

LA RESPONSABILITÀ PENALE OMISSIVA DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGA

Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione

di Nicola Menardo

Abstract. *Il presente contributo si propone di descrivere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul tema della responsabilità penale degli amministratori non esecutivi delle società di capitali per i reati commessi dai delegati, proponendo alcune riflessioni de jure condendo.*

SOMMARIO: 1. I doveri degli amministratori alla luce dell'evoluzione del diritto societario – 2. La responsabilità penale dell'amministratore privo di delega – 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia – 4. L'esistenza ed efficacia di poteri impeditivi, il nesso di causalità – 5. Considerazioni conclusive.

1. I doveri degli amministratori alla luce dell'evoluzione del diritto societario.

Uno degli argomenti di maggiore attualità nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto i *white collar crimes* è quello che attiene ai profili di penale responsabilità ravvisabili in capo ai consiglieri di amministrazione non esecutivi delle società di capitali, per i reati posti in essere dagli amministratori delegati¹.

La riforma di diritto societario attuata con legge n. 6/2003, ha prodotto un radicale mutamento degli obblighi degli amministratori non operativi, circostanza che ha avuto ripercussioni decisive anche sul perimetro della loro responsabilità nei confronti della società per fatti illeciti commessi dagli *executives*.

Il regime degli obblighi dei consiglieri senza delega vigente prima della novella, prevedeva a carico di questi ultimi un ampio e indefinito dovere di vigilanza sull'andamento della gestione, con l'annesso obbligo di attivarsi per impedire il compimento di atti pregiudizievoli o quantomeno attenuarne le conseguenze.

La vastità e indeterminatezza di tali precetti operativi faceva sì che, nel caso in cui si fossero verificati fatti di *mala gestio*, tutti i componenti del consiglio di amministrazione fossero ritenuti solidalmente responsabili (sotto il profilo patrimoniale) dei danni patiti dalla società, per non aver adeguatamente presidiato,

¹ Cfr. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, trad. Forti, Milano, 1987.

esercitando il potere di vigilanza sopra menzionato, il rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione.

La riforma di diritto societario ha innovato, tra gli altri, proprio l'art. 2381 c.c. in tema di poteri e doveri degli amministratori.

Lo scopo era duplice: aggiornare la disciplina codicistica rispetto ai paradigmi societari consolidatisi nell'esperienza nazionale e internazionale e tutelare la figura dell'amministratore non operativo da un diritto vivente che, all'epoca, si attestava su posizioni di dubbia compatibilità con il principio della responsabilità colposa, sposando piuttosto un modello di responsabilità oggettiva e di posizione.

Come emerge chiaramente dalla Relazione di accompagnamento alla riforma (sub. 6.III.4) "l'eliminazione [...] dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati, tende, pur conservando la responsabilità solidale, a evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva".

Il mito di un controllo efficace sui vertici esecutivi svolto dai consiglieri privi di delega ha subito così un netto ridimensionamento, dovuto al fatto che i modelli legali definiti dalla normativa precedente si erano rivelati inadeguati a dare conto dell'effettiva distribuzione dei poteri all'interno dell'organo amministrativo e della decisività, ai fini di un effettivo esercizio dei poteri-doveri di valutazione e controllo, della circolazione delle informazioni riguardanti la gestione².

Con riferimento a tale ultimo profilo, le novità principali riguardanti i consiglieri non operativi sono state essenzialmente due: la modifica dello standard di diligenza imposto all'amministratore nell'adempimento delle proprie funzioni, nel senso di una maggiore personalizzazione del giudizio di responsabilità – attraverso il passaggio dal canone della diligenza del mandatario a quello della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze del singolo amministratore – e la sostituzione del dovere di vigilanza sull'andamento della gestione con il più esigibile obbligo di valutare l'attività di gestione, agendo in modo informato (art. 2381 c.c.)³.

A tale situazione d'informazione passiva, fa da contraltare un obbligo di ragguaglio da parte del presidente del consiglio di amministratore e dei delegati, che

² Tali osservazioni consentono di affermare, a sommo avviso di chi scrive, che rispetto al tema dell'individuazione dei doveri di controllo e dei poteri di intervento dell'amministratore rispetto a fatti pregiudizievoli per l'interesse sociale, la riforma del 2003 non abbia avuto carattere innovativo ma possa considerarsi come ricognitiva dei principi che governano il giudizio di responsabilità civile dei consiglieri di amministrazione; questo in quanto la relazione di accompagnamento dà atto della sostanziale inesigibilità (anche in astratto) nei confronti dell'amministratore, degli obblighi di vigilanza che la normativa precedente poneva a suo carico. Con la conseguenza che il novellato assetto di doveri e responsabilità può esser assunto quale valido criterio ermeneutico anche rispetto ai comportamenti e ai fatti pregressi alla riforma.

³ L'attività di vigilanza presuppone infatti un monitoraggio continuato e ininterrotto su ciascuna azione gestoria, del tutto inesigibile nei confronti del consigliere non operativo; ben diversa è l'attività di periodica valutazione della gestione, che allude ad attribuzioni da esercitarsi *una tantum* nella sede consiliare.

sono gravati di precisi doveri di reporting sulla gestione della società, da attuarsi nella sede consiliare⁴.

Ciò che, alla luce del modello poc'anzi descritto, è richiesto al consiglio di amministrazione (quale organo collegiale) e ai suoi componenti singolarmente considerati, è dunque un periodico vaglio dell'andamento dell'attività d'impresa e del rispetto dei principi di corretta gestione, alla luce dei dati e degli aggiornamenti messi periodicamente a disposizione dagli amministratori esecutivi in merito all'attività dagli stessi svolta.

Per tale ragione, il perimetro della responsabilità del *board* appare strettamente connesso ai contenuti di tale dovere di azione informata e ai limiti dello stesso.

La possibilità d'intervento degli amministratori privi di delega subisce peraltro una forte limitazione dal vincolo della collegialità, che prelude ai consiglieri non operativi di procedere all'autonomo reperimento d'informazioni sulla gestione al di fuori della sede consiliare, non avendo il singolo componente del consiglio di amministrazione poteri di azione *extra moenia*⁵.

La posizione di garanzia del *monitoring board* è ulteriormente delineata dall'art. 2392 comma 3 c.c., laddove si afferma che gli amministratori sono responsabili dei danni cagionati alla società qualora, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose.

Orbene, proprio la richiamata norma – malgrado faccia riferimento a rimedi e forme di responsabilità di matrice civilistica – è stata assunta quale perno attorno al quale strutturare la responsabilità penale omissiva dei consiglieri privi di delega, al fine di sanzionare tutte quelle condotte inerte tenuta dagli amministratori non operativi a fronte di illeciti perpetrati dagli *executives* nella gestione dell'attività d'impresa.

In tal modo vengono utilizzati a fini di accertamento della responsabilità penale omissiva impropria, canoni di comportamento giuridicamente concepiti e normativamente descritti a fini meramente civilistici: con risultati tutt'altro che soddisfacenti (v. *infra*).

