non è sufficiente che il reo abbia semplicemente previsto l'evento lesivo ma occorre altresì che egli ne abbia accettato il rischio di verifica. Seguendo tali impostazioni e concettuale il criterio discretivo tra il dolo eventuale la colpa cosciente -che condividono il piano della rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile - deve essere rintracciato nel profilo volitivo: mentre nel dolo eventuale la realizzazione del fatto viene accettata psicologicamente dal soggetto agente nella colpa cosciente, per converso, il reo nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento ne esclude la possibilità di realizzazione nella ragionevole speranza di poterla evitare per abilità personale o per l'intervento di fattori esterni schermanti il pregiudizio»²⁷.

La Corte chiude il discorso sul discrimine tra colpa cosciente e dolo eventuale: «Se la previsione è elemento anche della colpa cosciente e sul piano della volizione che va ricercata la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. la colpevolezza per accettazione del rischio non consentito corrisponde alla colpevolezza propria del reato colposo, non alla più grave colpevolezza che caratterizza il reato doloso. L'argomentazione fondata sulla colpevolezza per accettazione del rischio non può spiegare, dunque, perché mai, se l'evento si verifica, esso si attribuito a titolo di dolo in un caso ed a titolo di colpa nell'altro: nel dolo eventuale vi deve essere quindi qualcosa in più dell'accettazione del rischio.

²¹ Cass. pen., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343, 146-147.

²⁷ PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, cit., 1785.

Si afferma così che dolo eventuale si ha quando il rischio viene accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale la gente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro. vi è la chiara prospettazione di un fine da raggiungere, di un interesse da soddisfare, e la percezione del nesso che può intercorrere tra il soddisfacimento di tale interesse ed il sacrificio di un bene diverso»²⁴.

La Cassazione, consapevole delle difficoltà probatorie che incontra la dimostrazione del dolo fornisce una serie di indici sintomatici del dolo eventuale; essi sono : 1) la condotta; 2) la lontananza dalla condotta standard; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore; 4) la durata e la ripetizione della condotta; 5) la condotta successiva al fatto; 6) «il fine della condotta, la sua motivazione di fondo; e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del “prezzo” connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»; 7) la probabilità di verifica dell'evento; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito; 10) l'iter che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso; 11) il controfattuale alla stregua della prima formula di Frank.

2.4 Sentenza Bonvino

Nel confermare il modello decisorio ormai concretizzatosi con le varie pronunce *post*-riforma, deve essere inserita anche la sentenza sulla bancarotta del Credito Commerciale Tirreno s.p.a., causa false operazioni attuate su obbligazioni derivanti da titoli inesistenti oppure falsificati.

²⁴ Cass. Sez. unite pen., 18/09/2014, n. 38343 157-158

L'insieme di queste operazioni fraudolentemente compiute dall'amministratore Bonvino ha portato la banca ad una impossibilità di restituzione delle somme dovute a chi aveva sottoscritto tali titoli, rendendola insolubile e quindi soggetta alle normali procedure concorsuali.

Ravvisando responsabilità in capo agli amministratori e sindaci della Banca, il liquidatore promosse un'azione di responsabilità nei confronti degli stessi, che si risolse nella condanna solamente nei confronti dell'amministratore delegato.

La Corte di Cassazione ritenne di confermare l'imputazione dei reati oggetto della causa al solo Bonvino per due motivi: il conflitto di interessi che intercorreva tra lo stesso e la Banca Tirreno, poiché quest'ultimo era amministratore di almeno altre sei finanziarie che avevano fatto i prestiti alla Banca per risanare, o meglio, coprire il debito crescente; dalle prove assunte in giudizio, gli amministratori non esecutivi e i sindaci erano all'oscuro dei fatti poiché le informazioni che gli giungevano erano state veicolate e modificate "ad arte" dal Bonvino stesso. Nell'evoluzione della questione Bonvino appare icastica la netta presa di posizione che prima la Corte territoriale e poi la Corte di Appello di Salerno hanno avuto nel definire la questione.

Infatti, la Corte in primo grado scrive, a proposito dei segnali di allarme, che «non c'erano sintomi certi, visibili e conoscibili dell'illiceità delle operazioni [...] transazioni apparentemente e formalmente corrette, oggettivamente utili o potenzialmente strutturate al fine di evitare una perdita»³¹. Allo stesso modo la Corte di Appello scrive «[...] non un'operazione avventata, poiché era fatta salva la successiva rivalsa che comunque il Credito Commerciale avrebbe azionato nei confronti della società Cofip»³².

Le due Corti hanno ritenuto non sussistenti i segnali di allarme di una ipotetica possibile bancarotta per il semplice motivo che le garanzie, seppur false, erano ben presenti e quindi tali da coprire una eventuale insolvenza futura, per cui i non esecutivi e i sindaci risultano essere esenti da responsabilità per omesso controllo.

³¹ Trib. Salerno, 31/01/2008, n 2379

³² Corte App. Salerno, 21/06/2010, n. 52

Giunta in Cassazione, i giudici riaffrontarono la questione in oggetto partendo dalla responsabilità dei non esecutivi e dei sindaci, per i quali il Procuratore chiedeva la presenza dell'elemento soggettivo del dolo eventuale nelle azioni compiute.

Sul punto scrivono: «Come detto, non è più esistente in capo all'amministratore non operativo uno specifico obbligo di vigilanza sugli atti compiuti dal delegato alla gestione, per quanto da intendere - sotto la vigenza delle norme ente riforma del 2003 - di carattere sintetico e non già analitico, vale a dire non esteso fino a contemplare un dovere di controllo su ogni singolo atto: agli amministratori deleganti non si richiede oggi di vigilare, bensì di "valutare" l'andamento della gestione della società in base alle informazioni ricevute, e sono proprio quelle informazioni - che ciascun amministratore può chiedere ai delegati di fornire in consiglio, sino a dover ritenere che egli debba attivarsi per ottenerle, qualora ricorrano dati sintomatici di potenziali fatti pregiudizievoli per la società - a costituire il parametro su cui fondare in capo al soggetto privo di delega l'obbligo di attivarsi per impedire quegli eventi dannosi, obbligo che può fondare in sede penale una responsabilità *ex art. 40, comma secondo, cod. pen.*»³³.

Con questa motivazione appare abbastanza chiaro come non possa sussistere in capo agli amministratori non-esecutivi e ai sindaci il concorso omissivo nei reati in oggetto poiché, come debitamente motivato dai giudici, l'amministratore delegato aveva presentato falsi titoli e false garanzie a cui difficilmente coloro che dovevano controllare avrebbero potuto porre rimedio o comunque sapere della falsità degli stessi.

Ragion per cui la Corte ha confermato le pene statuite dalle Corti di merito, ritenendo il Bonvino, amministratore delegato della Banca, l'unico colpevole del reato di bancarotta fraudolenta.

³³ Cass. pen., Sez. pen, 08/06/2012, n. 42519, 46.

2.5 La sentenza 14045 del 2016

A conclusione dell'*excursus* storico delle sentenze in cui l'oggetto della decisione riguardava la responsabilità degli amministratori esecutivi e non, sindaci e in alcuni casi anche revisori contabili, non rimane altro che citare l'ultima sentenza di questo lungo percorso che, in un certo qual modo, conferma l'orientamento oramai stabile e duraturo che la giurisprudenza ha assunto in materia di concorso omissivo e di accertamento del dolo eventuale.

La sentenza in questione è la n.14045/2016 della Corte di Cassazione dove viene ribadito, sostanzialmente, il concetto che non sussiste il concorso nel reato – nel caso oggetto di decisione è la bancarotta fraudolenta – per i sindaci e gli amministratori non esecutivi a condizione che, come chiaramente definisce la Corte, sussistano determinate condizioni.

Il caso in esame parte dall'accusa mossa dal liquidatore fallimentare della società, il quale richiese un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ma soprattutto dei sindaci per aver sottratto somme ingenti di denaro da un fondo di proprietà della società stessa, prossima al fallimento, a titolo di liquidazione della singola quota di ogni amministratore, onde evitare che tali somme venissero ricondotte nel passivo della procedura fallimentare.

Se in primo grado la questione era stata decisa optando per la non colpevolezza dei sindaci nella questione in oggetto, in secondo grado i giudici dell'appello ritennero invece che nelle azioni degli stessi fosse ravvisabile l'elemento del dolo eventuale, poiché era ben prevedibile che tali somme, che venivano prelevate dagli amministratori, fossero utilizzate dagli stessi per altri fini.

Chiaramente la questione essendo stata giudicata in due modi completamente opposti necessitava di una decisione unica e risolutiva. Giunta in Cassazione, l'analisi della questione da parte dei giudici si muove su due direttrici distinte, dove la prima definisce il se e come avrebbero potuto impedire l'evento

oggetto di reato e in secondo luogo che per configurarsi il concorso è necessario l'elemento soggettivo del dolo.

In merito alla prima questione la Corte chiarisce che l'azione di sottrazione delle somme di denaro dalle casse della società era già avvenuta prima ancora che i sindaci conoscessero dello stato di insolvenza e di prossimità al fallimento della società, mentre in ordine alla seconda questione è la stessa Corte a chiarire che si configura il concorso nel reato quando ricorrono tre presupposti: conoscenza concreta del fatto oggetto di reato; omissione o inerzia nello scongiurare l'evento anche in base ai poteri di cui dispone il soggetto; percezione diretta e sufficiente dei "segnali d'allarme".

Quindi la Corte pone l'accento, inoltre, sulla questione dell'effettività della percezione dei segnali d'allarme, ritenendoli non sufficienti di per sé, qualora non ci si sia attivati per approfondire la sussistenza o meno di un pericolo, ad ascrivere in capo agli amministratori non esecutivi e ai sindaci l'elemento del dolo.

Come specifica la dottrina, «anche ad ammettere che l'imputato avesse fiutato il tanfo delle "rogne societarie" - avesse cioè percepito effettivamente le anomalie riprodotte nella rappresentazione contabile del ciclo economico della fallita - si è ancora lontani dal poter sventolare la bandiera scacchi del dolo.

E fanno bene giudici di legittimità a rammentare che la componente rappresentativa del dolo nei reati omissivi reclama la prova che l'agente abbia avuto contezza della situazione di pericolo per il bene protetto, che integra il presupposto del suo obbligo di attivarsi, nonché della possibilità di agire per impedire la commissione del reato.

Esaurito positivamente il test sulla polarità percettiva, la dimostrazione del dolo attende la prova più difficile, quella del coefficiente volontaristico: guai a ritenerne l'esistenza [...] "per attrazione" nell'area della rappresentazione, condensandolo nella mancata decisione di compiere l'azione doverosa, ancorché il soggetto avesse consapevolezza della situazione tipica.

Sapere non significa ancora volere, e la conoscenza non può essere sospinta fino al punto da surrogare il processo deliberativo di chi, accettando l'evento lesivo, lo fa proprio»³⁴.

A conclusione di questa disamina sui diversi eventi oggetto di sentenze, risulta chiaro come la riforma del 2003 abbia segnato in alcuni casi un *limen* definitivo tra la vecchia giurisprudenza e la nuova, volta ad alleggerire il carico di responsabilità in capo agli amministratori non esecutivi e ai sindaci.

In commento a tale sentenza³⁵ scrive Caputo: «diverrà pertanto fondamentale comprendere quali sono le cause che hanno motivato la diserzione del “figurante”, prima di decidere se muovergli un rimprovero a titolo di dolo ovvero a titolo di colpa (per quanto quest'ultimo risulti penalmente rilevante con riferimento alla bancarotta fraudolenta).

Nel caso di specie le ragioni dell'assenza, secondo la Corte d'appello di Milano, sono riconducibili ai lauti compensi elargiti a tizio.

Codeste remunerazioni spiegherebbero l'esistenza di un *pactum sceleris*, che contempla la possibilità per l'ente di fregiarsi nelle relazioni esterne del nome di uno stimato professionista, il quale, per contro, si sarebbe impegnato a non sapere, disinteressandosi dal prendere cognizione delle dinamiche aziendali.

Un'indifferenza pagata a caro prezzo: tanto che l'amministratore sospettasse l'esistenza di criticità gestionali, quanto che avesse guadagnato una certezza a riguardo, per il giudice dell'appello versa in dolo, e non potrebbe invocare a propria scusa la mancata partecipazione alle riunioni quale presupposto indispensabile per attingere notizie significative che facciano scattare il *devoir d'alerte*: l'assenza, che si assume concertata con gli altri amministratori, viene accollata a tizio per fondare un'inerzia nei controlli che avrebbe agevolato la commissione del reato»³⁵.

³⁴ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, 10, 2250 ss.

³⁵ Cass. pen., Sez. V, 22/03/2016, n. 14045

³⁵ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2250 ss.

2.6 La sentenza 14783 del 2018

La vicenda oggetto della sentenza inizia nel 2008 quando la società Servizi on Site S.p.a. viene dichiarata fallita causa una bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione architettata dall'amministratore delegato e altri tre componenti di "fiducia" dello stesso.

In primo grado, il Tribunale emette sentenza di condanna ascrivendo indistintamente ai tre imputati le condotte distrattive, in ragione della posizione ricoperta all'interno del C.d.A.

La Corte di appello conferma la condanna, aderendo all'impianto motivazionale del giudice di prime cure.

Inoltre, nelle motivazioni delle Corti di merito si afferma che gli amministratori non esecutivi avrebbero dovuto presagire l'imminente dissesto dall'aumento esponenziale che la società aveva avuto nell'ultimo anno.

Infatti, i giudici proseguono definendo che i segnali d'allarme erano ben presenti nella fattispecie in oggetto, solamente che gli amministratori non esecutivi, con debite prove, erano talmente inseriti nelle azioni delittuose dell'amministratore delegato in modo tale da non volerli percepire.

A detta della Cassazione, invece, «la responsabilità in questione per fatti distrattivi non può essere affermata (come invece fa la sentenza impugnata) solo perché gli stessi amministratori abbiano in tesi concorso nella commissione di altri fatti illeciti (nella specie costituiti dalle operazioni dolose di cui al precedente punto 1.)»³⁶.

Invero la Corte di legittimità annulla con rinvio la sentenza di appello disponendo un nuovo esame sul perimetro della posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi, disponendo che giudice del rinvio deve chiarire il rapporto fra fatti determinanti distrazione delle somme di denaro contestate e i ruoli degli imputati nel C.d.A.; ricostruire in termini univoci la posizione di costoro e le

³⁶ Cass. pen., Sez. I, 9/03/2018, n. 14783

relative attribuzioni (necessarie per individuare eventuali posizioni di garanzia) e, comunque, la natura e la portata dell'operatività a ciascuno riconosciuta; ricostruire il rapporto fra fatti distrattivi ed attribuzioni esercitate dal C.d.A. e dai suoi componenti.

Inoltre, secondo gli Ermellini, «ai fini della configurabilità del concorso dell'amministratore privo di delega per omesso impedimento dell'evento, è necessario che [...] emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di “segnali di allarme” inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio - secondo i criteri propri del dolo eventuale - del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà - in guisa di dolo indiretto - di non attivarsi per scongiurare detto evento».

Tale sentenza, tuttavia, sulla scia di quanto affermato nella pronuncia sul caso Parmalat, equipara poi in punto di elemento soggettivo la conoscenza effettiva e la concreta conoscibilità del fatto illecito, potenzialmente ingenerando una confusione indebita tra i piani del dolo eventuale e della colpa.

Ciò a testimonianza del fatto che, nonostante l'apprezzabile svolta della sentenza Bipop-Carire, la giurisprudenza successiva ha in parte smentito gli esiti garantisti della nota pronuncia del 2007; invero, pur affermando che la responsabilità degli amministratori o dei sindaci presuppone la rappresentazione dell'illecito *in itinere*, la Cassazione ha sovente finito per ritenere sufficiente la mera sussistenza di segnali d'allarme, seppur perspicui e peculiari, a prescindere dalla concreta percezione degli stessi.

3 La teoria dei segnali di allarme

Nel tema oggetto del presente elaborato la giurisprudenza, per accertare se sussista o meno responsabilità in capo agli amministratori non esecutivi e sindaci per i reati commessi da altri soggetti, la giurisprudenza ha fatto ricorso al «*topos* dei “segnali d’allarme”»³⁷ quale strumento atto alla dimostrazione di una responsabilità derivante da un non aver adempiuto debitamente ai loro uffici di “controllori”.

Questa tipologia di argomentazione fu utilizzata in modo quasi semplicistico dai giudici di merito per la prima volta nella sentenza del Banco Ambrosiano, divenendo poi un elemento fondante nelle motivazioni successive con la sua completa affermazione nella sentenza Bipop-Carire.

In tale ultima sentenza si afferma che «Occorre per l’accusa la dimostrazione della presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all’evento illecito, nonché l’accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l’amministratore non operativo».³⁸

La Corte, nell’aver analizzato a fondo il tema dei segnali, ne ha definito ulteriormente la natura.

In una prima categoria rientrano i segnali «perspicui e peculiari», quelli che i giudici di merito ritengono essere talmente chiari ed evidenti la cui percezione risulta essere pressoché inevitabile e che vengono utilizzati come fonte di prova primaria al fine della dimostrazione del dolo.

In una seconda categoria, invece, rientrano quei segnali la cui percezione risulta non essere così chiara ed evidente da divenire prova solamente sul piano della colpa.

L’introduzione di questa “nuova” modalità nel desumere la prova del dolo, come più volte la dottrina ha ribadito, si è resa necessaria per il fatto che, per desumere la presenza o meno dell’elemento soggettivo dell’intenzionalità, deve

³⁷ PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati di impresa*, cit., 1785.

³⁸ Cass. pen., Sez. V, 04/05/2007, n. 23838, cit.

sussistere almeno un elemento di concretezza e non una «silhouette incolore»³⁹, riconducendo nell'esame probatorio quel rapporto tra conoscenza e conoscibilità del fatto, imprescindibile elemento nella definizione di colpevolezza in tutte le sentenze post-riforma.

In alcune successive decisioni, tale modello di incriminazione basato su tali segnali, viene non solo ribadito ma anche perfezionato, rendendolo più aderente alla realtà delle società e al loro concreto funzionamento.

Infatti scrive la Suprema Corte «soltanto in presenza della prova della conoscenza del fatto illecito [...] in presenza di segnali inequivocabili è possibile intravedere l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito; la mancata attivazione di tali soggetti in presenza di tali circostanze comporta l'affermazione della penale responsabilità, avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno»⁴⁰.

Aggiunge la Corte, ribadito anche dalla Corte d'Assise nella sentenza Thyssen-Krupp, che, al fine di dimostrare il dolo e quindi la volontà nel compiere tale omissione, oltre che deve esserci «la presenza di segnali inequivocabili»⁴¹ e «la ragionevole speranza di poter evitare l'evento»⁴².

Ora, sebbene a livello giurisprudenziale il tema dei segnali d'allarme è stato più volte utilizzato e adeguato alle situazioni e agli eventi di volta in volta presentatesi, la dottrina, invece, si è spinta oltre, nel senso che, è andata ad analizzare più nello specifico e i singoli elementi che contraddistinguono tale teoria e in cosa si sostanziano effettivamente.

