

La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?

Nota a Cassazione Penale, Sezione V, 8 giugno 2012
(dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Presidente Oldi, Relatore Micheli

Sommario

1. INTRODUZIONE: UNA DECISIONE APRIPISTA? – 2. I PROBLEMI DI TIPICITÀ DEL PARADIGMA OMISSIVO: L'INDIVIDUAZIONE DEI POTERI IMPEDITIVI E L'ACCERTAMENTO DEL NESSO DI CAUSALITÀ – 2.1. L'INDIVIDUAZIONE DEI POTERI IMPEDITIVI E I TENTATIVI DI RICOSTRUZIONE DELLA FATISPECIE: UN MONITO SOLO AL LEGISLATORE? – 2.2. L'ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE: UN PICCOLO PASSO AVANTI VERSO IL PARAMETRO INDIVIDUATO NELLA SENTENZA "FRANESE" – 3. L'ACCERTAMENTO DEL DOLO IN CAPO AI CONCORRENTI NEL REATO: IL RECUPERO DELLA DISTINZIONE TRA RAPPRESENTAZIONE E VOLIZIONE, TRA COLPA CON PREVISIONE E DOLO EVENTUALE – 3.1. RAPPRESENTAZIONE E SEGNALI D'ALLARME: IL DOPPIO MOMENTO OGGETTIVO E SOGGETTIVO DEI SEGNALI – 3.2. VOLIZIONE E INDICATORI DEL DOLO: LA FIDUCIA NELL'"ATTORE DECISIVO", LE CONDOTTE INCOMPATIBILI CON L'ACCETTAZIONE DELL'EVENTO E UNA CURIOSA APPLICAZIONE DELLA PRIMA FORMULA DI FRANK – 4. CONCLUSIONI (AUSPICABILMENTE PROVVISORIE): PUNTI D'ARRIVO E DI PARTENZA VERSO UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ DEI GARANTI COSTITUZIONALMENTE CONFORME

1

INTRODUZIONE: UNA DECISIONE APRIPISTA?

La decisione in commento¹ costituisce l'ultimo atto del processo condotto nei confronti degli amministratori, esecutivi e non esecutivi, e dei sindaci di un istituto di credito, posto in liquidazione coatta amministrativa ed in seguito dichiarato insolvente, per fatti di bancarotta distrattiva, societaria e per operazioni dolose².

Le modalità di realizzazione dei reati – e a valle le imputazioni – sono quelle criminologicamente consuete per i reati societari e fallimentari: (i) alcuni amministratori esecutivi, aventi la completa signoria sull'ente, che ideano, realizzano (e traggono vantaggi da) le operazioni fraudolente in danno alla società o ai creditori, e che ne occultano il carattere illecito agli altri amministratori e agli organi di controllo, presentando le predette attività come vantaggiose per l'ente: il paradigma della responsabilità è quello dell'autoria del reato monosoggettivo; (ii) altri amministratori, esecutivi e non esecutivi, che partecipano alle deliberazioni con cui vengono avallate le operazioni non ancora compiute, senza partecipare all'ideazione, realizzazione (se non con il voto favorevole alla delibera consiliare) o agli illeciti vantaggi che tali attività comportano: il paradigma d'imputazione è quello del contributo commissivo atipico al reato da altri realizzato; (iii) infine, gli amministratori non esecutivi e i sindaci che non partecipano in alcun

1. Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012 (dep. 2 novembre 2012), n. 42519, Pres. Oldi, Rel. Micheli.

2. Si segnala al lettore che nell'ambito del medesimo processo sono stati giudicati – e assolti dalla Suprema Corte – due dipendenti di Banca d'Italia, incaricati di svolgere attività ispettiva presso l'istituto di credito, imputati di falso ideologico realizzato in sede di rapporto ispettivo. Tali contestazioni esulano dai temi che qui si intendono affrontare.

modo attivamente ai reati, non prendendo parte nemmeno alle delibere inerenti alle operazioni contestate, ma, al contempo, non si oppongono alla realizzazione delle stesse: il paradigma d'imputazione è per omesso impedimento del reato altrui.

Nella vicenda processuale, ad una condanna indiscriminata nei confronti di tutti gli imputati in primo grado, è seguita in appello una decisione che ha distinto nettamente le posizioni delle diverse categorie di imputati più sopra indicate: la Corte ha confermato l'ascrizione di responsabilità nei confronti dell'autore dei delitti monosoggettivi³, mentre ha assolto, per carenza di dolo, gli amministratori e i sindaci, tenuti all'oscuro del carattere illecito delle operazioni.