⁴ Pare opportuno puntualizzare che il diritto/dovere di informazione attiva ha un ambito applicativo assai più contenuto rispetto al previgente obbligo di vigilanza gravante sui non *executives*; in effetti l'art. 2381 commi 3 e 6 c.c. impone l'obbligo ai delegati di informare i deleganti senza postulare poteri specifici in capo agli amministratori non operativi, se non quello di sollecitare l'ostensione delle informazioni dovute.

⁵ CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2002, 381, che evidenzia come di regola l'attività dell'amministratore si esaurisce nel voto e pertanto egli non può essere ritenuto responsabile per non avere individualmente preso provvedimenti, perché non ha il potere di farlo. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, in CONTI (a cura di), Milano, 1999, 81 rileva come solo gli esecutivi sono in grado di conoscere fatti e criticità gestionali, mentre i consiglieri privi di delega non possono che riportarsi alle notizie e alle informazioni riportate dai delegati.

2. La responsabilità penale dell'amministratore privo di delega.

Passando ora alla disamina dei principi che governano la responsabilità penale concorsuale dei deleganti per i reati commessi dai delegati, occorre evidenziare preliminarmente che le possibili forme di partecipazione al reato da parte del consigliere non operativo sono due: il 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, ovvero quella del concorso omissivo improprio (o commissivo mediante omissione), che si sostanzia della consapevole e volontaria abdicazione dall'obbligo giuridico – imposto dall'ordinamento – di impedire la commissione di reati nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Se la struttura del concorso commissivo crea poche difficoltà pratiche, lo schema di responsabilità di tipo omissivo improprio, applicato alla figura del consigliere non operativo, pone problemi di non poco conto sotto molteplici profili, tra i quali spiccano l'individuazione e delimitazione degli obblighi di controllo del garante, l'esistenza di poteri impeditivi efficaci, l'applicazione al citato schema concorsuale dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di causalità omissiva, la prova dell'elemento soggettivo del reato.

Come noto, quello dei reati omissivi impropri è un paradigma di ascrizione della responsabilità penale costruito sul combinato disposto tra la norma dettata dall'art. 40 cpv. c.p. e una disposizione incriminatrice che prevede un reato tipicamente commissivo e di evento. Il polo attorno al quale ruota tale tipologia di responsabilità è dato dall'esistenza, in capo ad un certo soggetto – il garante – di uno specifico obbligo di attivarsi per impedire la realizzazione di fatti di reato.

Alla luce della clausola di equiparazione contenuta nell'art. 40 comma 2 c.p., la mancata attivazione da parte del garante, fa sorgere in capo a quest'ultimo una responsabilità penale (monosoggettiva o concorsuale) per non avere impedito l'evento pregiudizievole verificatosi.

La fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi, per quanto riguarda la tutela dell'interesse sociale da parte del singolo amministratore, è stata individuata nel già richiamato art. 2392 c.c., che delinea per l'appunto specifici obblighi di protezione in capo al membro del consiglio di amministrazione.

Quest'ultimo, come detto, se viene a conoscenza di "fatti pregiudizievoli" per l'interesse sociale, ha il dovere di fare quanto in suo potere per impedirne il compimento. Ne consegue che il consigliere non operativo il quale, posto a conoscenza della realizzazione – imminente o in corso – di un reato da parte degli amministratori esecutivi, deliberatamente omette di attivarsi per impedirne la realizzazione, è qualificabile come concorrente nel reato ai sensi degli artt. 110 c.p. e 40 cpv. c.p.

Ai fini della formulazione di un giudizio di responsabilità penale di tal genere, un passaggio tanto decisivo quanto problematico è quello che riguarda il rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo del reato, dovendo il comportamento omissivo, per assumere rilevanza penale, essere connotato da rappresentazione e volizione, quantomeno nella forma del dolo eventuale.

Nella pratica giudiziaria, si è posto dunque il problema di individuare idonei criteri di valutazione dell'elemento soggettivo che consentano di caratterizzare il comportamento inerte del consigliere privo di delega, e dunque di operare una netta distinzione tra omissioni deliberate e consapevoli (quindi penalmente rilevanti) e mancanze meramente colpose (suscettibili di assumere rilievo sul solo piano della responsabilità civile).

3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia.

L'approccio della giurisprudenza al tema del concorso omissivo di componenti non operativi del *board* è sempre stato molto rigido.

Tale impostazione era favorita da un apparato normativo che, come già evidenziato, poneva in capo ai singoli consiglieri di amministrazione ampi e indefiniti obblighi di vigilanza sull'andamento della gestione, senza peraltro fornire adeguati poteri di intervento.

L'atipicità dei doveri e degli strumenti a disposizione degli amministratori, aveva indotto la giurisprudenza a sostenere che, non essendo le prerogative di controllo dei consiglieri tipizzate dalla legge, l'atteggiamento del singolo garante avrebbe dovuto e potuto estrinsecarsi secondo le modalità più ampie, con ciò estendendo a dismisura l'alveo di responsabilità di ciascun amministratore⁶.

Il citato orientamento ha avuto importanti riflessi non solo sugli esiti delle azioni di responsabilità civile intentate nei confronti del consiglio di amministrazione ai sensi della normativa di diritto societario, ma anche sotto il profilo dell'accertamento della responsabilità penale omissiva dei consiglieri senza deleghe per i reati commessi dai delegati: sia con riferimento all'esistenza di poteri impeditivi in capo ai singoli consiglieri (che giustifica l'applicazione dell'art. 40 comma 2 c.p.) che in relazione ai criteri di accertamento dell'elemento soggettivo della fattispecie concorsuale omissiva.

La prassi adottata dalla giurisprudenza ante-riforma era, infatti, quella di individuare, nel semplice binomio costituito dalla violazione del dovere di vigilanza e dalla mancata attivazione dei poteri impeditivi, i sintomi di una consapevole adesione – da parte degli altri membri del *board* – al proposito criminoso degli amministratori esecutivi, (quantomeno in termini di dolo eventuale), dovendo ogni colpevole inerzia essere interpretata quale indice dell'accettazione del rischio, da parte del consigliere delegante, di verifica di un fatto illecito⁷.

Secondo il summenzionato orientamento, 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*.

⁶ C. App. Milano, sez. II, sent. 10/6/1996, in *Riv. dir. pen. econ.*, 1998, 571.

⁷ Cass. Pen., sez. V, sent. 27/5/1996, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1394.

Questa impostazione si pone in evidente contrasto con i principi costituzionali in tema di responsabilità penale, posto che tende a sovrapporre i differenti piani soggettivi del dolo e della colpa per rimediare alle gravi difficoltà di carattere probatorio che si riscontrano nell'indagine sull'elemento soggettivo del reato, soprattutto laddove omissivo improprio⁸.

Una soluzione esegetica più matura, inaugurata dalla giurisprudenza di merito (e successivamente mutuata dalla Cassazione), fonda il giudizio di responsabilità degli amministratori non operativi sulla teoria dei c.d. "segnali di allarme"⁹.