Degne di nota appaiono tutt'ora le parole di Crespi per il quale «il segnale d'allarme altro non è che l'indicazione di un pericolo, che, se recepito, altro non può significare se non un sospetto che vi sia qualcosa da conoscere. Ciò non significa ancora che vi sia una concreta possibilità di conoscenza né tantomeno un'effettiva conoscenza»⁴³; e ancora, riprendendo il Pedrazzi, «i segnali d'allarme assumono

³⁹ PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, cit., 1265.

⁴⁰ Cass. pen, Sez V, 16/04/2009, n. 36595, cit

⁴¹ Cass. pen, Sez V, 16/04/2009, n. 36595, cit

⁴² Cass. pen, Sez V, 16/04/2009, n. 36595, cit

⁴³ CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1155.

valore indiziante solo in quanto effettivamente e adeguatamente percepiti, e intesi nella loro attitudine evocativa: comode ma fuorvianti, inutile dire, le valorizzazioni *ex post* e l'allarme, per essere apprezzato come tale, dovrà profilarsi in termini abbastanza univoci da indirizzare la reazione impeditiva. L'allarme ambiguo genererà nel garante soltanto un onere di approfondimento, di indagine interpellò, la cui inosservanza recherebbe le stigmate della negligenza e quindi della colpa in ordine all'evento che ne consegua»⁴⁴.

Secondo la dottrina appare evidente come i giudici siano stati più volte eccessivamente rigidi nel definire la responsabilità in capo ai *gatekeepers* poiché il segnale di per sé non deve essere inteso come elemento fondante della conoscenza che si sta perpetrando un illecito, ma deve essere inteso come un *quid pluris* tale da spingere chi ne ha l'onere ad una analisi più approfondita.

Nelle strutture societarie medio-grandi è buona norma che venga creato un assetto organizzativo interno tra non esecutivi e sindaci, in modo tale che sia per questi ultimi possibile percepire e quindi verificare la sussistenza o meno di tali segnali.

Infatti, più volte la dottrina ha posto l'attenzione sulla complessità che si cela nella percezione dei *red flags*, affermando che, al fine di avere un'efficace analisi dei segnali, c'è bisogno di tre elementi specifici.

Tali elementi la dottrina li ha definiti in: un proprio giudizio derivato da coloro che hanno l'onere di recepire tali criticità; l'identificazione di un grado di pericolo delineato in basso-medio-alto, a cui segue una personale analisi per convalidare o meno le criticità; successivi approfondimenti inerenti alla questione oggetto di allarme.

Naturalmente, «senza flussi non ci saranno mai allarmi perché non sono stati costruiti i binari lungo i quali far scorrere i relativi segnali»⁴⁵.

Infatti, la dottrina ha ritenuto che in seno alla società debbano sussistere tre tipologie di doveri informativi: transitivi, riflessivi e di coordinamento.⁴⁶

⁴⁴ PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, cit., 1265.

⁴⁵ CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, 905.

⁴⁶ ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, cit., 7 ss.

Con riguardo ai primi viene inteso quel flusso informativo che deve discendere dal C.E.O. al C.d.A.; i secondi, invece, derivano dalle richieste che gli amministratori non-esecutivi possono chiedere all'amministratore delegato durante il consiglio al fine di poter avere informazioni sulla gestione e quindi assolvere al proprio ufficio di agire informati; gli ultimi, infine, riguardano il coordinamento che deve sussistere tra le varie componenti del C.d.A. e più precisamente tra C.E.O., non esecutivi e presidente del C.d.A. (qualora tale figura non coincidesse con l'amministratore delegato).

Il tema dei segnali d'allarme diviene il limite definitivo dell'elemento soggettivo degli amministratori non esecutivi, poiché il non aver valutato tali segnali come qualcosa da dover approfondire fa rientrare il soggetto nell'ambito della colpa e invece l'aver valutato in modo positivo tali segnali e quindi essere venuti a conoscenza dell'illecito *in fieri* comporta che il soggetto rientri nel dolo.

A tale concetto, però, la Corte è pervenuta solo in un secondo momento, o meglio, solo con la sentenza Bipop-Carire. Tale tema era venuto in evidenza per la prima volta nel caso del crac del Banco Ambrosiano, seppur in stato embrionale; senonché si presentava però un problema, a livello di imputabilità del fatto, non di poco conto, per il semplice fatto che in tale pronuncia i giudici di merito avevano posto sullo stesso piano conoscibilità e conoscenza del fatto giudicando il dolo e la colpa nello stesso modo.

Sebbene sulla questione la sentenza Bipop-Carire è stata ritenuta dalla maggior parte della dottrina come una decisione rivoluzionaria per il metodo di analisi e le argomentazioni utilizzate dai giudici *post-riforma* 2003, le pronunce successive hanno, però, disatteso le aspettative di una giurisprudenza maggiormente calata nelle dinamiche societarie e meno giustizialista nei confronti di chi ha sì l'onere del controllo, ma che molto spesso rimane inerte causa indebite interferenze da parte degli amministratori esecutivi e quindi dotati di maggiore rilevanza sia all'interno che all'esterno della società stessa.

Infatti, la prova di questa ambivalenza nel decidere sul tema può ritrovarsi in tre sentenze una successiva all'altra, ossia la n. 41136/2010, la n. 42519/2012 ed infine la sentenza Parmalat.

Al di là dei singoli reati contestati nei suddetti procedimenti, il tema comune a questi procedimenti, oltre che accertare la sussistenza o meno degli specifici reati in capo agli indagati, risulta essere quello della sussistenza o meno in capo ai *gatekeepers* di responsabilità a titolo di dolo o colpa.

Nella prima delle su citate sentenze, il giudice di merito, nel motivare la decisione, chiarisce in modo inequivocabile che sussiste una responsabilità a titolo di dolo di posizione in capo ai *gatekeepers* nel momento in cui questi abbiano avuto la percezione o, quantomeno, il mero sentore di un qualcosa talmente chiaro ed evidente che, sulla base delle esperienze di massima comune, non potevano non verificarne l'attendibilità.

Appare evidente però che tale decisione risulti abbastanza illogica, estranea alle evoluzioni giurisprudenziali dell'ultimo decennio e noncurante della dottrina che più volte ha posto l'attenzione e sulla disparità di trattamento che sussiste in capo ai colletti bianchi e sulle modalità dell'accertamento della responsabilità nelle aule giudiziarie.

Contrariamente a quanto statuito da quest'ultima, la sentenza n. 42519/2012, invece, ritorna a seguire quel filone inaugurato e mai del tutto fatto proprio dalla giurisprudenza italiana, dove i segnali d'allarme tornano ad essere quell'elemento che permette di definire solo il momento della rappresentazione del fatto non anche la volizione di quel fatto, ritornando infine a quella netta separazione che intercorre tra conoscenza e conoscibilità dell'evento illecito.

In merito scrivono i giudici: «L'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40 c.p., comma 2, per condotte connotate da volontarietà e la configurazione della posizione di garanzia che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali. Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo - discendente da obbligo giuridico - l'omissione consapevole nell'impedirlo. Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridico di cui si discute. Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impeditiva non risulti connotata da consapevolezza).

Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale, pertanto chi consapevolmente si sia sottratto nell'esercitare i poteri-doveri di controllo attribuiti dalla legge, accettando il rischio, presente nella sua rappresentazione, di eventi illeciti discendenti dalla sua inerzia, può rispondere di essi ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2. Ma - pur in questa dilatazione consentita dalla forma eventuale del dolo - non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa (..). La penale responsabilità, invero, prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento [...]»⁴⁷.

Infatti, la Corte chiarisce che i *red flags* debbano essere analizzati attraverso una duplice modalità, dove per la prima si intende una percezione avuta dalla persona sia a livello oggettivo che soggettivo – inteso che tali segnali fossero abbastanza chiari e evidenti da far sorgere almeno un dubbio effettivo e reale nella mente del soggetto e che la percezione sia avvenuta in modo diretto senza ulteriori veicolazioni da parte di altri –, mentre, per la seconda, dovrà essere accertato se una volta svolte le analisi del caso, il soggetto, pur cosciente dell'illecito che era maturato o che si stava maturando in seno alla società, sia rimasto inerte accettandone indirettamente la realizzazione.

Infatti, prosegue la Corte che tre sono i presupposti per accertare la violazione: «valutare la fiducia riposta negli esecutivi, per distinguere due aspetti profondamente differenti: il deliberato disinteresse del delegante davanti a un'oggettiva messa in pericolo dell'interesse societario e la diversa situazione di dubbio in cui si potrebbe versare a seguito di segnali di allarme, risolta (colposamente) dall'affidamento (erroneamente) riposto negli amministratori delegati e nel loro operato; verificare l'idoneità a recare un eventuale pregiudizio nei confronti del non esecutivo della condotta criminosa eseguita dall'operativo; infine, considerare le condotte fraudolente eventualmente poste in essere dagli

⁴⁷ Cass. pen., Sez. V, 8/06/2012, n 42519

esecutivi al fine di schermare segnali d'allarme, informazioni o fatti anche solo potenzialmente indicativi di un reato»⁴⁸.

Sembrando pacifico oramai la linea decisoria intrapresa dalle Corti in materia, di tutt'altro avviso sono stati i giudici nel caso Parmalat attuando un vero e proprio passo indietro sulla garanzia in capo agli amministratori non esecutivi e ai sindaci sulle modalità di accertamento dell'elemento volitivo.

Infatti, i giudici, nelle lunghe pagine della motivazione, scrivono che rispetto ai segnali "perspicui e peculiari" sia necessario rinvenire in questi una ulteriore caratterizzazione che permetta di comprendere che si sta consumando un reato all'interno delle stanze del potere e che tali segnali risultano essere forieri di indizi gravi, precisi e concordanti la cui inerzia significherebbe accettazione tacita.

Inoltre, appare evidente alla Corte come i segnali d'allarme debbano essere divisi in due categorie ben distinte, ossia quelli che fanno sorgere il dubbio che qualcosa di illecito potrebbe essere in stato embrionale e quelli che invece indicano in modo specifico e palese l'effettiva realtà e sussistenza dell'illecito.

Seppur tale ulteriore definizione dei segnali potrebbe anche risultare corretta da un punto di vista di definizione della colpa, appare del tutto irrealistica la modalità con la quale i giudici, al fine di definire sussistente una posizione di garanzia, debbano fornire una «convincente e legittima giustificazione»⁴⁹.

Invero, «ai fini della responsabilità penale dell'amministratore privo di delega per fatti di bancarotta fraudolenta, non basta contare sull'oggettiva presenza di informazioni da cui ricavare un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio della verifica di detto evento, ma occorre dimostrare che il soggetto ne sia concretamente venuta a conoscenza e abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo.

Qualora non sussista la prova che l'amministratore abbia acquisito diretta conoscenza delle condotte penalmente rilevanti, l'accertamento della percezione da parte del medesimo dei sintomi dell' illecito, desumibile anche dal grado di normalità e inequivocabilità di questi ultimi, passa attraverso una valutazione che

⁴⁸ INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit., 173 ss.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. V, 22/07/2014, n. 32352.

deve avere a oggetto la situazione concreta e che deve dunque essere parametrata alle specifiche peculiarità della singola vicenda, alle condizioni soggettive dell'agente e al ruolo effettivamente svolto dal medesimo in seno all'organo collegiale e, quindi, al significato che per lo stesso assumono nella situazione data i segnali d'allarme astrattamente rilevabili»⁵⁰.

Tale ultima riflessione venne riportata dalla dottrina poco dopo l'emissione della sentenza n. 14045/2016, in cui peraltro venne definito come si fosse reso necessario da parte delle Corti un radicale cambio di passo in materia di accertamento della responsabilità, poiché oramai appariva chiaro a tutti come il vecchio dogma «non poteva non sapere = volontà di offesa»⁵¹ fosse oramai necessario da doversi superare.

In definitiva, nella dottrina italiana, troviamo diversi riferimenti sui segnali d'allarme e soprattutto diverse definizioni degli stessi, tra le quali appare più rilevante, al fine della trattazione, quella che, a livello penalistico, intende il segnale d'allarme come «un dato esteriore dotato di una peculiare caratteristica: deve esercitare una speciale forza di richiamo che ammonisce circa la presenza di un pericolo.

Si tratta di situazioni, condizioni, accadimenti la cui manifestazione rende maggiormente probabile la verifica di un danno a un bene giuridico.

Percepibile mediante i sensi, il segnale funge da presupposto per la formulazione di un giudizio predittivo, perché veicola una serie di informazioni suscettibili di attivare l'area della riconoscibilità di un fatto lesivo».⁵²

La natura di tali “segnali d'allarme”, però, non si esplica immediatamente in un dovere di azione, ma presuppone che ci sia stata una interiorizzazione degli stessi da parte di coloro che hanno l'onere di controllare.

Infatti, non si può parlare nell'immediato di “allarme”, poiché il vero “avvertimento” si ha un momento successivo: sarà colui che ha recepito tale segnale

⁵⁰ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2250 ss..

⁵¹ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2251.

⁵² CAPUTO, *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

a definirlo di allarme oppure no a seguito di una analisi basata sulle proprie conoscenze e sul ruolo ricoperto.

Infatti, assume sempre più chiarezza che tale teoria sia stata «elaborata per fornire un supporto all'accertamento della polarità rappresentativa del dolo, soprattutto con riferimento al caso del prestanome in ordine a reati commessi dall'amministratore di fatto, nelle mani (di parte) della giurisprudenza ha finito per scompaginare l'oggetto del dolo, sostituendo alla previsione del fatto di reato/offesa al bene giuridico la percezione... del suono di un campanello»⁵³.

Appare oramai evidente, sia dalle analisi svolte dalla dottrina che dalle varie esperienze giurisprudenziali sul tema, come non vi sia una pacifica univocità nelle decisioni perché non è possibile riscontrare una univocità di comportamento applicabile in tutte le situazioni che vedono presentarsi un segnale d'allarme.

Se si facesse un rapido *excursus* giurisprudenziale apparirebbe chiaro come i giudici abbiano individuato almeno cinque modalità comportamentali che avrebbero dovuto avere i *gatekeepers* di fronte ai *red flags*.

Queste diverse situazioni vengono a crearsi per l'unione di diversi fattori che combinano elementi estrapolati in parte dai singoli soggetti che hanno l'onere di controllare e in parte dalle criticità che la società in quel momento sta attraversando.

A prima vista tale analisi potrebbe sembrare criptica, ma esemplificandola appare assai chiara.

In una ipotetica situazione di insorgenza di un campanello d'allarme si potrebbero prospettare cinque situazioni: il segnale esiste ma viene recepito da un *gatekeeper* sprovvisto di prudenza, perizia e superficiale, che lo ritiene essere non foriero di possibili eventi negativi e quindi non solo non approfondisce ma non si prefigura nessun possibile evento negativo; il segnale esiste e viene recepito da un *gatekeeper* che però decide di non fare nulla; il segnale esiste, il *gatekeeper* lo recepisce, fa le analisi del caso ma decide che non si deve fare nulla poiché ha ottenuto debite motivazioni sulla questione dal delegato; il segnale esiste, viene

⁵³ CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905. Cfr. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso nuovi equilibri giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 984.

recepito dal *gatekeeper*, è foriero di elementi negativi che danno la quasi assoluta certezza che sia in atto un reato, ma nessuna contromisura è attuata al fine di impedirne almeno la continuazione; il segnale esiste, ma il non esecutivo decide di evitare qualsiasi collegamento a tale elemento, non fa nulla per evitarlo, rimanendo in un limbo di fare-non fare e aspettare l'evoluzione degli eventi, avendo una conoscenza di massima su quello che potrebbe accadere.

Già da questa divisione delle possibilità che potrebbero configurarsi in una società appare evidente come si debba parlare di una diversificazione del “segnale d'allarme” in un «segnale-sospetto e in un segnale-allarme»⁵⁴.

Precisamente, «il sospetto, che attiva il potere di richiedere ulteriori informazioni, dipende dalla presenza di elementi suggestivi, suscettibili di far cadere il legittimo affidamento che gli amministratori non esecutivi ripongano nell'agire dei loro colleghi operativi»⁵⁵.

Si configura, invece, l'allarme quando «sussistono e sono conosciuti (e non che [...] avrebbero potuto essere conosciuti, prestando la normale diligenza) elementi e/o accadimenti di per sé univocamente indicativi dell'evento illecito»⁵⁶ e vi sia «contestuale rappresentazione di una concreta possibilità di intervento efficace; quanto meno intravista nelle grandi linee, con l'indispensabile corredo di specifiche modalità attuative, avvertite come praticabili, che delineino almeno un abbozzo iniziale del *quid agendum*»⁵⁷.

Ora, delle ipotesi sopra descritte, queste comporteranno l'affermarsi dell'elemento del dolo o della colpa, ma andiamo con ordine alla disamina di ciascuna fattispecie prefigurabile.

Nei primi tre casi, appare abbastanza chiaro sia alla dottrina quanto alla giurisprudenza come sia configurabile in tali soggetti l'elemento della colpa e nulla più.

Il quarto caso risulta essere quello più “*borderline*” tra gli elementi del dolo e della colpa poiché, come da esempio assurge il caso Thyssen-Krupp, il controllore

⁵⁴ CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., 225

⁵⁵ Cfr. BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, 215 ss.

⁵⁶ CAPUTO, *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

⁵⁷ PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, cit., 1265.

ha recepito il segnale e, dopo un'attenta analisi lo ha ritenuto d'allarme, ma non ha fatto nulla pur di evitarlo.

Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente risulta essere alquanto labile, poiché l'elemento discriminante il configurarsi dell'uno o dell'altro risiede non tanto nella consapevole omissione ma soprattutto nell'esistenza o meno di una cieca volontà degli eventi.

L'ultimo dei casi integra, invece, l'elemento del dolo, sebbene talvolta non appaia agli occhi del giudice sempre sussistente in capo ai *gatekeepers*, poiché nella volontà dell'amministratore non-esecutivo si ravvisa una chiara consapevolezza di quello che sta accadendo, dei singoli eventi illeciti che si stanno ponendo in essere e infine quello che accadrà con assoluta certezza da lì a poco, ravvisando indirettamente e contemporaneamente una volontà nel non fare nulla e la colpa di non aver evitato la commissione di tali eventi.

Per questi motivi risulta difficile e molto spesso lasciato al libero apprezzamento dell'organo giudiziale in quale categoria di elemento soggettivo debbano rientrare tali comportamenti, risultando essere qualificati come dolo, molto spesso, oppure colpa.

«L'assenza di reazione da parte del delegante, che abbia colto, elaborato ed espresso un giudizio di pericolo sul segnale, "bussa" alle porte del dolo»⁵⁸.

Al netto delle varie sentenze che hanno analizzato se e quali segnali avessero ravvisato i *gatekeepers* è la stessa dottrina a farne un riassunto abbastanza chiaro di quali siano i segnali qualificabili come d'allarme e quali quelli ambigui.

Troviamo «tra quelli qualificabili come d'allarme: macroscopiche violazioni dei principi contabili emergenti dei bilanci; relazioni, comunicazioni inviti della Banca d'Italia o di altre *authorities* di settore che sollecitino a fare chiarezza sulle esposizioni debitorie o che caldegghino un'attività di serrata vigilanza a causa di esposizioni debitorie molto forti; l'omessa approvazione dei bilanci per più annualità; l'approvazione del bilancio con talune voci false; la notevole gravità dei danni patrimoniali conseguenti ai reati materialmente commessi dagli amministratori esecutivi; i rapporti e i rilievi dell'organismo di

⁵⁸ CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

vigilanza, dell'*internal audit*, del collegio sindacale, delle società di revisioni e di altri organi di controllo; un comportamento dei creditori anomalo; uno scoperto bancario particolarmente consistente; etc.

Tra quelli qualificabili come ambigui: l'eco pubblica della vicenda; le difficoltà economiche del gruppo; l'andamento anomalo di alcuni titoli sul mercato; le dimissioni di un consigliere o di un sindaco; i mancati rilievi alle informazioni trasmesse dagli amministratori esecutivi; l'affidamento acritico alle comunicazioni di questi ultimi; la partecipazione il voto favorevole alla delibera consiliare che autorizza l'operazione economica pregiudizievole; l'abituale approvazione di ogni iniziativa della dirigenza; la stretta amicizia con l'autore degli illeciti, etc.»⁵⁹.

Se quelli appena descritti risultano essere i più tipici, perlomeno nei casi analizzati dalla giurisprudenza, rimane pur vero che tali strumenti risultano essere mezzi di notevole importanza ma non del tutto decisivi al fine della dimostrazione del l'elemento del dolo in capo al soggetto, poiché, per procedere a detto accertamento, sarà sempre richiesta in giudizio la piena prova dell'omissione o commissione dell'evento penalmente rilevante.

Tale ultima circostanza appare nettamente evidente nel caso Thyssen-Krupp dove, al netto della critica dottrinale, il ruolo dei colletti bianchi nei processi viene equiparato ai privilegi del clero di medievale memoria, permettendo ai primi delle concessioni che ad altri non sarebbero possibili⁶⁰.

Infatti, è proprio durante lo svolgimento di tale processo che la teoria dei “segnali d'allarme” ormai applicata in modo unanime dalla giurisprudenza ma dagli esiti incerti, o perlomeno difformi da caso a caso, si scontra con la “Formula di Frank”, giungendo al risultato di estromissione dei primi dalle modalità di dimostrazione del dolo eventuale nelle azioni o, nel caso in oggetto, dalle omissioni degli amministratori.

Prima di analizzare la questione del perché la teoria dei segnali d'allarme, nel caso specifico, abbia lasciato il passo all'applicazione delle formule di Frank, è bene chiarire che cosa tale formule esprimono.

⁵⁹ CAPUTO, *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

⁶⁰ Su tale teoria cfr. D'ALESSANDRO, *Le problematiche frontiere del dolo eventuale: spunti di riflessione alla luce del caso Thyssen*, in *Quest. giust.*, 2013, 11 ss.

La prima di queste definisce che: «La previsione di un evento in termini di possibilità integra, pertanto, il concetto di dolo solo quando la previsione di tale evento in termini di certezza non avrebbe trattenuto l'agente, né avrebbe assunto il significato di un contro-motivo decisivo. Qualora sia possibile stabilire in anticipo con certezza che cosa accadrà nel futuro, il dolo sussiste quando si sarebbe agito nonostante questa consapevolezza dell'evento.

Quando questa consapevolezza avrebbe distolto dall'azione, il dolo invece non sussiste»⁶¹.

La seconda invece chiarisce che: «nonostante sia presente o meno quella circostanza, avvenga questo o quell'altro, io agisco».⁶²

La Suprema Corte, infatti, nel delineare la scelta fatta sulla sussistenza o meno del dolo negli eventi che hanno portato alla morte degli operai a causa di inottemperanza alle normative in materia di sicurezza sul lavoro, ha deciso di estromettere completamente i “segnali d'allarme” dai mezzi di prova atti a identificare del dolo in quelle omissioni, facendo invece leva sulle formule di Frank riassunte nell'espressione «Se io avessi previsto tutto questo...», giustificando in pieno le scelte agli amministratori non esecutivi.

Alquanto discutibile secondo una parte della dottrina appare tale scelta per diversi motivi, *in primis* perché non è giustificabile la consapevolezza, che tutti nel *board* avevano, delle carenze strutturali dei luoghi di lavoro, *in secundis* per via delle giustificazioni presentate nel procedimento, adducendo gli stessi l'impossibilità di raffigurarsi il peggior scenario possibile, quando negli ultimi tre anni vi erano stati almeno una decina di incendi in quegli impianti. In ultimo pare irrealistica la motivazione delle Sezioni Unite, che hanno giustificato i *gatekeepers* poiché, a loro dire, se avessero saputo avrebbero agito differentemente.

In questo caso c'è la reale possibilità che il fatto accadesse, c'è volizione nel non fare nulla e aspettare il corso degli eventi, ma non c'è dolo: «la sentenza Thyssen Krupp sembra avvalorare un diritto penale del tipo d'autore votato a premiare i colletti bianchi attraverso il sigillo dell'assenza di dolo. Si passa dal “non

⁶¹ FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 211.

⁶² FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, cit., 211.

poteva non sapere” al “se avesse saputo, avrebbe agito”, con incertezze probatorie sul punto pronta a essere fagocitate dalle spire della regola B.a.r.d.»⁶³.

La dottrina più volte ha espresso un deciso disappunto sulla scelta adottata dalla Cassazione dopo il caso Bipop Carire, e tra le varie critiche assume un valore pregnante quella per cui «a preoccupare è, *in primis*, la presunzione in forza della quale si equipara, non senza una malcelata *nonchalance*, la percepibilità delle *red flags* a una percezione certa, dove la segnaletica appare, in prospettiva *ex post*, rilevabile *ictu oculi* e senza fallo.

Affermata la sostanziale coincidenza di una realtà potenziale con una realtà effettiva, e ascritti al segnale gli attributi della chiarezza e dell'univocità, il passo da compiere è breve: un professionista di tal fatta non poteva non cogliere evidenze [...] tanto evidenti.

I giudici di piazza Cavour non devono spendere troppe parole per smascherare l'inghippo logico che, tramutandola colpa in dolo, vulnera in un sol colpo legalità e colpevolezza: di dolo eventuale dell'amministratore non esecutivo si potrà parlare solo se sia concretamente venuta a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, o almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse, e abbia volontariamente omesso di darsi da fare per sventarlo.

Non ci si può contentare della mera “conoscibilità” dei segnali d'allarme, e richiesto invece che l'amministratore abbia maturato “un'effettiva conoscenza” del dato e se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi, rimanendo, non di meno, deliberatamente inerte».⁶⁴

Ma, come detto, non sono mancate neppure le critiche rispetto alla sentenza Thyssen Krupp: «in dottrina non si è nascosto il timore per la lezione dell'uguaglianza, sottesa a una argomentazione che mette il colletto bianco nella condizione di poter sempre protestare la propria innocenza affidandosi al “se avessi previsto tutto questo...”»⁶⁵.

⁶³ CAPUTO, *Dalla teoria dei “segnali di allarme” alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

⁶⁴ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2250.

⁶⁵ D'ALESSANDRO, *Le problematiche frontiere del dolo eventuale: spunti di riflessione alla luce del caso Thyssen*, cit., 11 ss.

Ma non si tratta di un finale a rime obbligate, la soluzione dipenderà ancora una volta dalla situazione concreta.

Non può escludersi che in seno a organizzazioni complesse connotate da un'inequivoca politica di impresa di stampo criminale, assenze prolungate assumano le fattezze di un'inerzia qualificata, e siano da simulare alla figura del "silenzio eloquente".

A tali condizioni potrebbe forse integrarsi una forma di concorso morale, purché l'astensione programmata dalle riunioni si traduca in un rafforzamento del proposito criminoso nutrito dall'amministratore delegato, e riproduca il calco dell'induzione al reato»⁶⁶.

«In sintesi, la Cassazione [...] si mostra propensa a riconoscere che l'amministratore non esecutivo doveva e poteva agire per sventare il reato, ma la sua mancata attivazione non si traduce, di per sé sola, in un contributo consapevole e deliberato alla causazione dell'illecito, e la rappresentazione dell'evento lascia aperta una verifica che potrà condurre sulle piste della colpa con previsione»⁶⁷.

Attraverso l'analisi delle diverse sentenze e della dottrina appare chiaro come, in definitiva, non sussista una univocità di pensiero e di decisione all'interno delle Corti italiane.

⁶⁶ CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2250 ss.

⁶⁷ CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, cit., 905.

CAPITOLO III

LA WILLFUL BLINDNESS

SOMMARIO: 1. Un nuovo concetto di responsabilità negli U.s.a. 1.1 La “folk psychology” e la teoria de “Il gorilla invisibile” 2. La rilevanza nei reati e la sentenza Global Tech 3. Differenze con l’ordinamento italiano

1. Un nuovo concetto di responsabilità negli U.S.A.

«L’assunto di partenza è che al cospetto di una situazione sospetta e venata da un’incertezza cognitiva risolvibile, qualunque persona ragionevole avrebbe percepito la situazione di rischio si sarebbe risolta ad affrontarla attivamente, onde sciogliere lo stato di dubbio.

Ne consegue che un atteggiamento passivo, anche quando il chiarimento sia facilmente attingibile, dimostrerebbe una decisione a favore dell’illecito, motivata dal timore di sapere.

Secondo gli estimatori di questo orientamento, “se decidi di chiudere gli occhi, allora è evidente che non vuoi sapere perché hai paura di sapere (...) chiudere gli occhi per non vedere ciò che si sa e si teme di vedere è come vedere.

Non è incuria, sventatezza, imprudenza: e l’alibi di chi sa e non vuole avere certezze”»¹.

¹ IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 506.

Tale enunciato risulta essere il punto di inizio per l'analisi della teoria, sviluppatasi nel Nord America, della *willful blindness*, con la quale viene analizzato e, di conseguenza, punito colui che volontariamente ha deciso di non fare nulla al fine di evitare la commissione di un illecito, pur conscio che lo stesso era in fase di attuazione o già posto in essere.

Attraverso una traduzione abbastanza superficiale, il significato che ne verrebbe fuori sarebbe quello di “cecità volontaria”, stando ad intendere una volontà intrinseca alla persona di non voler guardare la realtà dei fatti e rimanere il più possibile al di fuori degli eventi che ne deriveranno in modo inevitabile.

Ma il reale significato di tale teoria è molto più ampio e soprattutto questa è stata oggetto di diverse analisi giurisprudenziali e della Corte Suprema U.S.A. e, come sarà illustrato poi, anche dalla Corte di Cassazione italiana.

L'utilizzo di questa teoria nell'ambito dei reati economico-societari è stato concretamente impiegato solo in un secondo momento; la prima vera attuazione risale alla sentenza *United States v. Jewell*,² inerente al traffico di stupefacenti.

Due concetti sono rimarcati in questa sentenza: l'ignoranza deliberata e la conoscenza positiva.

Il reato oggetto di tale sentenza riguardava, dunque, l'aver trasportato marijuana oltre il confine U.S.A. – Messico.

Tutto inizia quando a Jewell, fermatosi in un bar a pochi chilometri dal confine con il Messico, viene offerto l'acquisto di marijuana.

Dopo che lo stesso aveva rifiutato l'acquisto, gli viene offerto di guidare un'auto oltre il confine, ottenendo come contropartita 100 dollari.

Giunto al confine, a seguito di controlli, viene scoperto nel porta oggetti dell'auto una quantità consistente di droga.

Negli Stati Uniti trasportare (consapevolmente) droga in qualsiasi quantità e tipologia oltre il confine comporta commettere reato.

² *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976)

La tesi della difesa puntava proprio su questo assunto, poiché l'imputato non era a conoscenza del contenuto dei porta oggetti.

Sul tema però la Corte d'Appello del nono circuito nella motivazione scrisse: «*deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable. [...]*

To act 'knowingly', therefore, is not necessarily to act only with positive knowledge, but also to act with awareness of the high probability of the fact in question... 'knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist'»².

Sostanzialmente la Corte, con tale affermazione, ha voluto introdurre, chiaramente innovando la disciplina vigente, una nuova concezione di responsabilità basata non appunto su una conoscenza positiva ma anche su una conoscenza probabilistica che diviene ignoranza deliberata: nel caso in oggetto, era onere del sig. Jewell controllare il porta oggetti ben sapendo l'alta probabilità che nello stesso fossero state nascoste diverse quantità di droga.

La Corte ha voluto introdurre tale nuovo concetto di responsabilità anche per provare a frenare l'oramai costante trasferimento di droghe che avveniva al confine tra Stati Uniti e Messico.

Nei primi anni '70 venivano utilizzati persino i postini della Fed Ex e dell'U.S. Postal Service per ovviare al trasferimento di sostanze stupefacenti in tale area, che rappresenta l'arteria principale per l'immigrazione irregolare e l'immissione di sostanze stupefacenti su suolo americano.

Prima di tale decisione, i cosiddetti “*delivery men*” non erano responsabili del contenuto dei pacchi che trasportavano a patto che la scatola fosse integra e che quindi non avessero l'effettiva consapevolezza di ciò che trasportavano.

Tale strategia difensiva, definibile con una perifrasi “non sono colpevole se non vedo”, venne riproposta nuovamente in una situazione analoga, presentatasi di fronte ai giudici della Corte d'Appello del 7° circuito nel 2003³; parliamo del caso “*In re Aimster Copyright Litigation*”, dove questi ultimi ebbero il compito di decidere sul reato della violazione del Copyright attuato dagli utenti della piattaforma attraverso lo scambio di file e sulla responsabilità del proprietario della piattaforma su cui avvenivano gli scambi.

La tesi della difesa ruotava sul presupposto che il possessore della piattaforma virtuale stessa non poteva né accedere né controllare i file che gli utenti si scambiavano.

I giudici, però, non accettarono tale tesi, ravvisando la sussistenza della “*willful blindness*”: deve sempre esser svolto un controllo sugli elementi scambiati su una piattaforma virtuale; dunque, a detta della Corte, le violazioni del Copyright erano accettate dal possessore della piattaforma in virtù del fatto che un maggior numero di utenti fruitori del servizio comporta maggiori guadagni.

La teoria della cecità intenzionale si è affermata nel panorama internazionale solo in un secondo momento, quando la sua applicabilità è divenuta assai rilevante nei casi di “*White Collar Crimes*”, poiché ha rivoluzionato il concetto di responsabilità per gli amministratori non esecutivi e per i sindaci.

Prima di analizzare alcuni dei casi più famosi in cui vi è stata la diretta applicazione di tale concetto, è doveroso ricordare una decisione presa dalla Corte Suprema Canadese⁴.

Infatti, la teoria della “*willful blindness*” non tardò ad essere applicata anche oltre il confine U.S.A., più specificamente in Canada, nel caso *R. v. Downey*.

La vicenda iniziò quando al confine tra Canada e U.S.A., più precisamente poco fuori la città di Detroit, l’auto su cui viaggiava Downey venne fermata e, a seguito di ispezioni, vennero rinvenute tre armi da fuoco e 4000 dollari.

La legge canadese prevede che l’introduzione nello Stato sia di armi che di denaro liquido superiore ai 1000 dollari sia considerato reato.

I giudici, alla fine del processo, ravvisarono che in capo all’imputato sussistesse una “cecità intenzionale” poiché volontariamente quest’ultimo, con il precipuo fine di un guadagno facile, aveva introdotto armi su suolo canadese.

² Sentenza Corte Appello 9° circuito, *United States of America v. Charles Demore Jewell*, 27/02/1976: «l'ignoranza deliberata e la conoscenza positiva sono allo stesso modo espressione di colpevolezza. [...]

Agire 'consapevolmente', quindi, non è necessariamente agire solo con conoscenza positiva, ma anche agire con consapevolezza dell'elevata probabilità del fatto in questione ... 'la conoscenza si instaura se una persona è consapevole di un'alta probabilità della sua esistenza, a meno che non creda effettivamente che non esista».

³ In re *Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003)

⁴ Supreme Court Judgments, 21874, [1992] 2 SCR 10, 1992-05-21

Infatti, i giudici hanno respinto la tesi presentata dalla difesa, con la quale si professava l'innocenza dell'imputato adducendo il fatto che un terzo aveva preparato e inserito il carico nella sua auto.

Però, appare «cristallino», come viene scritto nella motivazione, che ad una simile cifra di guadagno corrisponde sempre qualcosa di illecito e quindi il sig. Downey ben poteva comprendere che stava commettendo un reato.

Se nei casi su esposti la dottrina della “*willful blindness*” è stata applicata a determinate tipologie di reati, o per meglio dire ad una specifica tipologia di reato, ossia quello del trasporto di stupefacenti ed armi oltre i confini di uno Stato; ai fini di questa trattazione, che si concentra sui reati d'impresa, risultano assai rilevanti due sentenze: la prima inerente al caso *United States v. Bank of New England*⁵, in cui la responsabilità fu imputata alla banca stessa, mentre la seconda afferente alla causa *Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A.*⁶, nella quale la responsabilità fu imputata ai dirigenti della società per violazione di brevetto.

Da queste due vicende emerge chiaramente come negli Stati Uniti il concetto della “cecità intenzionale” possa essere applicato sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche.

Nel caso della *Bank of New England* la Corte si trovò a decidere riguardo la sussistenza o meno della responsabilità della Banca per la non segnalazione alle Agenzie competenti di tutte le transazioni dei clienti superiori a 10.000 dollari.

Tali operazioni, invero, necessitano di preventiva comunicazione a norma del “*Currency Transaction Reporting Act*”.

Infatti, tutto partì dalla denuncia fatta dalla *Federal Reserve System* che aveva individuato nelle operazioni di un correntista della banca una serie movimenti che singolarmente non necessitavano di comunicazione preventiva dell'istituto bancario, ma che, sebbene effettuati con bonifici molteplici, cumulativamente sommati superavano la soglia dei 10.000 dollari.

⁵ *United States v. Bank of New England, N.A.* - 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987)

⁶ *Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A.*, 31/05/2011, n° 10-6

Nella motivazione i giudici della Corte d'Appello del 1° circuito definirono responsabile la banca per “cecità intenzionale”, poiché era onere della stessa svolgere un controllo incisivo su tutte le operazioni effettuate dai correntisti, anche qualora queste ultime fossero realizzate mediante assegni distinti.

Proprio con questa decisione, che rappresenta il precedente in materia di applicabilità della *willful blindness* alle persone giuridiche, fu introdotta anche la c.d. “responsabilità collettiva”.

Tale nuova dottrina, di derivazione completamente giurisprudenziale, sta ad indicare che una società sarà responsabile anche nei casi in cui le conoscenze che hanno i singoli componenti dell'*executive* della società non siano sufficienti a far sorgere la responsabilità in capo ai singoli.

Senza dubbio un simile meccanismo di responsabilità, se trasposto nell'ordinamento italiano, sarebbe incostituzionale; ma non si può negare che la tesi appaia alquanto particolare, inteso che l'ordinamento statunitense, in materia di responsabilità civile o penale delle società, tende quasi sempre a voler individuare un colpevole.

Esempio classico che avvalorava questa tesi è quello dei *punitive damages*, con i quali viene riconosciuto un ulteriore risarcimento al danneggiato qualora venga dimostrato che l'azione volta a creare nocumento sia stata compiuta con dolo o colpa grave dalla parte agente.

Nell'ordinamento Nordamericano, nel caso in cui sussista una responsabilità penale in capo ai singoli amministratori chiaramente questi andranno a processo, mentre, se le informazioni possedute non risultano essere sufficienti per incriminare i singoli dell'*executive*, allora sarà la società, a titolo di responsabilità collettiva, a dover risarcire gli eventuali danneggiati o comunque ad essere ritenuta responsabile dell'illecito.