Secondo tale orientamento, il coefficiente soggettivo minimo richiesto per ascrivere in capo ai membri del *monitoring board* una responsabilità concorsuale omissiva, può essere individuato attraverso la dimostrazione dell'avvenuta rappresentazione, da parte del singolo amministratore, di una serie di indici rivelatori che, secondo le massime di comune esperienza e il grado di diligenza imposto al consigliere nell'adempimento dell'incarico, avrebbero dovuto indurre quest'ultimo ad attivarsi per accertare e impedire, attraverso i poteri che gli sono propri, la realizzazione delle condotte illecite.

Un esempio paradigmatico di applicazione della suddetta impostazione ermeneutica è fornito dalle sentenze (di merito e di legittimità) pronunciate nell'ambito del procedimento relativo al *crac* del Banco Ambrosiano¹⁰.

In tale vicenda processuale, fu dato ampio risalto alle numerose circostanze di fatto accertate nel corso del procedimento, che, secondo l'impostazione accusatoria, avrebbero dovuto allertare il consiglio di amministrazione – e i membri del collegio sindacale – sull'esistenza di gravi anomalie gestorie idonee a integrare illeciti di natura penale.

I giudici di merito e infine la Corte di Cassazione, hanno ritenuto che la totale indifferenza rispetto all'esistenza dei predetti indici di rischio, unitamente ad una serie di comportamenti di sostanziale condivisione e pubblico avallo delle scelte operate dall'amministratore delegato, fossero idonei – sotto il profilo probatorio – a qualificare il comportamento inerte dei deleganti come rappresentazione e consapevole accettazione del rischio del verificarsi del dissesto.

Il pur pregevole sforzo di individuare un metodo di accertamento dell'elemento soggettivo più raffinato di quelli in uso all'epoca, attraverso l'impiego dei "segnali d'allarme", sconta però il limite di non avere delineato in modo puntuale e specifico le caratteristiche che tali circostanze di fatto debbono possedere per assurgere all'elevato

⁸ Forti critiche a tali impostazioni provengono da M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. It.*, 2010, 978, che fa espresso riferimento a modelli di ascrizione di responsabilità di posizione o per assunzione.

⁹ Trib. Milano, sez. II, sent. 24/11/1999, in *Giur. it.*, II, 2638.

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

rango di indicatori di un illecito in itinere, tali da consentire di ritenere provata, al di là di ogni ragionevole dubbio, la componente rappresentativa del dolo.

Inoltre non può essere sottaciuto che la semplice constatazione dell'esistenza dei campanelli d'allarme non è di alcuna utilità ai fini dell'accertamento dell'altra componente ineludibile del dolo, ovvero la volizione (anche in termini di mera accettazione del rischio) del fatto illecito.

L'entrata in vigore della novella del 2003 ha condotto la giurisprudenza di legittimità a un'importante ridefinizione del perimetro della posizione di garanzia degli amministratori di società, circoscrivendo i relativi doveri e obblighi.

Una simile evoluzione è stata favorita in modo determinante dalla progressiva centralità assunta dalla teoria dei segnali d'allarme e da un'esegesi sempre più raffinata dell'art. 2392 c.c.

Un passo decisivo verso la rimodulazione della responsabilità dei membri del *board* è quello mosso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 23383/2007 sul caso *Bipop Carire*¹¹.

La richiamata pronuncia prende in esame per la prima volta il tema della responsabilità penale degli amministratori deleganti per i fatti dei delegati alla luce della riforma del 2003, posto che in nessuna delle sentenze precedenti la Suprema Corte si era mai interrogata sulle possibili conseguenze che le modifiche civilistiche attuate con il d.lgs. 6/2003 avrebbero potuto avere sul regime della responsabilità penale omissiva degli amministratori non esecutivi.

Occorre peraltro evidenziare come già la dottrina avesse sottoposto a dura critica le modalità di accertamento dell'elemento psicologico utilizzata all'epoca dalla prassi giudiziaria¹².

In particolare, era già stato rilevato che il ritenere sufficiente, ai fini della prova del dolo dell'amministratore non operativo, la volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata *tout court* come accettazione del rischio di qualsivoglia sviluppo negativo della gestione d'impresa, significava desumere la dimostrazione dell'elemento soggettivo dal semplice inadempimento dell'amministratore, dando origine ad una sorta di dolo di posizione, sussumibile nella formula del "non poteva non sapere"¹³.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, il Giudice dell'udienza preliminare di Brescia aveva assolto gli amministratori privi di delega dai reati ascritti all'intero consiglio di amministrazione (false comunicazioni sociali e ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza), limitando l'affermazione di penale

¹¹ Cass. Pen., sez. V, sent. 4/5/2007 n. 23383, in *Cass. Pen.*, 2008, 103, con nota di CENTONZE, *La Suprema corte di Cassazione e la responsabilità degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.

¹² Cfr. l'approfondimento sul punto operato da MERCONE, [L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme](#), nota a Cass. pen. n. 41136/2010, in *questa Rivista*, 2 febbraio 2012.

¹³ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1265 ss.; DE FRANCESCO, *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008, 423 ss.

responsabilità agli amministratori esecutivi che avevano concretamente realizzato i fatti illeciti.

La Corte di Cassazione, investita della questione dal Pubblico Ministero, secondo il quale ai fini dell'affermazione del concorso – quantomeno a titolo di dolo eventuale – dei consiglieri privi di deleghe sarebbe sufficiente la conoscibilità di indici di rischio ravvisabili nell'operato degli executives, ha respinto la tesi del ricorrente, affrontando ex professo la questione riguardante i parametri da adottare per valutare la responsabilità concorsuale omissiva dei c.d. *gatekeepers*.

Il tema da cui i Giudici di legittimità prendono le mosse è, come detto, quello dei contenuti della riforma di diritto societario, che costituiscono la premessa per ricalibrare la posizione di garanzia del consigliere non operativo: l'obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv c.p., infatti, deve essere misurato sulla fonte normativa che pone il dovere di intervento.

Preso atto della circostanza che il d.lgs. 6/2003 ha “certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società” delineando “il criterio direttivo dell'agire informato, che sostiene il mandato gestorio (art. 2381 c.c., comma 5)” e che in tal modo “la riforma ha indubbiamente – con più puntuale disposizione letterale – alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe”, sostituendo all'obbligo di generale vigilanza il dovere di agire informato (senza assegnare un autonomo potere di indagine), la Corte si è soffermata sul punto nodale della questione sottopostale, ovvero quello della prova dell'elemento soggettivo del reato¹⁴.

La dimostrazione del dolo, operazione notoriamente difficoltosa sul piano probatorio poiché impone al giudicante di individuare nella realtà fenomenica indici rivelatori di uno stato interiore e soggettivo, coinvolge in modo peculiare il tema degli indici di rischio, posto che proprio su di essi occorre ricostruire il momento volitivo (o meno) dell'autore o coautore dell'illecito, tracciando una linea di demarcazione la più nitida possibile tra volontaria adesione al programma criminoso e colposa omissione degli obblighi di protezione e controllo connaturati alla posizione di garanzia assegnata.