In tutti i casi esposti appare evidente come dalle Corti statunitensi dei diversi circuiti sia stata scelta la stessa modalità di applicazione della *willful blindness*, o meglio, la stessa modalità probatoria al fine di dimostrarne la sussistenza o meno.

Infatti, le varie Corti hanno spesso indicato i punti cardine su cui si fonda tale dottrina, che possono riassumersi in pochi punti salienti: una libera astensione da parte della persona imputata del reato nel condurre indagini per evitare la conferma di sospetti che stia per compiere un'azione illecita; la natura del sospetto, inteso quest'ultimo in termini di prevedibilità, da parte dell'agente, del grado di rischio potenziale nascente dall'attualizzazione dell'azione.

Quindi, in definitiva, i giudici, al fine di verificare la sussistenza della cecità intenzionale, valutano l'attività svolta dal soggetto agente in base al sospetto che quest'ultimo aveva rispetto a ciò che si stava per compiere, divenendo quindi un'analisi a posteriori su base probabilistica.

Tale orientamento è stato definito dalla dottrina e dalle varie Corti "ignoranza deliberata".

A sostegno di tale tesi, nella sentenza *Global Tech*, i giudici scrivono: «*While the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all appear to agree on two basic requirements: (1) the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists and (2) the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact.*

We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts.

By contrast, a reckless defendant is one who merely knows of a substantial and unjustified risk of such wrongdoing, and a negligent defendant is one who should have known of a similar risk but, in fact, did not, see.

The test applied by the Federal Circuit in this case departs from the proper willful blindness standard in two important respects.

First, it permits a finding of knowledge when there is merely a “known risk” that the induced acts are infringing. Second, in demanding only “deliberate indifference” to that risk, the Federal Circuit’s test does not require active efforts by an inducer to avoid knowing about the infringing nature of the activities»⁷.

La dottrina statunitense, nell’andare a definire il concetto della cecità intenzionale, oltre ad appellarla con diversi nominativi, tra i quali “*conscious avoidance*” e “*deliberate ignorance*”, tende a utilizzare tale modalità probatoria come elemento principe nella dimostrazione dell’elemento soggettivo del dolo.

Molti studiosi della materia, analizzando tale modalità di incriminazione derivante dal modello anglo-americano, hanno più volte sollevato perplessità sulla possibile deriva negativa che comporterebbe l’applicazione della “*willful blindness*” all’interno dei tribunali italiani: «chiudere gli occhi per non vedere ciò che si sa e si teme di vedere è come vedere.

Non è incuria, sventatezza, imprudenza: è l’alibi di chi sa e non vuole avere certezze.

È l’alibi di chi sa e vuole rimuovere dalla propria sfera cognitiva tale sapere.

Dal punto di vista socio-criminale il disvalore è lo stesso tra chi agisce sapendo e tra chi agisce rifiutandosi deliberatamente di sapere perché teme di guardare in faccia la realtà.

⁷ Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6. Il passaggio può essere tradotto come segue: «Mentre le Corti d'Appello articolano la dottrina della “*willful blindness*” in modi leggermente diversi, tutte sembrano concordare su due requisiti fondamentali: (1) l'imputato deve credere soggettivamente che vi sia un'alta probabilità che un fatto esista e (2) l'imputato deve intraprendere azioni deliberate per evitare di apprendere questo fatto.

Riteniamo che questi requisiti diano alla cecità intenzionale uno scopo adeguatamente limitato che supera l'incoscienza e la negligenza. Secondo questa formulazione, un imputato intenzionalmente cieco è colui che intraprende azioni deliberate per evitare di confermare un'alta probabilità di illecito e che si può quasi dire che abbia effettivamente conosciuto i fatti critici.

Al contrario, un imputato sconsiderato è colui che conosce semplicemente un rischio sostanziale e ingiustificato di tale illecito, e un imputato negligente è colui che avrebbe dovuto conoscere un rischio simile ma, in realtà, non lo vedeva.

Il test applicato dal Circuito Federale in questo caso si discosta dal corretto standard di cecità intenzionale per due importanti aspetti.

In primo luogo, consente l'accertamento della conoscenza quando esiste semplicemente un "rischio noto" che gli atti indotti costituiscano una violazione. In secondo luogo, esigendo solo una "deliberata indifferenza" a tale rischio, il test del Circuito Federale non richiede sforzi attivi da parte di un induttore per evitare di conoscere la natura illecita delle attività».

Se dal dolo togliamo timori, speranze e guardiamo all'atteggiamento cognitivo del soggetto verso l'evento e verso il bene giuridico, vediamo che le due situazioni sono identiche: indifferenza verso il bene giuridico, scelta contro il bene giuridico»⁸.

Con tale analisi, si vuole porre l'accento sulla facilità con la quale un pubblico ministero, in mancanza o in carenza di prove, possa utilizzare tale teoria al fine di avvalorare una strategia di accusa assai efficace, al fine di dimostrare la colpevolezza degli amministratori non esecutivi o dei sindaci.

Tale possibilità risulterebbe essere assai problematica o comunque foriera di diverse questioni che andrebbero a contrasto con diversi principi costituzionali che governano il processo penale.

Proprio per evitare contrasti con la normativa italiana, la dottrina della “*willful blindness*” risulta essere ancora poco atualizzabile e per nulla usata nelle Corti italiane, ma appare essere invece uno strumento di assai facile applicazione nella giurisprudenza, soprattutto, statunitense.

Se nell'immaginario collettivo, nel procedimento penale statunitense, la colpevolezza dell'imputato viene decretata dalla giuria popolare e non dal giudice, nel caso dei reati finanziari dove, secondo l'accusa e, indirettamente, secondo il giudice, sussista una “cecità intenzionale”, sarà la stessa Corte a veicolare l'orientamento della giuria con le cosiddette *instructions*, che altro non sono che argomentazioni espresse dal giudice secondo le quali ritiene che sussista una *willful blindness* in capo al soggetto imputato.

Questi aspetti appena descritti risultano essere quelli che hanno portato alla colpevolezza del CEO Jeffrey Skilling nel caso *Enron*.

Il fallimento della società Enron appare viaggiare in parallelo con il fallimento della società Parmalat, pur con un anticipo di 2 anni.

La società Enron era una multinazionale che operava sul mercato dell'energia, inserita al 7° posto del *Fortune 500* e che nel 2001 fu dichiarata fallita.

La crisi derivò da una improvvisa perdita di valore delle azioni della società, che passarono da 86 a 0,26 dollari ciascuna, decretando una perdita di capitale pari a 130 miliardi di dollari.

⁸ IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., 499 ss

Non potendo ripagare i finanziamenti avuti, la società fu sottoposta a liquidazione coatta amministrativa.

Il Congresso aprì una commissione d'inchiesta per far luce sulle reali motivazioni del crac della società, poiché appariva alquanto irrealistico che le una multinazionale assai attiva sul mercato come Enron potesse aver registrato una tale perdita di valore delle azioni in pochi mesi.

Da tale inchiesta venne scoperto come i dirigenti e gli amministratori della società avessero non solo falsificato diversi bilanci, ma avessero anche costituito una quantità non indifferente di società satelliti nei paradisi fiscali, utilizzandole soprattutto come fonti di garanzia per i prestiti, pur essendo il capitale garantito non realmente esistente.

Alla fine del procedimento penale, la giuria, avendo l'onere di decidere in merito alla colpevolezza o meno degli imputati, nella decisione fu guidata dalle cosiddette *instructions* in cui veniva chiarito dal giudice stesso che si sarebbe dovuta valutare la sussistenza della *willful blindness*; dunque, su tali basi, si affermò la responsabilità per omesso intervento da parte degli amministratori e dirigenti imputati.

All'esito delle decisioni finali, furono irrogate diverse pene, anche pesanti in alcuni casi, basate sulla responsabilità derivata da una volontà di non compiere i dovuti accertamenti per gli amministratori non esecutivi.

1.1 La “folk psychology” e la teoria del “gorilla invisibile”

L'aver introdotto all'interno del sistema dottrinale e giurisprudenziale la teoria della “*willful blindness*” ha comportato nel corso degli anni l'affermarsi, tra gli studiosi del diritto penale dell'economia, di una tesi per certi versi assai innovativa, che va ad analizzare il cosiddetto coefficiente psicologico.

Se negli *States* il principale esponente e autore di tale dottrina è il vincitore del Premio Nobel del 2017 nelle scienze economiche Richard Thaler, il quale, nei suoi saggi, ha da sempre dichiarato che il giudice nel giungere alla decisione tiene molto spesso conto della psicologia del soggetto, in Italia il Prof. Centonze ha voluto dare eco a questa nuova teoria, rinominata come “*Folk psychology*”.

«In the wake of the increasing influence that behavioral sciences are having on economic studies, this essay analyzes the issue of proving guilt in criminal proceedings, with a special focus on the subjective elements of negligence.

The author suggests to acknowledge the latest conclusions reached by cognitive sciences, anthropology, and sociology, in order to identify reliable and realistic standards on which a “personalized” judgement of criminal liability can be grounded.

Leaving aside any intuitive evaluations and the so called “folk psychology”, the judge has to embrace the contributions of other areas of knowledge and then take the defendant’s conduct, including, if necessary, by resorting to the technical assessments provided by experts in behavioral sciences»⁹.

Appare evidente come questa teoria sia stata molto utilizzata nelle decisioni delle Corti, al fine di poter irrogare una pena sulla base di dichiarazioni attraverso le quali gli imputati asseriscono la loro completa impossibilità di conoscere eventi penalmente rilevanti o fatti ad essi riguardanti.

⁹ CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell’accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1626. Il passaggio è tratto da *For a Criminal Law on the Move the Issue of Proving the “Minimum Coefficient of Mental Participation in the Offence”* e può essere così tradotto: «Prendendo spunto dalla crescente influenza che le scienze comportamentali esercitano sullo studio dell’economia, il saggio analizza il problema della prova della colpevolezza nel processo penale, con particolare riferimento ai profili soggettivi della colpa.

L’autore suggerisce di recepire i più recenti traguardi raggiunti dalle scienze cognitive, dall’antropologia e dalla sociologia, così da individuare parametri affidabili e realistici sui quali fondare un giudizio “particolaristico” di colpevolezza.

Il giudice, abbandonati i giudizi intuitivi e la “folk psychology”, è tenuto ad abbracciare i contributi provenienti dalle diverse branche del sapere e – successivamente – ad assumere la prospettiva dell’agente, così da comprendere pienamente il significato della condotta dell’imputato, servendosi eventualmente anche degli accertamenti tecnici affidati ad esperti delle scienze comportamentali».

Se in Italia abbiamo più volte osservato l'affermarsi della locuzione «non poteva non sapere», in quanto veniva dato per scontato dai giudici la conoscenza a fatti ed eventi da parte dei *gatekeepers* di una società, negli Stati Uniti, in modo difforme, si è andata ad affermare una responsabilità derivante da una volontà piena e consapevole di non sapere e non vedere – riassunta nella teoria della “*willful blindness*” – cosa effettivamente stava accadendo nell'azienda.

Il dibattito che si è aperto circa l'effettiva presenza e il peso nella formazione della prova riguardo al “coefficiente psicologico” ha aperto in dottrina un'ulteriore *querelle* su quanto il fattore psicologico debba essere rilevante ai fini dell'attribuzione della responsabilità.

Sul punto, la dottrina anglo-americana si è divisa in due gruppi: una prima linea di pensiero ritiene che al fine di definire un soggetto colpevole di un reato, al netto delle prove, deve essere dimostrato il collegamento diretto tra fatto illecito e volontà psichica del soggetto, quindi ritenendo insufficiente l'applicazione della “*willful blindness*” al fine della dimostrazione della colpevolezza di un *gatekeeper*; una seconda linea di pensiero, forte degli orientamenti giurisprudenziali in materia, ritiene che la colpevolezza, nel diritto penale dell'economia, sorga anche qualora un soggetto, sia pure mero componente del *board*, abbia utilizzato la “mossa dello struzzo”¹⁰, abbia cioè messo la testa sotto la sabbia per non vedere.

Al fine di comprovare tale teoria di un coefficiente minimo di partecipazione¹¹, la dottrina ha cercato di trovare un valido fondamento ai tre presupposti su cui poggia la *willful blindness*, che risultano essere: il fatto oggetto di illecito; la percezione da parte del soggetto esterno al fatto; la consapevolezza di cosa accada e la volontarietà nel non “guardare”.

Infatti, al fine di dimostrare la consequenzialità dei presupposti sopra enunciati, la dottrina afferma che «l'atto visivo non è pura registrazione passiva dell'ambiente fisico esterno, ma una costruzione attiva che implica processi di elaborazione e di analisi.

¹⁰ CAPUTO, *Dolo – la mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2250.

¹¹ CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell'accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626

In accordo con questo approccio, l'input sensoriale che proviene dall'esterno subisce tutta una serie di modificazioni e di elaborazioni prima di poter essere percepito: e infatti trasformato, ridotto, elaborato, immagazzinato, recuperato infine utilizzato.

Il nostro è un sistema a capacità limitata per cui non possiamo tenere conto di tutte le innumerevoli informazioni che ci provengono nello stesso momento dall'ambiente, siamo in grado di prestare attenzione a una parte relativamente piccola e limitata di stimoli visivi, per cui buona parte dell'informazione disponibile va perduta». ¹²

Ma chiaramente è assai difficile, se non impossibile, per i giudici, attuare una analisi così approfondita sul come e quando tale processo analitico è stato posto in essere da un soggetto.

Per ovviare a tale dirimente problema, la dottrina ha cercato di predisporre «elementi idonei a fungere da “monito” per il soggetto, avvertendolo in qualche modo delle potenzialità di danno insite nella condotta che egli si accinge a porre in essere» ¹³.

Infatti, il compito del giudice risulterà essere non di poca difficoltà, inteso che, sulla base di questi “moniti”, ritenuti inequivocabili dalla dottrina, dovrà decidere se sussisterà in capo al soggetto imputato un elemento soggettivo di colpa, di dolo, oppure di “volontaria cecità”.

Proprio sul tema in oggetto, negli Stati Uniti, a fronte delle diverse sentenze in cui veniva applicata la “*willful blindness*” nei confronti di tutti gli imputati, con lo specifico intento di dimostrare come il non aver notato qualcosa di rilevante non possa essere definibile come dolo, si è andata a sviluppare la cosiddetta dottrina de “il gorilla invisibile: *inattentional blindness* e *change blindness*” ¹⁴.

«La nostra esperienza di alcuni aspetti della realtà – soprattutto quelli sui quali concentriamo l'attenzione – è particolarmente vivida, ma questa approfondita percezione inevitabilmente genera la credenza erronea secondo la quale siamo in grado di registrare tutti i dettagli del mondo che ci circonda.

¹² MASTRANDREA, *Psicologia della percezione*, Roma, 2017, 61

¹³ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 217 ss.

¹⁴ CHABRIS, SIMONS, *Il gorilla invisibile*, in *Il sole 24 ore*, Milano, 2012, 22 ss.

In sostanza, alcuni aspetti della realtà cadono sotto la nostra percezione approfondita e dettagliata, ma siamo del tutto inconsapevoli degli aspetti del mondo intorno a noi non inclusi nella nostra consueta sfera di attenzione.

La vivida esperienza visuale di alcune cose maschera una sorprendente cecità cognitiva: diamo per scontato che elementi vistosi o insoliti debbano per forza attrarre la nostra attenzione, mentre di fatto spesso li ignoriamo completamente[...].

Dirigere lo sguardo su una cosa non vuol dire che la vediamo consapevolmente [...].

Per vedere, guardare è necessario [...], ma non sufficiente (rivolgere lo sguardo verso qualcosa non garantisce che lo si veda)»¹⁵.

A sostegno di tali tesi, gli stessi autori hanno utilizzato l'esperimento, divenuto poi famoso a livello internazionale, del gorilla invisibile, dove veniva richiesto a delle persone di osservare quanti passaggi due squadre di *football* americano facessero in un determinato lasso di tempo.

Le squadre avevano due divise differenti, una bianca e una nera, e alle persone era richiesto il numero dei passaggi fatti dalla squadra bianca.

Durante i passaggi tra i giocatori, il campo fu attraversato da un uomo travestito da gorilla.

Alla fine dell'esperimento, quando fu chiesto alle persone se avessero notato qualcosa di particolare nel mentre i giocatori si passavano la palla, questi non dissero nulla.

Con tale esperimento il fine degli studiosi era dimostrare come anche se una cosa appare palese – come un gorilla in un campo da *football* –, se una persona è focalizzata nel vedere altro, questi non noterà mai nulla di strano.

Quindi, se tale presupposto è applicabile in tutti i campi del sapere, si chiede la dottrina, perché tale teoria non può essere applicata anche nel campo giudiziario con specifico riferimento ai reati finanziari e soprattutto nel caso della responsabilità omissiva?

¹⁵ CHABRIS, SIMONS, *Il gorilla invisibile*, cit., 22 ss.

Inoltre, riprende la dottrina, nel momento in cui la Corte deve accertare la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo deve inevitabilmente fare un'analisi della psicologia del soggetto e di tutto ciò che l'ha portato a compiere una determinata scelta, ragion per cui, è del tutto inspiegabile che non si tenga conto di tali processi metacognitivi, che la mente umana applica a prescindere dalla volontà del singolo.

Quello su cui si vuole porre l'attenzione dei giudici, inizialmente quelli statunitensi, dove la dottrina della *willful blindness* veniva applicata in modo continuo e costante, consiste nel fatto che non si può, a prescindere, ritenere un soggetto colpevole di "cecità intenzionale" perché avrebbe dovuto controllare che non venissero commessi determinati reati, poiché alle volte è la stessa natura umana che non permette di vedere qualcosa che, in un secondo momento, una volta che è stato fatto notare, appare così chiara e vivida.

Infatti, anche la dottrina italiana, sposando le teorie esposte oltre oceano, scrive in merito: «per una verifica particolaristica del potere individuale di acquisire le conoscenze empiriche e nomologiche necessarie a riconoscere i rischi e del potere di percepire la concreta situazione di pericolo e necessario che lo standard pure oggettivo si costruisca sull'uomo reale, che agisce in ambienti complessi, con tutti i suoi limiti, compresi i deficit cognitivi.

Solo in questo modo si potrà infatti davvero provare il coefficiente psicologico di partecipazione di quell'autore a quel fatto.

La necessità di bandire le «creature fittizie»¹⁶ vale, naturalmente, anche per le altre forme di colpevolezza e innanzitutto per la prova dell'elemento rappresentativo (nella colpa come nel dolo): è nota, d'altra parte, «l'eccessiva fluidità del passaggio tra le diverse forme dell'imputazione soggettiva (il rapporto al ruolo dell'elemento rappresentativo)¹⁷».¹⁸

Al fine di dimostrare quali dovrebbero essere i comportamenti che dovrebbe tenere il cosiddetto "agente reale" viene utilizzata la "*folk psychology*".

¹⁶ THALER, *Toward a positive theory of consumer choice*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1980, 39 ss.

¹⁷ EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Sub-Art. 43, cit., Brescia, 1993, 178

¹⁸ CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, cit., 1626.

Tale teoria, di totale creazione e derivazione U.S.A., viene utilizzata per spiegare il comportamento altrui: «la psicologia popolare è un talento in cui eccelliamo senza aver conseguito un regolare percorso di studi [...] ciò che tutti sanno della propria mente e di quella degli altri»¹⁹.

Tale modalità di dimostrazione del perché un soggetto abbia adottato un determinato comportamento rispetto ad un altro è però basata su un metodo che non può essere portato all'interno delle aule giudiziali poiché non è scientifico, e quindi rimetterebbe la scelta al completo arbitrio del giudice.

Inoltre, utilizzare un tale metodo potrebbe, nella maggior parte dei casi, indurre il giudice stesso in errore poiché questi si convincerebbe del fatto che nel caso specifico oggetto di giudizio vi sia un comportamento modello che il soggetto agente avrebbe dovuto attuare.

«Il giudice può dunque cadere nell'errore di utilizzare il proprio soggettivo convincimento sulla (potenziale) percezione che l'agente modello avrebbe avuto della situazione di rischio (convincimento rafforzato dalla “senno di poi”) con l'effettiva percezione dell'attore nella situazione concreta»²⁰.

Tale applicazione comporterebbe, quindi, anche un probabile effetto contrario, inteso che il giudice creerebbe in sé una convinzione che difficilmente potrebbe essere replicata nella realtà, risultando essere ideale.

Secondo gli studiosi statunitensi della materia, l'unico modo con cui si potrebbe ovviare a questa problematica dell'idealizzazione di un agente-modello sarebbe quello di nominare, all'interno dei procedimenti penali, dei consulenti di psicologia umana.

¹⁹ DENNETT, *Intuition pumps and other tools for thinking*, 2013, 78.

²⁰ CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell'accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626.

Chiosa definitivamente la dottrina italiana: «Ebbene, nel determinare quesiti, il giudice, accantonato il proprio personale patrimonio di conoscenze ed esperienze, dovrebbe chiedere agli esperti, per giungere alla più fine costruzione dell'agente modello, il punto di vista della scienza sulle reali capacità cognitive degli individui nell'attività svolta e nella situazione di rischio affrontato dall'imputato»²¹.

Dopo questo *excursus* ideologico sull'applicabilità delle scienze psicologiche al diritto, appare evidente come il compito del giudice nel decidere se sussista o meno una responsabilità derivante dalla “*willful blindness*” in capo agli amministratori non-esecutivi e ai sindaci sia assai arduo, poiché nell'insieme dei fattori atti a decidere rientrano, soprattutto, i comportamenti umani che, ancora oggi, sono difficilmente spiegabili e comprensibili.

L'applicazione della psicologia al diritto è una teoria ancora in fase sperimentale, non tanto negli Stati Uniti quanto in Italia, per il semplice fatto che il nostro ordinamento rimane assai rigido ad innovazioni provenienti dagli altrui ordinamenti, ma che in molti casi potrebbero essere un valido aiuto al giudice, che inevitabilmente ha nella sua mente un modello di soggetto agente e che molte volte è estraneo alla realtà.

2. La rilevanza nei reati e la sentenza *Global Tech*

Il principio della *willful blindness* ha ottenuto notorietà nel panorama della dottrina giuridica, statunitense prima e internazionale poi, solamente dopo la sua applicazione per la prima volta in ambito societario, e nello specifico nel caso *Global-Tech Appliances INC. v. SEB S.A.*

²¹ CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell'accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626.

Con tale dottrina, i giudici hanno voluto dimostrare come sussista responsabilità in capo ad un soggetto quando costui, volendo evitare l'insorgere nei suoi confronti di una responsabilità penale o civile, volontariamente decide di non conoscere determinati fatti che chiaramente lo riterrebbero responsabile.

Se inizialmente l'applicazione di tale dottrina era circoscritta ai reati di importazione ed esportazione di droghe o armi, nel 2010 questa fu applicata ai reati finanziari.

Nel caso Global-Tech l'oggetto della questione riguardava la violazione di brevetto attuata da una società fiduciaria della Global-Tech.

Quest'ultima era una società leader nel settore *technology and innovation* e come diretta concorrente sul mercato aveva la società SEB S.A.

A seguito della messa in commercio da parte di una friggitrice con particolari caratteristiche non ancora applicate su altri prodotti – che quindi divenne oggetto di brevetto negli USA –, quest'ultima società ottenne un incremento delle vendite e una notorietà sul mercato tale da superare nel fatturato la società Global, divenendo quindi leader nel mercato comune alle due.

Con lo scopo di evitare una responsabilità per violazione di brevetto, la Global-Tech organizzò un complesso sistema facendo sì che un'altra società di proprietà della stessa mettesse sul mercato un prodotto con funzioni e caratteristiche uguali a quelle della SEB S.A.

La società fiduciaria che venne incaricata di questo compito fu la Sunbeam Products Inc., che a sua volta incaricò una società con sede ad Hong Kong di riprodurre un prodotto con le medesime caratteristiche e funzioni di quello della SEB S.A. e di venderlo nel mercato americano come prodotto importato da altro Stato, e quindi non soggetto alla normativa sui brevetti USA.

La società Sunbeam Products, in accordo con la società di Hong Kong, mise in vendita il prodotto sul mercato statunitense ad un prezzo inferiore rispetto a quello proposto dalla SEB S.A., pur avendo uguali caratteristiche.

In risposta, la società che deteneva il brevetto del prodotto citò in giudizio la Sunbeam Products Inc. per violazione di brevetto, chiedendo inoltre un notevole risarcimento danni.

Chiaramente la Corte del circuito federale ravvisò una violazione di brevetto e impose il pagamento di una cifra di 4 miliardi di dollari a titolo di risarcimento.²²

Essendo una cifra di notevole importanza e difficile da adempiere per la società Sunbeam Products, quest'ultima, in accordo con la SEB S.A., citò in giudizio la società di Hong Kong con lo scopo di vedersi ridotta la cifra a cui difficilmente avrebbe adempiuto poiché sarebbe fallita.

È proprio nella sentenza di appello che i giudici ravvisarono la sussistenza della “*willful blindness*” in capo alla società Global-Tech, che deteneva il controllo della società di Honk Kong.

Infatti, i giudici di New York ravvisarono in capo alla società cinese la responsabilità dell'aver violato il brevetto della società SEB S.A., mentre in capo alla Global Tech la responsabilità, derivante da *willful blindness*, di non aver fatto nulla per evitare l'immissione nel mercato di un prodotto in violazione delle norme brevettuali statunitensi, poiché vi era il pieno interesse nel non fare nulla.²³

In definitiva fu La Corte Suprema degli Stati Uniti a definire la controversia.

I giudici della Suprema Corte scrivono: «*Affirming, the Federal Circuit stated that induced infringement under §271(b) requires a showing that the alleged infringer knew or should have known that his actions would induce actual infringements; declared that this showing includes proof that the alleged infringer knew of the patent; held that, although there was no direct evidence that Pentalpha knew of SEB's patent before it received notice of the Sunbeam suit, there was adequate proof that it deliberately disregarded a known risk that SEB had a protective patent; and said that such disregard is not different from, but a form of, actual knowledge.*

Induced infringement under §271(b) requires knowledge that the induced acts constitute patent infringement.

²² Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6

²³ Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6

(a) *Section 271(b)'s text— “[w]hoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer”—is ambiguous as to the intent needed to impose liability. In referring to a party that “induces infringement,” the provision may require merely that the inducer must lead another to engage in conduct that happens to amount to infringement. On the other hand, the reference to a party that “induces infringement” may also be read to mean that the inducer must persuade another to engage in conduct that the inducer knows is infringement»²⁴.*

Continua la Corte definendo in modo cristallino cosa debba intendersi per *willful blindness*: «*The doctrine of willful blindness is well established in criminal law. Many criminal statutes require proof that a defendant acted knowingly or willfully, and courts applying the doctrine have held that defendants cannot escape the reach of these statutes by deliberately shielding themselves from clear evidence of critical facts that are strongly suggested by the circumstances. The traditional rationale for the doctrine is that defendants who behave in this manner are just as culpable as those who have actual knowledge. This Court endorsed a concept similar to willful blindness over a century ago in Spurr v. United States, 174 U. S. 728, 735, and every Federal Court of Appeals but one has fully embraced willful blindness. Given the doctrine's long history and wide acceptance in the Federal Judiciary, there is no reason why the doctrine should not apply in civil lawsuits for induced patent infringement under §271(b).*

²⁴ Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6;

Il passaggio può esser tradotto come segue: «Il Circuito Federale ha dichiarato che l'infrazione indotta ai sensi del §271 (b) richiede la dimostrazione che il presunto autore sapeva o avrebbe dovuto sapere che le sue azioni avrebbero indotto violazioni effettive; ha dichiarato che questa presentazione include la prova che il presunto contraffattore conosceva il brevetto; riteneva che, sebbene non vi fosse alcuna prova diretta che Pentalpha fosse a conoscenza del brevetto di SEB prima di ricevere la notifica della tuta Sunbeam, vi era una prova adeguata del fatto che avesse deliberatamente ignorato un rischio noto che SEB avesse un brevetto protettivo; e ha detto che tale ignoranza non è diversa da una forma di conoscenza effettiva.

1. L'infrazione, ai sensi del §271 (b), richiede la consapevolezza che gli atti posti in essere costituiscono violazione di brevetto.

(a) Il testo della sezione 271 (b) - "[chiunque] induca attivamente la violazione di un brevetto sarà responsabile come contraffattore" - è ambiguo quanto all'elemento soggettivo necessario per imporre la responsabilità. Con riferimento alla parte che "induce una violazione", la disposizione può richiedere semplicemente che l'induttore debba indurre un altro a porre in essere un comportamento che può costituire una violazione. D'altra parte, il riferimento a una parte che "induce la violazione" può anche essere letto nel senso che l'induttore deve persuadere un altro a tenere un comportamento che egli sa costituire una violazione».

(b) Although the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all agree on two basic requirements. First, the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists. Second, the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. These requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence»²⁵.

Sebbene, come hanno scritto i giudici, la *willful blindness* oramai sia radicata nell'ordinamento statunitense e costantemente applicata sia nei casi di diritto penale, da dove nasce, ma anche, come nel caso in oggetto, in altri ambiti del diritto come il *patent infringement* (violazione di brevetto), parte della dottrina e dei giudici rimane ferma sull'idea che tale teoria non debba essere applicata, o meglio, che tale principio non possa essere posto alla base delle decisioni dove viene dato per presupposto assoluto, al netto di prove certe e sufficienti, il coinvolgimento di soggetti terzi agli eventi oggetto di giudizio.

D'altronde è proprio l'ipotesi del caso in oggetto, dove viene riscontrata responsabilità derivante da "cecità intenzionale" da parte della società Global-Tech pur non essendoci prove dirette a confermare il piano della stessa per immettere sul mercato un prodotto già brevettato.

²⁵ Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6, cit., così traducibile: «La dottrina della *willful blindness* è ben consolidata in diritto penale. Molte leggi penali richiedono la prova che un imputato abbia agito consapevolmente o volontariamente, e i tribunali che applicano la dottrina hanno sostenuto che gli imputati non possono sfuggire alla portata di questi statuti riparandosi deliberatamente da una chiara evidenza di fatti critici che sono fortemente suggeriti dalle circostanze. La logica tradizionale della dottrina è che gli imputati che si comportano in questo modo sono colpevoli tanto quanto coloro che hanno una conoscenza effettiva. Questa Corte ha approvato un concetto simile alla *willful blindness* più di un secolo fa in *Spurr v. United States*, 174 U. S. 728, 735, e in tutte le Corti d'appello federali tranne una hanno pienamente adottato tale dottrina. Data la lunga storia della dottrina e l'ampia accettazione nella magistratura federale, non c'è motivo per cui questa non dovrebbe applicarsi nelle cause civili per violazione di brevetto indotta ai sensi del §271 (b).

(b) Sebbene le Corti d'Appello articolino la dottrina della *willful blindness* in modi leggermente diversi, tutte concordano su due requisiti fondamentali. In primo luogo, il convenuto deve credere soggettivamente che esista un'alta probabilità che esista un fatto. In secondo luogo, il convenuto deve intraprendere azioni deliberate per evitare di apprendere tale fatto. Questi requisiti conferiscono alla cecità intenzionale una portata opportunamente limitata che supera l'incoscienza e la negligenza».

Tra i giudici della Corte Suprema che hanno presieduto l'udienza, vi era il giudice Kennedy, il quale, d'accordo con la decisione delle Corti in merito alla sussistenza di una violazione di brevetto, non nascose, però, la sua idea di un'eccessiva applicazione di tale dottrina nella storia del *common law* statunitense, in molti casi risultando anche inutile al fine di motivare le decisioni.

Con tali parole, il giudice Kennedy, a margine della sentenza e alla fine di tutte le singole opinioni dei giudici che componevano la Suprema Corte, chiarisce la sua decisione, scrivendo: «*The Court justifies its substitution of willful blindness for the statutory knowledge requirement in two ways, neither of which is convincing.*

First, the Court appeals to moral theory by citing the “traditional rationale” that willfully blind defendants “are just as culpable as those who have actual knowledge.”

But the moral question is a difficult one.

Is it true that the lawyer who knowingly suborns perjury is no more culpable than the lawyer who avoids learning that his client, a criminal defendant, lies when he testifies that he was not the shooter?

[...] The answer is not obvious.

Perhaps the culpability of willful blindness depends on a person's reasons for remaining blind. [...] Or perhaps only the person's justification for his conduct is relevant. [...]

This is a question of morality and of policy best left to the political branches. Even if one were to accept the substitution of equally blameworthy mental states in criminal cases in light of the retributive purposes of the criminal law, those purposes have no force in the domain of patent law that controls in this case. The Constitution confirms that the purpose of the patent law is a utilitarian one, to “promote the Progress of Science and useful Arts,” Art. I, §8, cl. 8.

Second, the Court appeals to precedent, noting that a “similar concept” to willful blindness appears in this Court’s cases as early as 1899. But this Court has never before held that willful blindness can substitute for a statutory requirement of knowledge. Spurr v. United States, 174 U. S. 728, 735 (1899), explained that “evil design may be presumed if the [bank] officer purposefully keeps himself in ignorance of whether the drawer has money in the bank or not, or is grossly indifferent to his duty in respect to the ascertainment of that fact.” The question in Spurr was whether the defendant’s admitted violation was willful, and with this sentence the Court simply explained that wrongful intent may be inferred from the circumstances. It did not suggest that blindness can substitute for knowledge»²⁶.

Sebbene la sentenza in oggetto venga definita dalla dottrina come pietra miliare per il sistema giuridico statunitense, è altrettanto vero che, come si legge nelle parole del giudice Kennedy, non vi è univocità nel pensiero e nell’applicabilità della dottrina della *willful blindness*.

La questione che è divenuta oggetto di critica successivamente a tale sentenza risulta essere quella dell’aver equiparato, nel definire la responsabilità penale, “la conoscenza effettiva alla presunzione della stessa”.

²⁶ Sentenza Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6, cit. L’opinione del giudice Kennedy può essere così tradotta: «La Corte giustifica la sua sostituzione della cecità intenzionale al requisito di conoscenza legale in due modi, nessuno dei quali è convincente.

In primo luogo, la Corte fa appello alla teoria morale citando la "logica tradizionale" secondo cui gli imputati volontariamente ciechi "sono altrettanto colpevoli di coloro che hanno una conoscenza effettiva". Ma la questione morale è spinosa. È vero che l'avvocato che scusa consapevolmente lo spergiuro non è più colpevole dell'avvocato che evita di apprendere che il suo cliente, un imputato criminale, mente quando testimonia di non essere stato l'assassino? [...] La risposta non è scontata. Forse la colpevolezza della cecità intenzionale dipende dalle ragioni per cui una persona rimane cieca. O forse è rilevante solo la giustificazione della persona per la sua condotta. [...] Questa è una questione di moralità e di politica che è meglio lasciare ai politici. Anche se si dovesse accettare la sostituzione di stati mentali ugualmente biasimevoli nei procedimenti penali alla luce delle finalità retributive del diritto penale, tali finalità non avrebbero valore nel campo del diritto dei brevetti. La Costituzione conferma che lo scopo della legge sui brevetti è utilitaristico, quello di "promuovere il progresso della scienza e delle arti utili".

In secondo luogo, la Corte fa appello al precedente, osservando che un "concetto simile" alla cecità intenzionale appare nei casi di questa Corte già nel 1899. Ma questa Corte non ha mai ritenuto che la cecità intenzionale possa sostituire un requisito legale di conoscenza. In Spurr v. United States, 174 US 728, 735 (1899), si è affermato che "si può presumere un disegno malvagio se il funzionario [di banca] si tiene intenzionalmente all'oscuro sul fatto che nella cassetta della banca vi sia o meno denaro, o è grossolanamente indifferente al suo dovere in merito all'accertamento di tale fatto. " La questione in Spurr era se la presunta violazione dell'imputato fosse volontaria, e con questa sentenza la Corte ha semplicemente spiegato che l'intento illecito può essere dedotto dalle circostanze. Non ha suggerito che la cecità possa sostituire la conoscenza.

Nella sentenza in oggetto, inoltre, si fa menzione di un precedente in cui però non viene definito in modo chiaro e netto che sussiste responsabilità anche se non vi sia una conoscenza diretta di un fatto.

Il precedente in questione è rappresentato dal caso *Spurr v. United States*²⁷, in cui i giudici, nel decidere in merito alla questione dirimente, scrivono che se da un lato l'illecito può essere dedotto dalle circostanze, dall'altro il non voler sapere non può essere equiparato alla conoscenza diretta di un fatto contrario alla legge.

Con la sentenza *Global-Tech* viene definito in modo chiaro e netto cosa debba intendersi per *willful blindness*, divenendo inoltre un parametro per diversificare altri due principi che hanno una notevole applicazione nel diritto statunitense, ossia la *recklessness* e la *negligence*.

Nell'ordinamento U.S.A. con il termine *recklessness* s'intende il concetto di "sconsideratezza", secondo cui il soggetto agente, in modo volontario, pone in essere un'azione la cui naturale deriva sarà la commissione di un reato e che un qualsivoglia soggetto razionale non realizzerebbe.

Invece, per *negligence*, l'ordinamento degli Stati Uniti intende uno stato generale di "incuria": un determinato evento sarebbe stato ragionevolmente evitato se fossero state poste in essere le azioni doverose.

L'ordinamento anglo-americano ha indicato i cosiddetti "cinque stati mentali" che possono sussistere in un soggetto per dimostrarne la responsabilità penale.

Essi si articolano in: *Intention, Knowing, Willful blindness, Recklessness, Negligence*.

Successivamente alla sentenza *Global-Tech*, la dottrina ha individuato un'evoluzione della teoria della *Willful blindness* che è stata applicata nelle Corti.

Infatti, dalla definizione originale chiarita nella sentenza *Global-Tech* – che ritiene sussistente la cecità intenzionale in base a due presupposti: l'alta probabilità che un fatto illecito esista; la volontarietà nel non voler conoscere tale fatto illecito – sono discese successive ulteriori variazioni che la dottrina riassume come di seguito.

²⁷ *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899)

La prima riguarda la motivazione posta a presupposto del voler evitare la responsabilità penale.

Infatti, nel caso *United States v. Griffin*²⁸, la Corte ha ravvisato la sussistenza di responsabilità penale derivante da *willful blindness* non solo perché l'imputato aveva volontariamente omesso di interessarsi di un fatto, conscio che tale indagine lo avrebbe reso edotto di un illecito, ma anche perché la decisione che ha guidato la sua scelta era quella di voler evitare qualsivoglia responsabilità.