La Cassazione, consapevole della decisività di tale aspetto, ha operato un'esegesi puntuale e analitica, rilevando che il dolo di partecipazione mediante una condotta omissiva impropria è costituito da due momenti distinti ma complementari, ovvero la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita, e la consapevole omissione delle condotte impeditive imposte dall'ordinamento.

La Suprema Corte si sofferma in particolare sul momento percettivo del fatto illecito, affermando la possibilità che quest'ultimo possa anche essere oggetto di rappresentazione eventuale e quindi affievolita sotto il profilo volitivo, ma ha rilevato con decisione che “pur in questa dilatazione consentita della forma eventuale del dolo, non può esservi equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dell'evento che si deve

¹⁴ Cass. Pen., sez. V, sent. 4/5/2007 n. 23383, cit.

impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione del dovere di diligenza, all'area della colpa"¹⁵.

Ai fini della prova del dolo di concorso, dunque, occorre dimostrare la conoscenza e non la mera conoscibilità del comportamento illecito in itinere, e tale prova deve essere raggiunta verificando se i segnali d'allarme siano stati effettivamente percepiti dal singolo amministratore privo di delega, rimanendo la loro astratta percepibilità confinata nel perimetro della colpa¹⁶.

La Cassazione – e qui sta l'elemento di ulteriore novità rispetto alle pronunce precedenti – circoscrive la rilevanza dei segnali d'allarme, quali indici idonei a rivelare l'esistenza di un illecito, solo a quelli dotati di specifiche caratteristiche.

Si ritiene, infatti, che ai fini dell'affermazione della penale responsabilità dell'amministratore non esecutivo, occorre dimostrare che lo stesso ha percepito segnali "perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito" – e dunque circostanze chiaramente e univocamente indicative del fatto di reato – nonché un apprezzabile grado di anomalia dei segnali rispetto al contesto operativo in cui essi si sono manifestati.

La Corte ritiene inoltre che tali giudizi di peculiarità e anomalia dei segnali d'allarme, non devono essere formulati in via astratta, ma tenendo conto del contesto concreto in cui era chiamato ad operare il consigliere senza delega.

Non si può negare come, con la pronuncia n. 23383/2007, sia stato operato un pregevole sforzo di razionalizzazione dello schema di accertamento del dolo di concorso sino a quel momento utilizzato nella prassi giudiziaria, perseguendo lo scopo di preservare il principio di colpevolezza attraverso una compiuta caratterizzazione degli indicatori e esigendo un maggiore sforzo probatorio da parte della pubblica accusa per dimostrarne la concreta percezione e rappresentazione, espungendo invece dall'area del penalmente rilevante la mera percepibilità¹⁷.

La rilettura in chiave garantista della posizione dei consiglieri non esecutivi operata nel caso *Bipop Carire*, ha alimentato le speranze di un nuovo corso giurisprudenziale, che operasse un *self restraint* rispetto all'orientamento consolidatosi in precedenza.

Le pronunce successive hanno però tradito tali aspettative.

Occorre registrare, infatti, un atteggiamento scostante e spesso ondivago da parte della giurisprudenza di merito ma anche di legittimità, che in alcune decisioni, pur affermando in via di principio l'adesione al nuovo orientamento in tema di

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 430 ss.

¹⁷ Non è fuori luogo notare come, ai fini della mappatura dei segnali d'allarme rilevanti per la ricostruzione del dolo, la Cassazione abbia mutuato dalla dottrina del delitto tentato i requisiti della idoneità ed inequivocità degli indicatori di illiceità palesatisi agli amministratori privi di delega, così da poter ricostruire in termini di maggior certezza processuale – sotto il profilo dell'elemento soggettivo – il giudizio di responsabilità penale.

accertamento dell'elemento soggettivo, nei fatti ha abbattuto lo standard probatorio fissato dalla sentenza *Bipop Carire*.

Particolarmente significativa di tale regressione interpretativa appare la sentenza n. 41136/2010 emessa dalla Quinta Sezione della Suprema Corte¹⁸.

I giudici di legittimità, facendo leva sulla *ratio decidendi* ricavabile da una precedente pronuncia (Cass. Pen. n. 45513/2008), hanno affermato che, ai fini della prova dell'elemento soggettivo, è sufficiente verificare la conoscenza potenziale dell'indice di rischio da parte del consigliere privo di delega¹⁹.

Sibillino in proposito il passaggio in cui la Cassazione sostiene che basta dimostrare che "l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi d'illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire".

Pur ribadendo con autorevolezza che occorre accertare la rappresentazione dell'evento in capo al consigliere non esecutivo, dunque, i Giudici di legittimità si premurano di precisare che, ai fini dell'affermazione di responsabilità, sarebbe sufficiente dimostrare la percezione del segnale d'allarme o addirittura la mera presenza di un indice di anomalia così chiaro da non poter essere trascurato, così bypassando le difficoltà dimostrative in tema di rappresentazione in concreto e ancorando di nuovo il giudizio di penale responsabilità al principio del "non poteva non sapere".

Con ciò rievocando il sepolcro imbiancato del dolo di posizione, con un deciso arretramento rispetto ai principi affermati con la sentenza n. 23383/2007.

Una semplificazione del tutto simile si ricava dall'iter argomentativo utilizzato nella sentenza n. 7088/2011, attraverso il quale la Suprema Corte conferma il principio secondo cui, per la prova del dolo, sarebbe sufficiente la dimostrazione che i segnali d'allarme "fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci"²⁰.

Un'impostazione decisamente più garantista e in linea con i principi affermati nella sentenza *Bipop Carire* è, invece, quella adottata nella pronuncia n. 42519/2012²¹.

¹⁸ [Cass. Pen., sez. V, sent. 19/10/2010 – 22/11/2010, n. 41136](#), in *questa Rivista*, 2 febbraio 2012, con nota di MERCONE.

¹⁹ Con la sentenza n. 45513/2008, la Quinta Sezione analizza in modo peculiare la tematica della prova del dolo eventuale, evidenziando, rispetto ai segnali d'allarme, che per l'affermazione di penale responsabilità è sufficiente dimostrare la loro conoscenza da parte dell'imputato "e la percezione di questi sintomi concreta adeguato riscontro, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno condotto il soggetto all'inerzia", ponendo così nei fatti un'inversione dell'onere della prova in capo all'amministratore non esecutivo, che per andare esente da responsabilità penale dovrà dimostrare di non avere avuto in concreto la percezione dei segnali d'allarme ovvero – se percepiti – provare l'esistenza di ragioni diverse dalla volontaria adesione al proposito criminoso che lo abbiano indotto all'inerzia.

²⁰ Cass. Pen., sez. V, sent. 27/1/2011, n. 7088. La *ratio decidendi* di questa decisione è stata oggetto di aspre critiche da parte di CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. Soc.*, 2012, 333 ss.

²¹ Cass. Pen., Sez. V, sent. 8/6/2012 – 2/11/2012 n. 42519.

Con tale arresto, la Corte di Cassazione ribadisce l'irrinunciabile esigenza di operare una netta distinzione tra momento rappresentativo e momento volitivo del dolo, applicando la teoria dei segnali d'allarme ai fini della prova del solo profilo della rappresentazione del fatto, con una netta cesura rispetto all'oggetto e alla dimostrazione dell'elemento volitivo²².

I giudici di legittimità sottolineano infatti che, per dare senso e concretezza al dolo eventuale, "occorre che il dato indicativo del rischio di verifica (del "segnale d'allarme", per intendersi) dell'evento stesso non sia stato soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi e non di meno sia rimasto inerte"²³.

Ciò presuppone che i segnali d'allarme da prendere in considerazione ai fini del giudizio sull'effettiva rappresentazione del fatto illecito devono essere solo quelli oggettivamente indicativi del rischio di verifica dell'evento, così da pervenire alla dimostrazione che, oltre a essere stati percepiti dal componente del consiglio di amministrazione, tali *markers* sono stati effettivamente riconosciuti dal soggetto in questione come univocamente indicativi dell'illecito in corso di realizzazione.

Gli indici di rischio devono dunque essere sottoposti, ad avviso della Cassazione, a un duplice vaglio: occorre che siano oggettivamente percepibili ma anche (e soprattutto) soggettivamente percepiti come indicatori chiari e inequivoci del fatto di reato²⁴.

Come già rilevato, la sentenza n. 42519/2012 ha il pregio di evidenziare che la dimostrazione del momento volitivo del dolo di concorso, necessaria per pervenire ad un giudizio di penale responsabilità del consigliere non operativo, presuppone uno sforzo probatorio diverso e ulteriore.

Se i segnali d'allarme possono essere validi strumenti – laddove perspicui e peculiari – per dimostrare la rappresentazione del fatto illecito da parte del concorrente nel reato, gli stessi non sono invece utili (o quantomeno sufficienti) per la prova dell'elemento volitivo.

Per raggiungere la dimostrazione di tale secondo componente del dolo occorre invece tenere in considerazione quell'ulteriore – e differenziato – complesso di circostanze manifestatesi nel corso dell'attività gestoria che forniscano indice inequivocabile della scelta di aderire alla condotta lesiva posta in essere da altri.

Un primo elemento che, secondo la Suprema Corte, deve essere sottoposto ad accurato vaglio per verificare la volontaria adesione al proposito criminoso, è quello della fiducia riposta dai consiglieri non esecutivi negli amministratori delegati e nel loro operato, fondata su oggettivi indici di affidabilità, esperienza, preparazione e autorevolezza.

²² In senso conforme, Tribunale di Milano, sezione I, sent. 18/12/2008, Pres. Est. Ponti, Gennari, Baldi.

²³ *Ibidem*

²⁴ Si veda in proposito la pregevole analisi operata da INGRASSIA, [La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?](#) in *questa Rivista*, 14 febbraio 2013.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, un conto è il contegno di deliberato disinteresse dell'amministratore non operativo nei confronti di una oggettiva messa in pericolo dell'interesse sociale; ben diversa è invece la situazione di dubbio in cui il consigliere non esecutivo può venirsi a trovare in ragione dell'esistenza dei segnali d'allarme di cui *supra*, che viene però superata dalla fiducia riposta – pur se colpevolmente – nelle capacità del manager e nella sua apparente affidabilità²⁵.

L'argomentare della giurisprudenza di legittimità sul concetto di fiducia richiama in modo prorompente gli studi dottrinari sulla figura del c.d. "attore decisivo", figura peculiare degli illeciti societari incarnata dal soggetto che, nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa, detiene il potere decisionale e, controllando i capitali e i flussi informativi all'interno della società, esercita di fatto un potente ascendente sugli altri membri dell'organo amministrativo, costruendo un alone di fiducia così strutturato da produrre un eccesso di affidamento dei controllori²⁶

Tale dinamica relazionale tra soggetti e organi dell'impresa consente di evidenziare che l'eventuale indolenza dei *gatekeepers* non sempre rappresenta una deliberata adesione al proposito criminoso, ma più spesso è il precipitato di un'erronea (e pertanto colposa) valutazione sull'affidabilità ed esperienza del delegato²⁷.

La situazione soggettiva poc'anzi tratteggiata esprime in modo efficace la nebulosità del confine tra dolo e colpa del consigliere non esecutivo rimasto inerte.

Altro indicatore prezioso della sussistenza o meno del dolo del consigliere, può essere ricavato dalla verifica dell'esistenza di un eventuale pregiudizio derivante all'amministratore privo di deleghe dalla condotta illecita posta in essere dall'esecutivo.

E' infatti del tutto evidente che la messa in pericolo di interessi propri risulta del tutto incompatibile – secondo *l'id quod plerumque accidit* – con un atteggiamento di adesione interiore alla condotta illecita²⁸.

Un ulteriore elemento di prova che deve essere necessariamente tenuto in considerazione al fine di esprimere un giudizio di rilevanza penale dell'inerzia del consigliere senza deleghe, è infine quello che attiene all'esistenza di condotte artificiose o comunque fraudolente poste in essere dagli executives, volte a schermare i segnali d'allarme o le informazioni e i fatti anche solo potenzialmente sintomatici di un reato in fieri.

Con la sentenza n. 32352/2014, la Cassazione ha definito il filone principale del procedimento penale per il *crac* Parmalat²⁹.

La decisione ha riproposto con forza il tema della responsabilità degli amministratori non esecutivi e del collegio sindacale, operando una sostanziale rivisitazione dei propri precedenti, che ha finito per tradursi in una rimodulazione in

²⁵ Cass. Pen., Sez. V, sent. 8/6/2012 – 2/11/2012 n. 42519.

²⁶ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 48 ss.

²⁷ INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?* cit.

²⁸ DEMURO, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, 152

²⁹ Cass. Pen., Sez. V, sent. 7/3/2014 – 22/7/2014 n. 32352, in *Foro it.*, 2014, 7.

senso meno garantistico dei principi poc' anzi esaminati in tema di prova dell'elemento soggettivo del reato.

Nell'affrontare i motivi di ricorso presentati dai componenti del *monitoring board* e dai membri del Collegio Sindacale delle società coinvolte nella vicenda oggetto di procedimento, la Suprema Corte ha preso le mosse, secondo uno schema ermeneutico ormai collaudato, dall'analisi dell'evoluzione della disciplina civilistica riguardante obblighi e poteri del consiglio di amministrazione, al fine di delineare in modo compiuto i tratti salienti della posizione di garanzia gravante sui singoli amministratori.

Nell'esaminare il tema dell'elemento soggettivo, i giudici di legittimità ripropongono il dualismo tra rappresentazione dell'evento e omissione consapevole, evidenziando la profonda differenza, sotto il profilo probatorio, delle due componenti del dolo di concorso (omissivo).

Dopo aver sancito solennemente la necessità di distinguere tra conoscenza e conoscibilità degli indizi rappresentativi del reato in fieri, la Cassazione si prodiga in un'opera di ulteriore elaborazione e raffinazione della teoria dei segnali d'allarme.