La seconda invece prende in considerazione i cosiddetti “*affirmative steps*”, che possono essere tradotti in modo piuttosto generico come “scelte affermative”.

Infatti, alcune Corti, soprattutto quelle federali d'appello, nel definire se sia ravvisabile o meno una responsabilità derivante da *willful blindness*, richiedono la presenza di un ulteriore elemento, per l'appunto l'*affirmative step*, con il quale i giudici intendono la realizzazione di azioni che confermano la presenza di un illecito in atto o già compiuto.

Inoltre, alcuni orientamenti giurisprudenziali ritengono che per la sussistenza di cecità intenzionale sia necessario non solo l'elemento psicologico del non accertarsi di qualcosa poiché si ha la certezza quasi assoluta che esista un illecito, ma sia necessaria anche la presenza di almeno un'azione volta ad occultare la sua presenza; il classico esempio potrebbe essere quello di distruggere prove, documenti o altri elementi comprovanti l'illecito.

Una terza modulazione di tale dottrina è nata dal dibattito sui vari temi che la *willful blindness* ha aperto nel corso della storia giuridica statunitense: essa consiste nel verificare che nel soggetto agente sussista una conoscenza “altamente probabile” che il fatto illecito sussista.

²⁸ *United States v. Griffin*, 303 U.S. 226 (1938)

Andare a ricercare e a definire in giudizio il concetto di altamente probabile è cosa ardua poiché il confine che dovrebbe distinguere il probabile dal sicuro conoscere non può essere quantificato, ragion per cui questa particolare modulazione della dottrina non ha mai trovato un reale riscontro nelle aule di tribunale, rimanendo nel *mare magnum* delle infinite idee scritte sul tema.

La quarta ed ultima variazione si definisce secondo un criterio negativo: un soggetto va esente da responsabilità se dimostra che in nessun modo egli abbia avuto la percezione o il minimo sospetto della sussistenza di un fatto illecito.

La teorizzazione di tale concetto è impossibile da dimostrare in un'aula di tribunale per il semplice fatto che poter indagare a posteriori la psicologia di un soggetto è quasi impossibile: questa, come la precedente teorizzazione di *willful blindness*, è ipotizzabile solo nei libri di dottrina e non applicabile nella prassi.

Perciò, al netto delle varie modalità applicative e delle diverse varianti teoriche, appare evidente come definire in capo ad un imputato la sussistenza di *willful blindness* appaia davvero molto complesso per molteplici ragioni, tra le quali, appunto, il dover indagare la psicologia in modo posteriore agli eventi.

Se negli Stati Uniti il dibattito sull'applicabilità e sulle modalità di dimostrazione processuale della dottrina della *willful blindness* ha comportato il susseguirsi di teorie dottrinali e di interventi della Corte Suprema per definire un indirizzo comune a tutte le Corti Federali che, come dimostrato in molte sentenze, hanno avuto decisioni opposte e contrastanti, in Italia, invece, tale dottrina non ha avuto la fortuna ottenuta negli *States*.

Ne è testimonianza un caso in cui la Corte di Cassazione ha dovuto decidere in merito alla presunzione di dolo nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale in capo al Collegio Sindacale, ritenendo che fosse impossibile accertare giudizialmente la presunzione di volontarietà nell'azione omissiva di vigilanza posta in essere dai *gatekeeper* della società fallita.

La sentenza che ha escluso la possibilità di una applicabilità della dottrina americana è la N. 42046/2017.²⁹

²⁹ Cass pen., Sez. V, 15/09/2017, n. 42046

Prima di entrare nello specifico della motivazione con cui la Corte ha argomentato la propria decisione, chiarendo se si potesse presumere o meno il dolo in capo agli organi societari, è bene fare una breve sintesi di quale fosse il contesto in cui tali questioni erano sorte.

A seguito del fallimento della società D.A. S.r.l., dichiarato nel 2004, il liquidatore della società in esame ritenne sussistente, a seguito dei vari controlli svolti sul bilancio della società, una responsabilità in capo ai membri del collegio sindacale per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori.

Il fallimento della società era derivato dall'aver prelevato dai conti correnti della società A.D. UK, fiduciaria della D.A. S.r.l, una somma pari ad 800 milioni di sterline, contabilizzati nel bilancio annuale della società con sede in Italia con la dicitura "rimborso finanziamento ai soci".

Ciò, in fin dei conti, non avrebbe rappresentato nessun problema, poiché i soci in qualsiasi momento possono richiedere la restituzione delle proprie quote.

Dall'esame delle delibere assembleari, però, non vi era traccia alcuna né di un finanziamento dei soci in favore della società, né di una decisione di restituzione di tali somme deliberata prima di tali prelievi presso la società con sede in Inghilterra.

L'azione del prelievo materiale dai conti correnti della società inglese era stata realizzata dagli amministratori della società, ma ai sindaci veniva imputata un'omissione di controllo sulle azioni dei componenti del C.d.A.

Se in 1° grado il G.U.P. di Napoli non aveva ritenuto responsabili degli eventi i membri del collegio sindacale; di diverso avviso, invece, furono i componenti della Corte d'Appello, i quali ravvisarono una responsabilità dolosa in capo ai controllori *ex artt.* 110, 40, comma 2 c.p., 216 comma 1 e 223 l. fall.

Naturalmente tale decisione fu impugnata e fu rimessa alla decisione della Corte di Cassazione.

La questione importante, ai fini della trattazione in oggetto, risulta essere la valutazione richiesta alla Corte in merito alla sussistenza del dolo nell'azione dei sindaci.

La Corte in questo caso assume una posizione più garantista, ritenendo che non possa sussistere il dolo in capo a soggetti che non hanno potuto svolgere il loro ufficio e che non hanno commesso l'azione materialmente.

Infatti, gli elementi sintomatici, quali appunto i segnali d'allarme, ritenuti e dalla dottrina e dalla giurisprudenza elemento fondamentale per definire se ragionevoli dubbi sull'esistenza dell'evento-reato siano sorti in capo ai *gatekeepers*, non erano presenti: invero, il reato di bancarotta fraudolenta, nel caso in esame, non è derivato da delibere assembleari o azioni degli amministratori bensì è derivato da una semplice inadempienza di obbligazioni per mancanza di liquidità nei conti della società, poiché il denaro era stato utilizzato come mezzo di restituzione del valore delle quote dei soci.

Nella sentenza i giudici scrivono: «Questa Corte ha evidenziato come sussista la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, dei sindaci qualora ricorrano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione del potere di controllo – e, pertanto l'inadempimento dei poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori – esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori. (Sez. 5, n. 26399 del 05/03/2014). Nel caso in esame manca una compiuta indagine sul punto, laddove la valutazione, secondo la quale i sindaci erano ben consapevoli della volontà dismissiva/distrattiva degli organi amministrativi della D.A., [...]».³⁰

³⁰ Cass pen., Sez. V, 15/09/2017, n. 42046

La Corte, inoltre, chiarisce la questione della presenza o meno dell'elemento soggettivo del dolo nei soggetti imputati, scrivendo: «In ogni caso risulta essere passaggio fondamentale, non sufficientemente chiarito nella sentenza impugnata, quello relativo all'elemento psicologico del reato configurabile a carico degli imputati. Questa Corte ha più volte affermato il principio, secondo cui i componenti del collegio sindacale concorrono nel delitto di bancarotta commesso dall'amministratore della società anche per omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo loro attribuiti dagli artt. 2403 cod. civ. e ss., che non si esauriscono nella mera verifica contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori ma, pur non investendo in forma diretta le scelte imprenditoriali, si estendono al contenuto della gestione sociale, a tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali (Sez. 5, n. 18985 del 14/01/2016) e comprendono il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione (Sez. 5, n. 14045 del 22/03/2016)».³¹

Appare evidente, quindi, in definitiva, come la Corte abbia confermato l'orientamento oramai sempre più frequentemente applicato nelle Corti e che vede sussistere la responsabilità omissiva in capo ai sindaci e agli amministratori non-esecutivi solamente nei casi in cui i cosiddetti segnali d'allarme siano talmente chiari, forti ed evidenti da far sorgere un dubbio consistente nella mente umana da portarla ad indagare maggiormente su quei fatti.

Questa sentenza, però, oltre a rafforzare l'orientamento della giurisprudenza italiana sulla responsabilità derivante da omissione di controllo da parte dei *gatekeepers* di una società, conferma come la Suprema Corte di Cassazione non ritenga la dottrina della *willful blindness* integrabile con il sistema garantistico italiano.

³¹ Cass pen., Sez. V, 15/09/2017, n. 42046

La Corte, in definitiva, ha ritenuto, nel caso in esame, che per poter definire sussistente l'elemento soggettivo del dolo in capo ai controllori di una società siano necessarie chiare e definite prove atte a dimostrare come questi conoscessero in modo inequivocabile la situazione all'interno della società, ritenendo, quindi, non sufficiente il concetto della "cecità intenzionale" per l'ascrizione dell'elemento del dolo, ma tutt'al più per l'ascrizione dell'elemento della colpa. Tale impostazione dell'ordinamento statunitense in molti casi è stata oggetto di critica, evidenziandosi come la dottrina della *willful blindness* venga applicata in modo iniquo, inteso che quest'ultima è applicata perlopiù nei reati che non riguardano il sistema economico-finanziario, mentre quando si tratta di *white collar crimes* sovente la si ignora per evitare procedimenti penali a coloro ritenuti importanti nella società.

Tale ipotesi potrebbe apparire fondata per il semplice fatto che a livello storico, come visto, la sua applicazione è stata registrata nei giudizi riguardanti reati di trasporto di armi o droga oltre i confini americani.

Al netto della decisione in esame, la giurisprudenza italiana, per ora, sembrerebbe non ritenere integrabile nel sistema giuridico la dottrina della *willful blindness* poiché presupporre l'elemento del dolo o, in generale, della responsabilità dal semplice fatto che chi doveva controllare non l'ha fatto andrebbe contro quei principi riconosciuti alla persona imputata in un processo.

L'ordinamento italiano richiede una certezza delle prove, un filo logico di fondo che non faccia nascere in capo ai giudici il ragionevole dubbio; adottare simile dottrina significherebbe basare la colpevolezza di un soggetto più su una questione dialettica e sull'impostazione del concetto "cosa avrebbe fatto l'agente-modello?", senza la valutazione di tutte quelle indefinibili variabili che possono comporre le azioni di un soggetto.

Tale sentenza, inevitabilmente, porta anche a riflettere sui diversi ruoli e sulle diverse responsabilità che i *gatekeepers* hanno nei due ordinamenti, ossia quello italiano e quello statunitense.

3. Differenze con l'ordinamento italiano

«Si possono compulsare a lungo i repertori giurisprudenziali statunitensi o interrogare i diversi sistemi di ricerca *on line*, ma ben difficilmente, come si è detto, si troverà anche un solo caso di *condanna penale* di un amministratore non esecutivo che abbia agevolato o avallato, attraverso il mancato esercizio del dovere di vigilanza, il comportamento illecito degli organi delegati».³²

Già da queste prime parole appare evidente come l'applicazione della dottrina della *willful blindness* ai *white collar crimes* non abbia avuto la stessa fortuna che ha avuto per le altre categorie di reati.

Sebbene questa dottrina sarebbe l'*escamotage* perfetto, concettualmente parlando, per essere applicata nei casi in cui o i sindaci o gli amministratori non esecutivi hanno deciso di non adempiere o di non indagare ulteriormente nelle operazioni degli amministratori delegati, tuttavia non ha trovato una applicazione reale e continua sul piano processuale statunitense risultando quasi sempre una dottrina più teorica che pratica.

I casi che sono stati analizzati in precedenza quali *Global-Tech* ed *Enron*, hanno visto l'applicazione della *willful blindness* solamente da un punto di vista civilistico, o meglio, risarcitorio.

Inoltre, nei casi appena citati, l'oggetto dei processi risultavano essere i danni che il fallimento o l'amministrazione fraudolenta di tali società avevano causato nei soggetti con cui avevano legami.

Infatti, nel caso *Global-Tech* l'applicazione della dottrina della *willful blindness* si è resa necessaria per far sì che la società SEB S.A. ottenesse un risarcimento danni per violazione brevettuale assai più cospicuo rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere da una società con fatturato minore rispetto alla Global.

Nel caso della *Enron*, sebbene il dissesto fosse stato causato dalle azioni del C.E.O., chi era stato frodato utilizzò il principio del "non poteva non sapere" come

³² CENTONZE F., scritti per Federico Stella, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, Napoli, 2007.

leva per poter ottenere un risarcimento danni direttamente dalle tasche degli amministratori non esecutivi per una somma che si avvicinava ai 20 milioni di dollari.

Infine, nel caso *WorldCom*, la dottrina in esame fu utilizzata come mezzo per ottenere un più ampio risarcimento direttamente dagli amministratori non esecutivi.

Nel sistema giuridico statunitense appare chiaro come la dottrina della *willful blindness* sia stata utilizzata, nell'ambito dei reati dei colletti bianchi, come mezzo finalizzato all'ottenimento di un risarcimento danni non trascurabile e non come mezzo per definire le rispettive responsabilità sul piano penale.

Quindi, sebbene non si abbia riscontro di azioni penali nel sistema statunitense in merito all'accertamento delle responsabilità per concorso omissivo nei reati commessi dagli amministratori delegati delle società, per quanto riguarda, invece, le azioni civili, queste sono numerosissime e tutte rivolte ai componenti non esecutivi del *board* con il precipuo fine di ottenere risarcimenti danni direttamente dai soggetti coinvolti.

Prima di entrare nello specifico delle differenze che intercorrono tra il ruolo di amministratore non esecutivo in Italia e negli Stati Uniti, è bene fare una piccola appendice su come viene impostato il sistema statunitense in questa tipologia di reati e quali sono le possibili derive.

Nel sistema giuridico statunitense l'inizio della vicenda giudiziale può avere origine da due tipologie di azioni: la *direct action*, che si esplica solitamente in una *class action*, modalità questa espressamente definita dal *Securities Exchange Act*, oppure la *derivative suit*, azione direttamente disciplinata dalla legge statale dove è avvenuto il fatto illecito.

Un motivo che ha comportato il non perseguire penalmente gli *outside directors* si deve ravvisare nel sistema giuridico proprio degli Stati Uniti.

Infatti, l'azione penale è basata sulla discrezionalità, per la quale si intende quindi la libera facoltà che ha il procuratore a indagare o meno un soggetto per determinate azioni.

Nel caso dei *White collar crimes* sono gli stessi procuratori che, onde evitare ripercussioni non indifferenti per la loro carriera all'interno delle istituzioni

giuridiche o politica (molto spesso la via più rapida per diventare senatore è quella di essere stato Procuratore generale), preferiscono non perseguire penalmente gli *outside directors* per la difficoltà probatoria a cui dovrebbero fare fronte e a cui difficilmente, a meno di palesi azioni commissive o omissive, riescono ad ovviare.

In contrapposizione netta con l'ordinamento italiano, l'ordinamento statunitense predispone una «corteccia protettiva a strati»³³ atta a tutelare gli amministratori non esecutivi.

La prima grande differenza che appare evidente nel mettere in relazione i due sistemi risulta essere quella che negli U.S.A. le questioni relative alla responsabilità dei non esecutivi non vengono mai decise in aule penali ma solamente in aule civili, mentre in Italia tale materia diviene oggetto di procedimento civile per il risarcimento danni, penale per accertare la sussistenza o meno della responsabilità per concorso omissivo nel reato commesso dall'amministratore delegato.

Un altro elemento di netta differenziazione tra i due sistemi risulta essere l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Infatti, nel sistema statunitense, è stato cristallizzato un orientamento del *Second Circuit* nel *Private Securities Litigation Reform Act* – nell'ordinamento italiano difficilmente sarebbe ipotizzabile che un orientamento di qualsiasi ente giurisdizionale venga trasformato in legge –: «*Required State of Mind. – in any private action arising under this title in which the plaintiff may recover money damages only on proof that the defendant acted with a particular state of mind, the complaint shall, with respect to each act or omission alleged to violate this title, state with particularity facts giving rise to a strong inference that the defendant acted with the required state of mind*».³⁴

³³ HAMDANI, KRAAKMAN, *Rewarding outside directors*, ricerca presentata alla *The Louis & Mirtle Moskowitz Conference on the Impact of Sarbanes-Oxley on doing business* presso la *University of Michigan Law School*, 9-10 Novembre 2006, 5, in *Michigan Law Review*, 2007, 105, 1677 ss.

³⁴ Così, art. 21D (b) *Private Securities Litigation Reform Act*, 1934: «Elemento soggettivo richiesto. - in qualsiasi azione privata proposta in base a questo titolo in cui l'attore può recuperare i danni solo sulla prova che il convenuto ha agito con un particolare elemento soggettivo, il reclamo dovrà, in relazione a ogni atto o omissione che si presume violi questo titolo, dichiarare in modo circostanziato i fatti che danno luogo a una fondata deduzione che l'imputato abbia agito con lo stato d'animo richiesto».

La differenza appare netta rispetto all'impostazione che i giudici italiani hanno dato in merito all'accertamento dell'elemento soggettivo, poiché questi ultimi si basano sul duplice concetto "non poteva non sapere" e "segnali d'allarme chiari ed evidenti" rendendo, dal punto di vista processuale al pubblico ministero molto più facile la formulazione dell'accusa e la contestuale dichiarazione di colpevolezza, cosa che risulta essere completamente differente nel sistema statunitense, dove, al fine di accertare la sussistenza della colpevolezza, l'attore deve dimostrare la reale presenza di dolo nelle azioni dei non esecutivi non basandosi solamente sul principio della posizione ricoperta, concetto tanto caro alla giurisprudenza italiana dei primi anni '90.

Se nell'ordinamento italiano il fine ultimo nell'accertare la responsabilità dei non esecutivi è quello di trovare un colpevole e di irrogare una pena contestuale, nell'ordinamento statunitense il fine ultimo è quello di risarcire coloro che hanno subito le conseguenze di tali eventi.

Infatti, nelle Corti civili americane devono sussistere diversi presupposti per far sì che i danneggiati dalle omissioni perpetrate dai non esecutivi ottengano un risarcimento.

Tali presupposti, riconosciuti anche dalla dottrina³⁵ più autorevole sono: la prova dell'aver beneficiato della frode; l'aver partecipato a titolo omissivo o commissivo alla stessa; la prova che conoscessero fatti e informazioni che non lasciavano alcun dubbio di illecito *in itinere*; la prova, debitamente motivata in giudizio, della presenza dell'elemento soggettivo.

Tali elementi sono stati cristallizzati in una sentenza della Corte d'Appello del terzo circuito, che chiarisce: «*Outside Directors as a group, based on their position, without any attempt to link specific individuals to specific instances of reckless conduct. We have held that such "catch-all" or "blanket" assertions do not satisfy the particularity requirements of Rule 9(b) and the PSLRA and must be disregarded.*

A pleading of scienter sufficient to satisfy Rule 9(b) "may not rest on a bare inference that a defendant "must have had" knowledge of the facts" or "must have

³⁵ KENNETH, SIMONS, *The Willful Blindness Doctrine: Justifiable in Principle, Problematic in Practice*, in *University of California, Irvine ~ School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, 2021, 2, 1 ss.

known" of the fraud given his or her position in the company. In re Advanta, 180 F.3d at 539 (citations omitted). As we have stated, "[g]eneralized imputations of knowledge do not suffice, regardless of the defendants' positions within the company." Id. (citation omitted). The allegation that the Outside Directors, qua directors and members of the audit committee, had access to unspecified business records and a duty to review them does not give rise to a strong inference that the Outside Directors individually knew of or recklessly disregarded particular wrongful recognitions of revenue [...]»³⁶.

Un chiaro esempio di come questo orientamento sia rimasto immutato nel tempo è dimostrato dal caso *Enron*, dove gli attori hanno mosso nei confronti degli amministratori non esecutivi l'accusa di non aver vigilato a fronte di palesi segnali d'allarme; la Corte di Huston ha ritenuto che le argomentazioni poste in essere dagli attori fossero prive di fondamento per la loro genericità, vaghezza e imprecisione nel definire su quali prove si basano queste omissioni, atteso che non risultarono sufficienti i verbali di assemblea.

Quindi, in definitiva, il sistema statunitense, con riguardo ai reati omissivi degli *outside directors*, privilegia un *modus operandi* nettamente differente da quello italiano per il fatto che, nel primo, i procedimenti non vengono mai attivati attraverso la denuncia, necessitando di indizi talmente precisi e gravi da non poter essere in alcun modo rintracciati per svariati motivi, tra i quali quello della contestuale impossibilità di controllo capillare, data dalla struttura complessa dell'azienda, oppure l'impossibilità di desumere dai verbali d'assemblea la condizione psicologica e, quindi, l'elemento soggettivo del dolo, risultando invece

³⁶ *In re Suprema Specialties, Inc. Sec. Litig.*, 438 F.3d 256, 282 (3d Cir. 2006): «Amministratori non esecutivi come gruppo, in base alla loro posizione, senza alcun tentativo di collegare individui specifici a casi specifici di condotta sconsiderata. Abbiamo ritenuto che tali affermazioni "generiche" o "generali" non soddisfano i requisiti di particolarità della regola 9 (b) e della PSLRA e devono essere ignorate.

Una dichiarazione di colpevolezza in grado di soddisfare la Regola 9 (b) "non può basarsi su una mera deduzione che un imputato" deve aver avuto "conoscenza dei fatti" o "deve aver saputo" della frode data la sua posizione nella società. In re Advanta, 180 F.3d a 539 (citazioni omesse). Come abbiamo affermato, "[g] imputazioni generalizzate di conoscenza non sono sufficienti, a prescindere dalle posizioni degli imputati all'interno dell'azienda". Id. (citazione omessa). L'affermazione secondo cui gli Amministratori esterni, in quanto amministratori e membri del comitato di audit, hanno avuto accesso a documenti aziendali non specificati e il dovere di esaminarli non dà luogo a una prova valida del fatto che gli Amministratori esterni conoscessero individualmente o abbiano ignorato sconsideratamente particolari entrate illecite [...]»

possibile ottenere in sede civile un risarcimento danni derivante dalla dimostrazione non dell'omissione degli amministratori non esecutivi ma del danno che gli attori hanno subito dall'operato della società.

Infatti, è proprio in questo limbo processuale che si muove il concetto dei *punitive damages*, che permettono ai danneggiati di ottenere un risarcimento danni non basato solamente sull'effettivo danno materiale subito.

Il sistema statunitense, quindi, privilegia cospicui risarcimenti a chi è stato danneggiato rispetto all'emissione di una pena nei confronti di chi non ha commesso materialmente il fatto illecito ma si è macchiato di una colpa derivata dal non aver vigilato o per sua negligenza o per altri innumerevoli motivi.

La motivazione intorno a cui ruota questa sostanziale visione protettiva da parte della giustizia nei confronti degli *outside directors* viene, in un certo qual modo, giustificata anche dalla stessa dottrina statunitense, che ritiene appunto il compito *dei gatekeepers* eccessivamente oneroso e molto spesso troppo poco remunerato rispetto al carico di responsabilità a cui devono fare fronte.

Infatti, la dottrina statunitense e, indirettamente, la Giustizia stessa, facendo un parallelismo tra amministratori e automobilisti, ritiene che la valutazione dell'operato di un amministratore non debba basarsi su un singolo errore ma sul percorso complessivo, così come l'abilità di un automobilista non debba basarsi solo sul singolo incidente che ha causato: «si discute ovviamente di distinte decisioni adottate da un *board* e le risposte delle corti che utilizzano i parametri del *tort* sono state calibrate su singoli distinti eventi.

Ma il cuore delle vere responsabilità di un amministratore è l'attenzione alle sue continue multiple funzioni: un processo, un flusso di eventi, un *continuum* dell'attuale storia della società [...] Nel caso di un amministratore, il corretto riferimento per vagliare il suo dovere giuridico dovrebbe essere il flusso della sua performance nell'esercizio delle sue funzioni, non il singolo incidente»³⁷.

Se dal punto di vista formale la differenza tra i due ordinamenti risulta essere palese, per il fatto che la questione responsabilità in un caso viene affrontata solo sul piano del risarcimento danno, quindi in sede civile, mentre nell'altro viene

³⁷ MANNING, *The business judgment Rule and the Director's Duty of Attention: time for reality*, in *Ohio State law journal*, 1984, 45, 1480.

affrontata in sede penale, sul piano sostanziale, anche nei tribunali americani i termini come “*red flags*”, “segnali d’allarme”, “*warrant signs*” sono divenuti normali aggettivi, spesso utilizzati come elementi probatori per dimostrare la negligenza del *board*.

La differenza che sussiste tra i tribunali italiani e quelli statunitensi risiede nel peso specifico, a livello probatorio, che tali segnali d’allarme assumono all’interno del procedimento stesso.

Nelle diverse sentenze emesse dal 2008 in poi nei tribunali italiani, analizzate in questa trattazione, i giudici hanno sempre specificato in modo chiaro come i segnali d’allarme, qualora essi si fossero palesati in modo netto – e quasi sempre nelle motivazioni delle sentenze si ritiene che ciò avvenga –, gli amministratori non esecutivi e i sindaci avrebbero dovuto percepirli, presupponendo, quindi, una responsabilità derivante da negligenza nei doveri di vigilanza.

Diverso rispetto a tale impostazione, invece, è il sistema americano che ritiene tali segnali d’allarme rilevanti ma non sufficienti per definire la colpevolezza.

Infatti, sulla scia della dottrina che più volte ha enfatizzato tale concetto, anche la giurisprudenza appare ferma sul punto che il non aver percepito elementi riconducibili al *genus* dei *red flags* non possa costituire elemento fondante né il dolo né la colpa.

La motivazione portata a sostegno di tale orientamento, oramai uniforme in tutte le Corti statali e federali, poggia le basi sul presupposto che un *board* di una società di medie-grandi dimensioni sia sottoposto ad un continuo e costante flusso informativo che comporta il non percepire o non poter approfondire determinate circostanze che “con il senno di poi” risulterebbero chiari ed evidenti.

Anche la dottrina sottolinea tale principio con il concetto di *duty of care* chiarendo come: «*Courts are reluctant to subject directors-particularly outside directors-to due care liability. A number of factors explain this reluctance.*

First, courts realize that no person is obligated to serve as a corporate director, especially an outside director.

If corporate law threatened directors who failed to perform at the level of the law's aspirations with liability, "no men [or women] of sense would take the office."

Second, shareholders, as equity investors, can be viewed as having assumed the risk that managers will make some bad judgments resulting in business losses.

Third, fact-finder's viewing situations retrospectively too often may be inclined to determine that a bad result was due to bad judgment rather than bad luck. Finally, the threat of liability may lead directors or managers to avoid potentially profitable but risky business opportunities or to focus on safeguarding corporate resources»³⁸.

Differenze ulteriori tra i due ordinamenti oltre a quelle appena descritte sono ravvisabili nei poteri e nei ruoli ricoperti dalle Autorità Garanti del mercato.

Se in Italia abbiamo la CONSOB, negli *States* c'è la SEC.

Questi enti sono stati creati con lo scopo di vigilare il mercato finanziario, ma al fine di tale trattazione è bene definire quali poteri hanno nei confronti degli amministratori delle società.

Nel sistema Italia la CONSOB non ha poteri inquisitori nei confronti degli amministratori non esecutivi né tantomeno nei confronti degli operativi, atteso che il ruolo di quest'ultima risulta essere quello di verificare che una società non compia irregolarità sul mercato e quindi tutelare i risparmiatori e investitori.

³⁸ WEISS, *Economic Analysis Corporate Law and the ALI Corporate Governance Project*, in *Cornell Law Review*, 1984, 70, 14: «Le corti sono restie ad assoggettare gli amministratori - in particolare gli amministratori non esecutivi - al Duty of care.

Diversi fattori spiegano questa ritrosia.

Innanzitutto, le corti si rendono perfettamente conto che nessuno è obbligato a svolgere le funzioni di *corporate director* e specialmente di *outside director*.

Se il diritto societario prospettasse la minaccia della responsabilità agli amministratori incapaci di raggiungere il livello delle aspirazioni della legge, "nessun uomo o donna di buon senso accetterebbe un tale incarico..."

In secondo luogo, si può ritenere che i soci come anche i risparmiatori abbiano in qualche modo assunto il rischio che i manager compiano degli errori e che da questi errori derivino perdite per la società.

In terzo luogo, i giudici esaminando i fatti retrospettivamente troppo spesso possono essere tentati dal decidere che un pessimo risultato sia dovuto a una pessima decisione piuttosto che alla cattiva sorte.

Infine, la minaccia della responsabilità potrebbe condurre gli amministratori o i *manager* ad evitare opportunità di investimento potenzialmente remunerative ma rischiose e a focalizzarsi sulla salvaguardia delle attuali risorse aziendali».

Invece per la SEC si deve fare un discorso parzialmente diverso, poiché quest'ultima ha la facoltà di destituire gli amministratori esecutivi e non solamente se si tratta di una *public company*, potendo, nel caso di società private, emettere dei rapporti negativi riguardo gli amministratori, attuando così una sorta di *public shaming* di fronte la collettività.

Un ulteriore potere che la SEC ha è quello di poter sanzionare amministrativamente e penalmente gli amministratori di cui si hanno le prove della commissione di un illecito.

Se nel caso delle azioni commissive non sussiste alcun problema, invece, questo sorge nei casi di responsabilità omissiva derivante da una negligenza nel dovere di controllo proprio dei *gatekeepers*.

Il maggior problema che si pone nei confronti dell'azione della SEC è l'onere probatorio, essendo assai complesso dimostrare l'elemento soggettivo; inoltre la normativa federale, che regola il funzionamento di tale agenzia, richiede la dimostrazione della sussistenza del legame tra omissione e possibilità di evitare la commissione o la continuazione dell'illecito.

Proprio per questa difficoltà probatoria non indifferente, la SEC, dagli anni '90 ad oggi ha perseguito penalmente solo un amministratore non-esecutivo, ossia Frank Walsh, *outside director* della società Tyco International, principale colpevole della truffa attuata dalla società nei confronti dei risparmiatori.

La SEC ha, nel corso degli anni, ottenuto penetranti poteri atti ad "entrare" all'interno dei *board* delle società quotate e controllare che non venissero posti in essere reati finanziari.

Poteri che hanno operato e funzionato solo al fine di permettere a coloro che risultavano essere stati frodati da una società un risarcimento elevato e immediato.

L'azione della SEC, inoltre, è risultata essere determinate per prevenire il fallimento delle società, inteso che prima viene fermato un illecito, minori saranno i danni per il sistema economico.

Sistema questo che però non si è dimostrato del tutto efficace: l'esempio è dato dal fallimento della banca d'affari Lehman Brothers Holdings Inc.

Prima di definire il problema che si crea nei tribunali riguardo il concetto dell'ogni ragionevole dubbio e come provare la presenza dell'elemento soggettivo

nelle omissioni realizzate dagli amministratori non esecutivi, è necessario ampliare la nostra analisi non solo alle tipologie di reati omissivi in ambito *white collar crimes* ma anche negli altri casi, solamente per comprendere quanto la normativa riguardo l'omissione sia diversa da Stato a Stato.

Il concetto che esplica il reato omissivo improprio è la "*complicity by omission*".

Nell'ordinamento statunitense, al di là di alcuni reati contro la persona, per cui sussistono delle forme autonome di reato, molto spesso la categoria dei reati omissivi risulta essere un'eccezione.

Avendo ogni Stato, essendo gli U.S.A. una federazione, piena autonomia sulla legislazione nei propri confini, molti hanno deciso di escludere dai propri *statutes* la parte che disciplina il reato omissivo improprio.

Emblematiche rispetto alla teorizzazione del reato omissivo improprio appaiono due decisioni³⁹ in materia di responsabilità omissiva rese dalle Corti d'Appello del Wisconsin e di Washington: a detta della prima, l'omissione sussiste come figura autonoma di reato e non come aggravante per il fatto che non fare qualcosa che si ha il dovere di compiere equivale a fare un illecito, mentre nel secondo caso la Corte chiarisce in modo netto come non possa sussistere tale figura di reato poiché non disciplinato nello *statute* dello Stato.

Oltre al problema giuridico-storico che ha comportato questa differenziazione all'interno degli Stati americani, gli altri due punti che hanno disincentivato il perseguire penalmente gli *outside directors* di una società sono stati, come ricordato in precedenza, il ragionevole dubbio e la prova dell'elemento soggettivo.

Se nel processo civile il principio cardine che guida i giudici nel decidere sulla questione dirimente risulta essere "più probabile che non", nel procedimento penale, per far sì che un soggetto venga dichiarato colpevole, è necessario che non sussista neanche il più minimo dubbio.

Perciò per l'accusa dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio che l'illecito perpetrato nella società si sarebbe potuto evitare se l'*outside director* si fosse

³⁹ le sentenze in questione sono *State v. Williquette, Wisconsin Court of Appell, 1985* e *State v. Jackson, Washington, 1999*

comportato in un certo modo anziché in un altro risulterebbe impossibile, poiché verrebbe alla luce un'innumerabile quantità di variabili che impedirebbero ai giudici di avere una chiara visione dei fatti.

Inoltre, se risulta essere complesso dimostrare che l'omissione derivante dai non esecutivi è stata determinante per la commissione dell'illecito, risulterà ancora più arduo dimostrare la connivenza tra gli esecutivi e i non esecutivi, attraverso prove che dimostrino che i secondi fossero a conoscenza del piano criminale dei primi e che quindi, nel tenere il contegno omissivo, abbiano accettato e voluto, anche a titolo di dolo eventuale, la verifica dell'evento-reato.

E se sul piano probatorio tra i due ordinamenti non vi è differenza alcuna, anche sul piano della dimostrazione dell'elemento soggettivo il panorama non muta.

Il tema fondamentale che emerge da tale modello processuale adottato dalle Corti americane è quello che se l'accusa vuole dimostrare la colpevolezza dell'*outside director* necessita di un castello probatorio talmente ampio e convincente da non poter lasciare il minimo dubbio nella Corte e nella giuria che egli sia colpevole.

Tale castello probatorio si deve fondare sul concetto di "consapevolezza", ossia occorre provare che l'*outside director* abbia agito consapevolmente nell'omissione realizzata.

In tale sistema ben si adatterebbe il concetto della *willful blindness* poiché, come ampiamente dimostrato nei casi precedentemente descritti, tale dottrina verrebbe utilizzata come modello probatorio al fine di dimostrare che l'ignoranza volontaria è stato il presupposto della commissione dell'illecito.

Se in linea teorica la dottrina in questione sarebbe perfetta per l'applicazione nei contesti di reati omissivi, la realtà processuale, soprattutto nei casi di *white collar crimes* appare completamente differente, ragion per cui non viene mai utilizzata come mezzo probatorio da parte dell'accusa poiché qualora fosse possibile o anche plausibile la presenza de «la prova di un errore, di negligenza, di disattenzione»⁴⁰, il castello accusatorio cadrebbe.

⁴⁰ O'MALLEY, *Federal Jury Practice and Instructions. Criminal*, V ed., St. Paul, Minnesota, 2003, v. 1A, 580.

Se tale impostazione probatoria-processuale negli Stati Uniti è rimasta invariata anche a seguito degli scandali finanziari degli anni '90, uguale cosa non può dirsi per il sistema italiano.

L'orientamento tenuto nei confronti degli amministratori non-esecutivi nei tribunali italiani non è risultato essere sempre lo stesso.

Si pensi, ad esempio, al fallimento del Banco Ambrosiano avvenuto negli anni '90 e il fallimento della banca Bipop Carire, la cui sentenza fu emessa nel 2007.

In questi due esempi, già ampiamente trattati nel capitolo precedente, appare emblematico che le decisioni che le Corti hanno preso sono antitetiche.

La giurisprudenza italiana ha sviluppato, come visto, il tema dei “segnali d'allarme”, che secondo la Cassazione sarebbero l'elemento atto a far sorgere un dubbio più o meno fondato, a seconda della gravità degli stessi, nella mente dell'amministratore non-esecutivo.

Se per i giudici italiani la colpevolezza di un'azione omissiva deriva anche da una conoscenza potenziale, inteso che con la sola presenza di determinati segnali perspicui e peculiari dev'essere “chiaro ed evidente” che un illecito è in corso d'opera, per i giudici della Suprema Corte americana la conoscenza deve risultare “piena e reale e volontaria”.

Con tali aggettivi i giudici intendono sostanzialmente che la conoscenza dell'illecito, posto in essere dagli amministratori esecutivi, doveva essere chiaro nella mente dei *gatekeepers*, cioè che la partecipazione risulti essere attiva, quindi commissiva, e non derivante da un'omissione; nelle azioni degli stessi deve essere riscontrabile una volontà nell'omettere il controllo, inteso che il soggetto agente deve prefigurarsi la naturale conclusione degli eventi derivante dalle sue azioni o omissioni.

Ed infine, come ulteriore richiesta della Corte al fine di definire la colpevolezza da omissione è necessario che ci siano prove reali (documenti, delibere, astensioni) che indichino chiaramente un coinvolgimento o financo un collegamento tra soggetto agente dell'illecito e chi aveva il dovere di controllare.

Quindi, attuando una ipotetica comparazione tra i due sistemi penalistici in caso di giudizio su un reato omissivo di un amministratore non esecutivo,

apparirebbe evidente come lo *standard* probatorio richiesto dalle Corti americane sarebbe così elevato da necessitare una palese ed evidente colpevolezza: ed infatti a livello storico solo in un caso è avvenuta la condanna di un *outside director*. Al contrario, per le Corti italiane tutto dipende dall'importanza che il giudice decide di dare ai segnali d'allarme.

Perché, in definitiva, è apparso evidente dall'analisi dei diversi casi esaminati, in cui vi era il coinvolgimento dei non esecutivi, di come il tutto ruoti intorno al concetto di segnale d'allarme e all'analisi a posteriori del giudice, molto spesso basata su un modello comportamentale che l'amministratore avrebbe dovuto seguire.

Nel sistema statunitense i giudici, nel momento in cui devono decidere in merito alla colpevolezza degli *outside directors*, prendono in considerazione tutti i possibili fattori che possono essere intervenuti nel momento in cui si realizzava l'illecito, a differenza di quello che accade nei tribunali italiani, dove i giudici si concentrano esclusivamente sui segnali d'allarme e sulla loro percepibilità.

All'interno del sistema americano si è venuto a creare un sempre più forte dibattito in merito alla *business judgment rule* e sul fatto che questa possa fungere da "scudo" rispetto agli errori commessi.