In particolare, ad avviso del giudice nomofilattico, i segnali "perspicui e peculiari" tratteggiati dalla sentenza *Bipop Carire* sarebbero tutti quelli che, secondo massime di esperienza, costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti dell'effettiva conoscenza, da parte dell'amministratore privo di deleghe, del compimento del fatto illecito.

Per distinguere il concorso doloso dalla semplice inerzia colpevole dell'amministratore non esecutivo, la Corte, con un'impostazione non del tutto innovativa, afferma che occorre fare riferimento alla distinzione tra quei segnali d'allarme che permettono una rappresentazione della possibilità dell'evento, da quelli che invece prefigurano in modo pregnante la probabilità dell'evento stesso³⁰.

In particolare, i giudici di legittimità rilevano che "non potendo l'elemento soggettivo che essere desunto da elementi obiettivi rivelatori dell'atteggiamento psicologico dell'agente (ossia, per usare l'espressione di Sez. 5, n. 3708 del 30/11/2011 – dep. 30/01/2012, Ballatori e altri, Rv. 252945, non essendo possibile entrare nella testa degli amministratori) è dalla conoscenza dei segnali di allarme [...] che può desumersi la prova della ricorrenza della rappresentazione dell'evento da parte di chi è tenuto [...] ad un particolare *devoir d'alerte*".

Il tema della rappresentazione dell'evento dannoso si interseca dunque necessariamente con i contenuti di quello che la Corte definisce *devoir d'alerte*, con particolare riferimento al grado di diligenza richiesto al singolo amministratore, che viene commisurato non solo alla natura dell'incarico assunto, ma altresì alle specifiche competenze del singolo.

³⁰ La Corte richiama a tal fine un proprio precedente, Cass. Pen, Sez. V, sent. 3/10/2007 n. 43101, Mazzotta, Rv. 238498.

Si afferma in particolare che il giudizio sull'idoneità ed efficacia dei segnali d'allarme a rappresentare l'esistenza di un illecito deve necessariamente tenere conto del bagaglio di esperienza e cognizione professionale del singolo garante, "la cui valutazione – in rapporto al sintomo allarmante – deve esplicitarsi in concreto, volta per volta"³¹.

Il ragionamento della Corte sulla valutazione degli indici di allerta e al momento rappresentativo del dolo non desta particolari perplessità, se non in relazione alla discutibile scelta di selezionare i segnali d'allarme in base a un criterio distintivo (possibilità dell'evento vs probabilità dell'evento dannoso) assai più ambiguo di quelli precedentemente enucleati.

Il principio affermato nella sentenza *Parmalat* che desta maggiori preoccupazioni e palesa una netta regressione rispetto all'impostazione garantista affermata in precedenza, è invece quello secondo cui, posto che gli indici di rischio rappresentano i sintomi eloquenti del fatto in itinere, ai fini dell'affermazione della responsabilità penale "della loro relativa consapevolezza soltanto ... deve darsi pieno riscontro in capo all'imputato, preposto alla posizione di garanzia, ma la dimostrata percezione di questi sintomi di pericolo, concreta adeguato riscontro alla penale responsabilità, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia"³².

Con tale asserzione, la Cassazione oblitera totalmente il tema decisivo e fondamentale riguardante la dimostrazione del momento volitivo, ovvero della consapevole adesione alla condotta criminosa altrui. Nessuno spazio viene dato all'analisi di indicatori ulteriori e diversi, in grado di fornire un'adeguata giustificazione all'inerzia del *board*, diversa o addirittura incompatibile rispetto alla deliberata partecipazione all'illecito, eppure giustamente valorizzati dalla giurisprudenza precedente. Ci si limita ad affermare, sul punto, la possibilità che l'imputato fornisca una giustificazione "convincente e legittima" in merito alle condotte che l'hanno indotto all'inerzia.

E' evidente, però, che una simile posizione non può ritenersi accettabile, laddove si propone – di fatto – una redistribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa, oggettivamente incompatibile con i principi del giusto processo³³.

4. L'esistenza ed efficacia di poteri impeditivi, il nesso di causalità.

La sentenza *Parmalat* ripropone con decisione il problema della responsabilità del *board* e testimonia la continua tensione tra esigenze di certezza processuale e tutela dei diritti dell'imputato.

³¹ Cass. Pen., Sez. V, sent. 7/3/2014 – 22/7/2014 n. 32352, cit.

³² *Ibidem*.

³³ Anche il riferimento alla necessità di una giustificazione "convincente e legittima" pare assolutamente fumoso e indeterminato.

L'accertamento della rappresentazione dell'illecito (elemento pregnante del dolo di concorso) attraverso il ricorso a semplicistiche e semplificanti massime di esperienza, così come l'obliterazione del momento volitivo, costituiscono un indubbio arretramento nell'attuazione dei principi del giusto processo.

Si registra una nuova regressione in tema di accertamento dell'elemento soggettivo, che si manifesta con l'appiattamento del concetto di conoscenza dei segnali di allarme su quello di conoscibilità, ottenuto con la massima espansione dei principi elaborati dalla dottrina in tema di dolo eventuale (sintetizzati nelle *formule di Frank*), quasi potesse essere considerata una panacea per qualunque ostacolo di carattere probatorio che si manifesti nel percorso di accertamento della responsabilità penale.

A chiusura di queste brevi riflessioni sullo stato dell'arte e sulla tensione del diritto vivente rispetto a fondamentali principi in tema di presunzione di non colpevolezza e di allocazione dell'onere probatorio, pare utile soffermarsi su un ultimo aspetto che riceve, sorprendentemente, un'attenzione assai marginale e comunque piuttosto superficiale da parte della giurisprudenza: forse per l'ulteriore fattore di complessità che esso introduce nell'*iter* ricostruttivo della responsabilità penale dei consiglieri non operativi.

Trattasi della compiuta individuazione e identificazione dei poteri impeditivi a disposizione del singolo amministratore non esecutivo e del correlato accertamento della sussistenza di un nesso causale tra la mancata attivazione di tali prerogative e la consumazione del reato.

Come noto, nel porre a carico del garante il dovere di impedire l'evento-reato, l'art. 40 cpv c.p. vincola (logicamente) l'esistenza di un simile obbligo giuridico all'effettiva possibilità, per il soggetto *de quo*, di attivarsi in tal senso, facendo ricorso a efficaci poteri impeditivi in grado di porre un serio ostacolo alla compiuta realizzazione dell'illecito.

Laddove il soggetto in questione non sia dotato di alcun autonomo potere impeditivo o qualora le prerogative attribuitegli dall'ordinamento non siano in concreto idonee a influire sull'illecito *in fieri*, è evidente che non potrà essergli ascritta alcuna corresponsabilità per il fatto commesso da terzi.

L'accertamento sull'esistenza ed effettività del potere impeditivo, è dunque essenziale e ineludibile rispetto alla formulazione del giudizio di responsabilità penale, posto che l'ampiezza delle facoltà spettanti al garante individua e circoscrive la sfera dell'obbligo giuridico di impedire l'illecito. Ed è proprio sul tema della possibilità di agire che la teoria della responsabilità omissiva dell'amministratore non operativo deve misurarsi con ostacoli affatto agevoli da superare³⁴.

Uno dei grandi limiti dell'agire del consigliere privo di deleghe è costituito dal vincolo di collegialità.

Il consigliere, infatti – in virtù della concezione unitaria e organica del consiglio di amministrazione – in via generale non può autonomamente e direttamente impedire

³⁴ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 162 ss.

il compimento di fatti criminosi perché non ha il potere di adottare individualmente provvedimenti direttamente impeditivi dell'evento lesivo.

In particolare, il componente non operativo del consiglio di amministrazione non ha autonomia decisionale, né poteri di autonomi d'investigazione o d'iniziativa³⁵.

Solo in via eccezionale e in numero di casi piuttosto limitato, il consigliere può intraprendere autonomamente alcune iniziative, la cui idoneità impeditiva deve essere valutata attentamente e in concreto.

Una delle poche prerogative che l'ordinamento attribuisce al singolo amministratore, è costituita dalla facoltà di sollecitare individualmente il Pubblico Ministero per l'avvio del procedimento di controllo giudiziale sulla società cui all'art. 2409 c.c. Occorre peraltro sottolineare che l'idoneità impeditiva di tale iniziativa è davvero limitata, sol considerando che con la riforma del diritto societario si è ridotto notevolmente l'ambito di operatività del Pubblico Ministero, che è ricompreso tra i soggetti legittimati ad avviare la procedura ex art. 2409 c.c. solo nei confronti delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; inoltre, il controllo giudiziario è stato notevolmente limitato sotto il profilo oggettivo, potendo essere avviato solo in presenza di gravi irregolarità che possano arrecare danno alla società o alle sue controllate.

Anche il secondo dei poteri attribuiti al consigliere non operativo costituisce un'arma piuttosto spuntata rispetto all'obiettivo di impedire gli illeciti commessi da terzi. Nel caso in cui la società di riferimento sia soggetta al controllo di autorità di vigilanza di stampo pubblicistico (Banca d'Italia, CO.N.SOB., I.V.ASS.), l'amministratore ha il potere di segnalare eventuali irregolarità all'autorità pubblica³⁶. L'idoneità impeditiva di tale comportamento è all'evidenza molto limitata, se non totalmente assente, posto che la segnalazione non è di per sé idonea a impedire alcunché, dovendo ad essa seguire necessariamente un'attivazione effettiva da parte dell'ente di vigilanza (evento affatto scontato). Si consideri inoltre che non tutte le società sono sottoposte a una qualche forma di vigilanza da parte di autorità amministrative indipendenti e comunque tali organi hanno un ambito operativo circoscritto alle materie di loro competenza: tali dati limitano fortemente la stessa efficacia impeditiva dell'iniziativa del membro del consiglio di amministrazione.

³⁵ Occorre tenere anche in considerazione, al fine di delimitare adeguatamente il potere-dovere di agire informati dei singoli consiglieri, che gli amministratori non delegati, ai sensi dell'art. 2318 comma 5 c.c., avranno cognizione di eventuali fatti pregiudizievoli solo per il tramite dell'analisi dei dati provenienti da chi gestisce la società, vista la già rimarcata mancanza, per costoro, di qualsiasi potere di indagine; gli amministratori privi di delega, in presenza di segnali di allarme, potranno semplicemente chiedere che gli esecutivi riferiscano al consiglio. Si noti in proposito la differenza fondamentale – quanto all'assetto di poteri individuali – tra consiglieri e componenti del Collegio Sindacale. A questi ultimi, infatti, il legislatore ha attribuito (art. 2403 bis c.c.) specifici poteri d'indagine individuale. Si veda, in proposito, quanto osservato da MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA. VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 132.

³⁶ Non sussiste invece, in capo all'amministratore, un generale e generico obbligo di denuncia all'Autorità Giudiziaria, non essendo tale soggetto qualificabile come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Un cenno merita infine la prerogativa più frequentemente invocata dalla giurisprudenza per fondare l'esistenza di poteri impeditivi e la conseguente effettività della posizione di garanzia del singolo amministratore, ovvero il potere di impugnazione della delibera consiliare. La riforma del 2003 ha contemplato la possibilità, per l'amministratore assente o dissenziente, di impugnare ex art. 2391 c.c. la delibera dell'organo di gestione che non sia conforme alla legge o allo statuto. Senonché, tale potere – certamente impeditivo rispetto a reati che vengono posti in essere attraverso l'assunzione di decisioni formali da parte dell'organo gestorio – risulta totalmente inidoneo a impedire quei fatti criminosi la cui genesi e il cui sviluppo avvengono al di fuori della sede consiliare, perché svincolati da delibere formali dell'organo amministrativo (circostanza che si verifica, nel caso frequente e paradigmatico in cui l'Amministratore Delegato commette il reato nell'esercizio dei poteri delegati e dunque senza necessità di delibera *ad hoc*).

In definitiva, può affermarsi senza timore di smentita che il singolo consigliere di amministrazione è privo di poteri impeditivi "effettivi", in grado cioè di incidere direttamente e concretamente sullo sviluppo dell'*iter* criminoso, essendo piuttosto dotato di una capacità di sollecitazione indiretta, solo astrattamente idonee ad attivare una procedura di controllo da parte di autorità terze³⁷.

La possibilità di agire – intesa come effettiva esistenza di poteri impeditivi e possibilità concreta di attivarli da parte del soggetto attivo – sussiste dunque solo in capo all'organo in quanto tale e non invece ai suoi singoli componenti, la cui attività di regola si esaurisce nell'esercizio del diritto di voto³⁸.

Alla luce delle suesposte considerazioni, una ricostruzione della responsabilità penale omissiva del *monitoring board* potrebbe dirsi coerente con la teoria generale del reato, solo individuando quale soggetto responsabile il consiglio di amministrazione in quanto organo gravato, nel suo complesso, di una posizione di garanzia peculiare e distinta da quella del singolo componente. Tale riflessione era già stata formulata da autorevole dottrina e aveva dato origine alla "*teoria del reato collegiale*", che proponeva l'attribuzione di una responsabilità penale all'organo amministrativo complessivamente e unitariamente inteso³⁹.

Se la predetta teoria non poteva trovare ragionevolmente cittadinanza nell'ordinamento penale dell'epoca in cui fu proposta, ad oggi la stessa può costituire la base e lo spunto per un ripensamento del tema della responsabilità del *board* nell'ottica applicativa del d.lgs. 231/2001 (v. *infra*).

L'analisi dei poteri impeditivi dei consiglieri non esecutivi incide profondamente non solo sul perimetro della posizione di garanzia, ma anche su un altro tema spinoso e spesso trascurato dalla giurisprudenza: quello che concerne

³⁷ Per una distinzione tra poteri direttamente impeditivi e indirettamente impeditivi, si veda INGRASSIA, nota a Cass. Pen., Sez. V, 8/6/2012 n. 42519, cit., nonché GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. Trim. dir. pen. eco.*, 2006, 608.