«A particularly sore point in the current debate about the business judgment rule is whether the protection of the rule should be available only if the judgment reached by the directors was "in furtherance of a rational business purpose," or was "rationally in furtherance of a reasonable business purpose," or some similar, general concept.

The classic case law position has been that the rule does not protect the directors if they commit an act of corporate "waste." No one denies that proposition. However, there is not much consensus as to what constitutes "waste."

Efforts to develop a functional vocabulary to identify "waste" have been as unsuccessful as corresponding efforts to give operational meaning to the concept of "obscenity."

It has been argued that if a corporate transaction does not have a "rational business purpose" it must therefore be "waste," and the business judgment rule must be made inapplicable. In the eyes of many viewers, however, this approach is a

certain avenue to disaster, for it will invite-nay, force-courts to delve into individual business transactions and engage in exactly the kind of business judgment second-guessing that the business judgment rule is designed to eliminate.

Everyone, including the courts, agrees that courts are not equipped to make these kinds of judgments»⁴¹.

Con tale concetto appare evidente come negli Stati Uniti sussista una sorta di scudo protettivo intorno agli amministratori delle società sia sul piano strettamente economico, come dimostra il concetto espresso dalla *business judgment rule*, secondo cui, se venisse fatta un'operazione sbagliata sul piano economico, questa sarebbe scusabile per il fatto del rischio insito nel sistema stesso, sia sul piano penale, nei soli casi di responsabilità omissiva per reati altrui, rispetto ai quali le Corti tendono ad evitare una condanna ingiusta piuttosto che addivenire a una condanna indiscriminata.

Da quello che emerge dalle esperienze giuridiche e dottrinali americane appare evidente come, nel caso specifico dei *white collar crimes*, i giudici preferiscano non decidere sulla colpevolezza di un *outside director* a meno che le prove in possesso dell'accusa non siano molteplici e comprovanti oltre il ragionevole dubbio la colpevolezza del singolo.

Su tale concetto appare molto più avanti il sistema statunitense rispetto a quello italiano, ancora ancorato a dogmi e presupposti oramai antichi e necessariamente da superare.

⁴¹ MANNING, *The business judgment rule and the director's duty of attention*, cit., 1477 ss.: «Un punto particolarmente dolente nell'attuale dibattito sulla *business judgement rule* è se la protezione della regola debba essere disponibile solo se la decisione presa dagli amministratori era "a sostegno di uno scopo aziendale razionale", o era "razionalmente a favore di uno scopo aziendale ragionevole" o un concetto generale simile. La classica posizione giurisprudenziale è stata che la norma non tutela gli amministratori se commettono un atto di "spreco" aziendale, e nessuno lo nega. Tuttavia, non c'è molto consenso su ciò che costituisce "spreco".

Gli sforzi per sviluppare un vocabolario funzionale per identificare gli "sprechi" sono stati fallimentari quanto quelli profusi per dare per dare un significato operativo al concetto di "osceno". È stato affermato che se una transazione aziendale non ha uno "scopo aziendale razionale" deve quindi essere "spreco" e la *business judgement rule* è inapplicabile. Agli occhi di molti spettatori, tuttavia, questo approccio conduce certamente al disastro, poiché indurrà le corti ad approfondire le singole transazioni commerciali e ad impegnarsi *a posteriori* in un tipo di giudizio che invece è rimesso, a norma della *business judgment rule*, alla discrezionalità dei vertici aziendali. Tutti, compresi i giudici, concordano sul fatto che i tribunali non sono in grado di operare simili giudizi».

Il nostro sistema è apparso come un pendolo oscillante tra il punire tutti i membri di un *board* indistintamente e il non punire alcuno se non il reale autore dell'illecito.

In definitiva risulta evidente come l'approccio nel punire la commissione di determinati reati risulti essere diversa tra i due ordinamenti.

Anche la stessa modalità di risonanza probatoria nei due sistemi è in molti casi differente, atteso che, perlomeno nei reati oggetto di tale trattazione, il sistema americano richiede certezza, mentre il nostro, alle volte, si è dimostrato molto meno garantista che in altri casi.

L'applicabilità della dottrina della *willful blindness* si è dimostrata inefficace nei tribunali americani proprio per il suo concetto intrinseco di probabilità e di non certezza assoluta nel sapere se un soggetto avesse coscienza oppure no di quello che stava facendo.

Dello stesso parere si è mostrata la Corte di Cassazione, che, come visto, non ha accolto tale dottrina.

Se gli Stati Uniti hanno mostrato una maggiore coerenza in merito ai reati omissivi riguardanti la responsabilità degli *outside directors* per reati commessi dagli amministratori esecutivi, così non si è dimostrata l'Italia, oscillante tra una necessità di punire indistintamente gli amministratori di società per scoraggiare la commissione di illeciti e un recupero di quel garantismo costituzionalmente protetto in cui deve essere punito solamente colui che, oltre il ragionevole dubbio, è stato dimostrato essere colpevole dell'illecito, come ragionevolmente avviene nel caso Bipop Carire.

Forse il sistema penale statunitense possiede più ombre che luci, ma per il tema oggetto di questa trattazione, i giudici, nel momento in cui devono decidere su reati di tale tipologia, paiono essere più garantisti, comprendendo le difficoltà a cui tutti i componenti dei *board* sono sottoposti quotidianamente e giudicandoli non in base al singolo errore, chiaramente derivante dalla negligenza di non aver adempiuto al compito del loro ufficio, ma con riferimento al complesso del loro operato.

CONCLUSIONE

Giunti alla fine di questa trattazione l'auspicio è quello di aver reso più chiaro un tema che, come dimostrato ampiamente sia dal punto di vista della dottrina sia dal punto di vista giurisprudenziale, risulta essere multiforme, modificatosi nel corso di circa un trentennio a seguito di eventi di notevole importanza mediatica.

Il tema della responsabilità degli amministratori non esecutivi e dei sindaci risulta essere un argomento assai delicato, posto che il concetto di controllo all'interno dell'impresa nella maggior parte dei casi risulta essere inficiato da situazioni esterne non rilevabili a livello giurisdizionale.

La modifica normativa realizzata nel 2003 può essere considerata come una pietra miliare del diritto delle società.

Infatti, se prima del 2003 c'era una sorta di generico dovere di controllo e nella prassi giurisprudenziale indiscriminatamente la responsabilità da reato era imputata agli esecutivi, ai non esecutivi e ai sindaci, dopo la riforma il concetto di pena generalizzata è stato abbandonato a favore di una maggiore precisione giudiziaria.

Posto ciò, però, in alcune decisioni delle Corti appare evidente come lo spettro di una storia costellata di precedenti giudiziari, in alcuni casi ingiusti, sia sempre presente: i giudici non esitano, anche con motivazioni al limite dell'improbabile, a emettere pene severe basate su un concetto di dolo snaturatosi della sua caratteristica di volontarietà.

Infatti, sebbene la sussistenza del dolo nella maggior parte delle situazioni fosse inesistente, molte Corti territoriali hanno costruito le sentenze intorno al concetto di colpa, tramutandolo in dolo e sovrapponendo indebitamente i due piani:

o si parla di colpa derivante da negligenza oppure di volontarietà, risultando chiaro come l'una escluda l'altra.

Una via ben definita ancora non è stata battuta nella giurisprudenza italiana, risultando ancora presenti in molte decisioni delle Corti il concetto del “non poteva non sapere” quando, se venisse esaminata in modo capillare la vita societaria, gli amministratori non esecutivi, come del resto tutto il *board*, sono soggetti a forti pressioni.

Il problema di fondo a cui i giudici hanno cercato di porre rimedio rispetto alle sentenze pre-riforma risulta essere quello di trovare una modalità probatoria per dimostrare se nell'omissione realizzata dall'amministratore non esecutivo sussista dolo o colpa.

Constatando i giudici che la normativa civilistica e penalistica risultano essere carenti di specifici elementi che possono direzionare la decisione, a partire dalla sentenza Bipop-Carire avrà grande fortuna in giurisprudenza la teoria dei segnali d'allarme.

Anche questa modalità probatoria risulta essere non del tutto efficace a definire se un amministratore non esecutivo abbia agito dolosamente o colposamente nell'omissione realizzata.

Inoltre, il concetto di segnale d'allarme non è stato del tutto chiarito dalla giurisprudenza, soprattutto all'atto di definire l'intensità e le tipologie di *red flags*.

Infatti, non vi è un preciso orientamento da parte dei giudici sul concetto di soglia di intensità, con la quale si intende il momento limite oltre il quale il segnale era così forte ed evidente da non poter non essere percepito, contraddistinguendo così l'elemento soggettivo in termini di dolo.

In più, si aggiunga come nelle decisioni della giurisprudenza successiva alla sentenza Bipop-Carire si sia equiparata alla conoscenza (e dunque alla concreta percezione) dei segnali d'allarme anche la loro conoscibilità, tornando a una definizione alquanto evanescente della componente rappresentativo-volitiva che caratterizza il dolo.

Posto ciò, quindi, anche questo mezzo probatorio è risultato carente di certezza e di precisione, elementi che devono contraddistinguere il processo penale.

Guardando, invece, al mondo del *common law*, un *escamotage* che le Corti americane hanno provato ad applicare a queste tipologie di reati in cui un soggetto compia un'omissione riferita alla realizzazione di un reato, è rappresentato dalla dottrina della *willful blindness*; il tentativo ha avuto però esiti deludenti.

Infatti, sebbene questa dottrina abbia avuto grande fortuna in moltissimi reati riguardanti il trasporto di armi/droga tra gli anni '70 e '90, nel momento in cui si è ipotizzato di applicarla ai *white collar crimes*, la situazione è mutata decisamente.

Partendo dal concetto base che porta con sé tale dottrina, ossia che il non voler sapere cosa sta accadendo poiché si ha la quasi assoluta certezza che si stia commettendo un illecito equivale a commettere l'illecito stesso, risulta non applicabile a queste tipologie di reati.

Le cause sono molteplici sia dal punto di vista procedurale che storico-sociologico, ma in definitiva, il sistema statunitense richiede, nel processo penale, una certezza probatoria non indifferente, che chiaramente tale dottrina non può assicurare, basandosi principalmente su un concetto ideale di agente-modello che risulterebbe difficile da motivare giudizialmente.

In definitiva, analizzata sia la situazione italiana sia quella statunitense, dimostrare la sussistenza di dolo nell'omissione dell'amministratore non esecutivo e dei sindaci risulta essere assai difficile persistendo comunque quell'idea di fondo di un accertamento di responsabilità meramente presuntivo.

Chiaramente, la decisione sulla colpevolezza o meno dei non esecutivi è rimessa al giudice, che dovrà basarsi inevitabilmente su prove certe che molto spesso non possono essere reperite e che molto spesso sono mancanti.

La dottrina della *willful blindness* poteva essere una modalità risolutoria per comprovare l'elemento soggettivo del dolo, ma che alla realtà dei fatti risulta essere

nient'altro che una “teoria troppo teorica”, che difficilmente riuscirebbe a trovare ingresso nel nostro ordinamento senza forti sospetti di incostituzionalità.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA, PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2006, 502 ss.

ACCINNI, *Fatti di bancarotta e responsabilità penale degli amministratori senza delega*, in *Riv. soc.*, 1992, 1522 ss.

ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1959

BRUDNEY, *The Independent Director: Heavenly City or Potemkin Village?*, in *Harvard L. Rev.*, 1982, 95, 3, 597 ss.

BRODSKY, ADAMSKY, *Law of Corporate Officers and Directors*, New York, 1984-2006

CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali d'allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, 905 ss.

CAPUTO, *Dolo – la mossa dello struzzo: i segnali d'allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, 10, 2250 ss.

CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Soc.*, 1998, 888 ss.

CAVALLI, *Il collegio sindacale: luci e ombre di un sistema controverso*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 148 ss.

CHABRIS, SIMONS, *Il gorilla invisibile*, in *Il sole 24 ore*, Milano, 2012, 22 ss

CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2018, 3, 1626

CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009

CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. Soc.*, 2012, 317 ss.

CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in BERTOLINO, FORTI (a cura di), *Scritti in onore di F. Stella*, vol. II, Napoli, 2007, 981 ss.

COSENZA, *The Holy Grail of Corporate Governance Reform: Independence or Democracy*, in *Brigham Young University Law Review*, 2007

COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1994

CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, Milano 2018,

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

D'ALESSANDRO F., *le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, 2007, in *Cass. pen.*, 2007, 4812 ss.

DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Società*, 2006, 4, 401 ss.

DI IORIO, *I reati commessi nell'ambito di organi societari collegiali: il problema della responsabilità penale di amministratori e sindaci per omesso impedimento degli illeciti societari*, Napoli, 2014

EUSEBI, *Il dolo come volontà, Sub-Art. 43*, Brescia, 1993

FIANDANCA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2008

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, tomo I-II, Bologna, 2004

GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608 ss.

GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 623 ss.

GROSSO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol XIII, Roma, 1989

HAMDANI, KRAAKMAN, *Rewarding outside directors*, ricerca presentata alla *The Louis & Mirtle Moskowitz Conference on the Impact of Sarbanes-Oxley on doing business* presso la *University of Michigan Law School*, 9-10 Novembre 2006, 5, in *Michigan Law Review*, 2007, 105, 1677 ss.

KENNETH, SIMONS, *The Willful Blindness Doctrine: Justifiable in Principle, Problematic in Practice*, in *University of California, Irvine ~ School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, 2021, 2, 1 ss.

INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 173 ss.

IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Bologna, 2016

IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 499 ss.

IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 1998, 3161 ss.

MACEY, BOOT, *Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance*, in *89 Cornell L. Rev.*, 2004, p. 368 ss.

MANNING, *The business judgment Rule and the Director's Duty of Attention: time for reality*, in *Ohio State law journal*, 1984, 45, 1480

- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2013
- MANZILLO, *Amministratori non delegati, responsabilità penale da mera posizione nelle fattispecie di bancarotta ed applicazione di misure cautelari*, in *Diritto penale di impresa*, 2013
- MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2012
- MCGOWAN D., *Why Not Try the Carrot? A Modest Proposal for Granting Immunity to Lawyers Who Disclose Client Financial Misconduct*, in 92 Cal. L. Rev., 2004, 1828 ss.
- MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2006
- MASTRANDREA, *Psicologia della percezione*, Roma, 2017
- MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1 ss.
- MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954
- MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2006
- MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 47 ss.
- NUVOLONE, *il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955
- O'MALLEY, *Federal Jury Practice and Instructions. Criminal*, V ed., St. Paul, Minnesota, 2003, v. 1A
- ONADO, *Imprese, banche, agenzie di rating, nella crisi del terzo millennio*, in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 20 ss.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008,

- PEDRAZZI, *Il tramonto del dolo*, in *Riv. it. dir. pen. e proc. pen.*, 2000, 4, 1265 ss.
- PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995
- PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione*, Firenze, 2010
- PICCIONE, *Il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nel contesto dei reati d'impresa*, in *Cass. Pen.*, 2016, 4, 1785
- PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 71 ss.
- PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004
- POWER M., *La società dei controlli*, Milano, 2002
- RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio tipicità e colpevolezza riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975
- STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim dir. pen. econ.*, 1990, 558 ss.
- STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005
- STELLA RICHTER JR., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa soc.*, 2005, 164 ss.
- SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Soc.*, 2006, 292 ss.
- SALAFIA, *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Soc.*, 2014, 139 ss.
- VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente, ne il libro dell'anno Diritto Treccani*, Roma, 2013, 123 ss.

VIVANTE, *Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulle società anonime*, in *Riv. dir. Comm.*, 1935, 497 ss.

WEIGMAN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974

WEIGMANN, *La responsabilità degli amministratori delegati*, in FERRO (a cura di), *La responsabilità nel fallimento societario*, Milano, 2001, 305 ss.

WEISS, *Economic Analysis Corporate Law and the ALI Corporate Governance Project*, in *Cornell Law Review*, 1984, 70, 14 ss.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990,

TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002,

THALER, *Toward a positive theory of consumer choice*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1980, 39 ss.

TIOLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton, 2005

TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in The Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, 1372 ss.

ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005

ZEY, *Banking on fraud*, New York, 1993

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

SENTENZE DELLE CORTI AMERICANE

Global Tech Appliances INC. v. SEB S.A., 31/05/2011, n° 10-6;

Sentenza Corte Appello 9° circuito, *United States of America v. Charles Demore Jewell*, 27/02/1976

In re Suprema Specialties, Inc. Sec. Litig., 438 F.3d 256, 282 (3d Cir. 2006)

TRIBUNALE DI MERITO:

Trib. Milano, 16/04/1992, n. 3182

Trib. Brescia, 31/05/2005, n. 604

Trib. Salerno, 31/01/2008, n. 2379

Trib. Milano, 18/12/2008, n.14344

CORTE DI APPELLO:

Corte App. Milano, 13/05/1992, n. 37

Corte App. Salerno, 21/06/2010, n. 52

Corte Ass. App. Torino, Sez. I, 28/02/2013, n. 6

CORTE DI CASSAZIONE:

Cass. pen., Sez. V, 9/04/1991, n. 3949

Cass. pen., Sez. V, 27/05/1996, n. 1963

Cass. civ., Sez. I 22/04/1998, n. 112

Cass. pen., Sez. Un., 10/07/2002, n. 30328

Cass. pen., Sez. I, 08/02/2005, n. 2538

Cass. pen., Sez. Un., 12/07/2005, n. 33748

Cass. pen., Sez. V, 04/05/2011, n. 28932

Cass. pen., Sez. V, 4/5/2007, n. 23383

Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595

Cass. pen. Sez. V., 18/02/2010, n. 17690

Cass. civ., Sez. I, 11/11/2010, n. 22911

Cass. pen., Sez. V, 08/06/2012, n. 42519

Cass. pen., Sez. Un., 24/04/2014, n. 38343

Cass. pen., Sez. V, 22/07/2014, n. 32352

Cass. pen., 15/09/2017, n. 42046

RINGRAZIAMENTI

Sono trascorsi 5 anni dalla prima lezione sui banchi delle aule di via Parenzo e al tempo sembrava un vero e proprio miraggio la laurea e invece anche questo traguardo è stato raggiunto.

E quindi mi è doveroso dedicare questo spazio del mio elaborato alle persone che hanno contribuito, alla realizzazione dello stesso.

In primis, un ringraziamento speciale al mio relatore Prof. Maurizio Bellacosa e alla Dott.ssa Leonia Barile per la loro immensa pazienza, per i loro indispensabili consigli e per le conoscenze trasmesse durante tutto il percorso di stesura dell'elaborato.

Una speciale menzione non può che non essere fatta a mia madre, mia nonna e mio nonno, per gli innumerevoli sacrifici che hanno realizzato per me dal primo giorno in cui sono nato, senza i quali tutto ciò non si sarebbe potuto realizzare.

Un ringraziamento speciale va alle ragazze dello studio legale dove svolgo la pratica; Elisabetta, Loredana, Valentina, Margherita che mi hanno sopportato per tutto il quinto anno di università e che mi hanno sempre considerato come un loro pari e mai come un semplice praticante.

Ringrazio il mio padrino Marco sempre presente nei miei eventi più importanti.

Infine, tutti i miei amici Luca, Giuseppe, Giorgio, Francesco, Marco, Chiara, Eleonora, Simone, Alberto, Patrizio, Federico, Giulio, Alessandro, Riccardo, Federica, Daniele con cui ho condiviso mille risate durante tutto questo percorso.