³⁸ CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle Società*, cit.

³⁹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, 230 e ss.

l'accertamento del nesso di causalità tra il fatto illecito degli *executives* e il comportamento inerte del *monitoring board*.

L'inerzia, infatti, per assumere rilievo penale ex art. 40 cpv c.p., deve essere stata condizione del fatto criminoso, dovendosi pertanto acquisire la dimostrazione che la condotta omissiva è stata in concreto idonea a causare o agevolare la realizzazione dell'illecito, con il metodo e lo *standard* probatorio indicato dalle Sezioni Unite Franzese⁴⁰.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha non di rado assunto una posizione totalmente obliterante del dato normativo e dei principi espressi dalle Sezioni Unite, affermando – in materia di responsabilità omissiva del collegio sindacale – che “*non è indispensabile né possibile conoscere con certezza scientifica [...] se, attivandosi [...] l'evento sarebbe stato sicuramente evitato nella sua realizzazione o, almeno, in alcune modalità della sua realizzazione, ma tale è il presupposto dal quale il legislatore muove*”; si arriva addirittura a fare riferimento a una sorta di “*nesso eziologico in re ipsa*”⁴¹.

Tale orientamento opera un richiamo più o meno esplicito a criteri di accertamento di stampo probabilistico e dunque alla teoria dell'aumento del rischio; strumento ermeneutico formalmente bandito dalla stessa Suprema Corte da più di un decennio, ma che si ripresenta sistematicamente, sotto mentite spoglie, ogniqualvolta l'accertamento del nesso eziologico risulta, per le circostanze del caso concreto, particolarmente ostico⁴².

Vale la pena osservare che, nelle richiamate sentenze, non viene neppure operato alcuno sforzo di transizione dall'accertamento della causalità generale – basato su massime di esperienza e leggi statistiche probabilistiche – alla causalità individuale: passaggio ritenuto ineludibile nei giudizi in tema di colpa medica e di malattie

⁴⁰ Cass. Pen., SS. UU., 10/7/2002 – 11/9/2002, n. 30328, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, 1224, pp. 3643 ss.; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 1999, fa lucido riferimento a SS. UU., sent. 12/7/2005 – 20/9/2005, n. 33748, Mannino; con tale ultima pronuncia la Suprema Corte estende al concorso di persone i principi già enunciati dalla sentenza Franzese, soffermandosi con lucidità e rigore logico – argomentativo sui presupposti che rendono punibile il contributo del partecipe. A tal fine è necessario, secondo i giudici di legittimità, che il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale, abbia avuto una “*reale efficienza causale, sia stato condizione necessaria [...] per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto*”. La Corte precisa che “*trattandosi di accertamento di natura causale che svolge funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti e perciò delimitativa dell'area dell'illecito*” non è sufficiente che il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità *ex ante* – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio *ex post*, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo. “*L'opposta tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità, in contrasto con il principio di tipicità e con l'affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso*”.

⁴¹ Cass. Pen., Sez. V, sent. 1/7/2011, n. 31163, in *Cass. pen.*, 2012, 1056.

⁴² MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali; problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. Pen.*, 2000, 54 ss, che censura l'atteggiamento della giurisprudenza con il quale si fa ricorso a presunzioni di causalità.

professionali, che non v'è ragione di escludere dal percorso di valutazione della responsabilità penale omissiva dei consiglieri non operativi⁴³.

5. Considerazioni conclusive.

Da quanto sopra esposto, in merito alla problematicità di ricostruzione del nesso di causa e alla connessa possibilità di delineare l'esistenza di effettivi poteri impeditivi – e una conseguente responsabilità omissiva – in capo ai singoli *non executives*, emerge che lo strumento penale non è del tutto funzionale alla salvaguardia degli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa in forma societaria.

L'attuale assetto normativo riguardante i poteri e le prerogative del consiglio di amministrazione impedisce, infatti, lo sviluppo di un corretto, completo e lineare *iter* di ricostruzione della responsabilità penale dei suoi componenti per fatti illeciti degli esecutivi, senza che ciò comporti il sacrificio dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale.

Alla luce delle suesposte riflessioni e in applicazione del – tanto propugnato ma quasi mai applicato – principio di residualità dello strumento della responsabilità penale, come *extrema ratio* dell'intervento repressivo statale, potrebbe risultare più vantaggioso e proficuo perseguire la tutela dei beni giuridici tipici del mercato economico con l'applicazione coordinata della disciplina della responsabilità civile degli amministratori e quella di cui al d. lgs. 231/2001.

Attraverso l'applicazione di tale ultimo apparato sanzionatorio, dotato di autonomi e peculiari criteri d'imputazione del reato (artt. 5 e 6 d. lgs. 231/2001), si perviene infatti al raggiungimento di un giudizio di responsabilità nei confronti del *monitoring board* collegialmente inteso, quale organo di rappresentanza dell'ente, senza che ciò implichi una qualche forzatura del principio di colpevolezza.

Per fondare l'incolpazione nei confronti dell'ente sotto il profilo soggettivo, sarà agevole assumere le carenze di vigilanza da parte del *board* quali indici della inidoneità del modello organizzativo adottato dall'impresa, secondo uno schema argomentativo già ampiamente sperimentato nella giurisprudenza⁴⁴.

La scelta processuale di sottoporre a giudizio di responsabilità penale (solo) gli amministratori esecutivi e di instaurare un parallelo procedimento a carico dell'ente, consentirebbe dunque di superare gran parte dei problemi in tema di elemento soggettivo del reato e di accertamento della causalità delle condotte omissive, perseguendo con maggior efficacia gli obiettivi di prevenzione generale e speciale in tema di criminalità d'impresa.

⁴³ C.F. GROSSO, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, 137. Sulla distinzione tra causalità generale e individuale v. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

⁴⁴ A tal fine sarà dunque sufficiente ottenere la dimostrazione che i segnali di allarme, anche se non conosciuti, erano comunque conoscibili, e che pertanto il reato si è manifestato in ragione di una carenza del modello organizzativo di gestione e controllo approntato dalla società.

Con ciò sostituendo alle “zoppe” condanne dei singoli amministratori privi di delega il giudizio di responsabilità nei confronti dell’ente.

Quanto alle esigenze di prevenzione generale e speciale nei confronti dei consiglieri non operativi, pare che gli effetti di deterrenza possano essere sufficientemente assicurati dallo stringente regime della responsabilità civile tracciato dalle norme di diritto societario, anch’esse imperniate sull’accertamento della mera colpa.

Senza contare che uno strumento di ulteriore prevenzione generale e speciale, è fornito dai sistemi sanzionatori di tipo amministrativo previsti dalle varie discipline settoriali cui sono sottoposte le società operanti in settori particolarmente sensibili alla criminalità economica, (attività bancaria, finanziaria, assicurativa, ricorso al mercato del capitale di rischio...).