Avverso la decisione del giudice del gravame, per ciò che qui interessa, hanno proposto ricorso il Procuratore generale territoriale e la liquidatela che, ripercorse le emergenze probatorie e individuati specifici segnali d'allarme, emersi nell'ambito della gestione societaria e delle singole iniziative imprenditoriali contestate, hanno ritenuto «erronea (...) la valutazione della Corte territoriale quando afferma che non vi fossero “sintomi certi, visibili e conoscibili dell'illiceità delle operazioni” e che anzi “si trattava di transazioni apparentemente e formalmente corrette, oggettivamente utili e potenzialmente strutturate al fine di evitare una perdita”⁴. Diversamente, a fronte di sintomi tanto evidenti di illiceità delle operazioni e di dissesto dell'istituto di credito, l'inerzia dei sindaci e la partecipazione alle delibere delittuose degli amministratori costituisce – secondo l'accusa pubblica e privata – la prova della piena adesione al reato.

Anche uno dei sindaci imputati ha adito il Giudice di legittimità, deducendo l'erronea applicazione della legge processuale penale e l'illogicità - contraddittorietà della motivazione, in relazione alla formula assolutoria adottata nei suoi confronti: in particolare, poiché la Corte d'appello non è addivenuta ad un giudizio di certezza sulla possibilità d'impedimento dei reati contestati, l'imputato si duole per non essere stato assolto con una diversa (e più favorevole) formula terminativa (ovvero per insussistenza del fatto o per non averlo commesso, invece che perché il fatto non costituisce reato), mancando l'elemento oggettivo del delitto a lui contestato ancor prima che il momento soggettivo.

La sentenza si trova, dunque, ad affrontare le *difficoltà classiche* dell'ascrizione di responsabilità ai *gatekeepers*, ovvero, l'individuazione dei poteri impeditivi e la prova del nesso di causalità omissivo, ove manchi una partecipazione attiva al reato, e, in ogni caso, la dimostrazione della sussistenza del dolo: le soluzioni prospettate nella decisione costituiscono importanti passi avanti verso lo *sgretolamento* di un paradigma di ascrizione di *responsabilità di posizione o per assunzione*⁵, frequentissimo nella giurisprudenza anche di legittimità, palesemente in contrasto con i principi di legalità e colpevolezza.

2

I PROBLEMI DI TIPICITÀ DEL PARADIGMA OMISSIVO: L'INDIVIDUAZIONE DEI POTERI IMPEDITIVI E L'ACCERTAMENTO DEL NESSO DI CAUSALITÀ

La Suprema Corte affronta i problemi di tipicità del paradigma omissivo in quanto adita – come si è anticipato – dal ricorso di un sindaco. Il punto focale dell'impugnazione del ricorrente attiene alla incompatibilità tra il percorso motivazionale compiuto dal giudice d'appello e la formula assolutoria adottata. A fronte di tale motivo di ricorso la Cassazione offre alcuni spunti di grande interesse, sia in tema di individuazione dei poteri impeditivi, sia in punto di criterio di giudizio sul nesso di causalità, questioni strettamente interrelate.

3. Eccezion fatta per due contestazioni di bancarotta per cui vi è stata assoluzione per insussistenza dei fatti contestati; tali statuizioni non influiscono in alcun modo sui temi qui sviluppati.

4. In questi termini parte della sintesi delle doglianze compiuta dalla Cassazione nella sentenza in commento.

5. Per tali espressioni si veda la rigorosa e critica analisi compiuta da M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, 978 ss., nonché F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Soc.*, 2012, 557 ss.

2.1

L'INDIVIDUAZIONE DEI POTERI IMPEDITIVI E I TENTATIVI DI RICOSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE: UN MONITO SOLO AL LEGISLATORE?

L'esatta individuazione dei poteri impeditivi⁶ ha fondamentali ricadute giacché riempie di contenuto il precetto penale, specificando il comando imposto al cittadino, cioè, in altre parole, quali siano le condotte che l'ordinamento pretende siano poste in essere dal garante per impedire il reato. Tale specificazione passa necessariamente attraverso una duplice scelta tipologica tra: poteri direttamente impeditivi vs poteri indirettamente impeditivi; poteri strettamente tipizzati dal legislatore vs poteri atipici.

Quanto alla prima dicotomia, utilizzando le parole della dottrina, i poteri sono *direttamente impeditivi* solo ove al loro esercizio «corrispond[ano] doveri di conformazione», producendo «effetti vincolanti sull'attività del soggetto controllato»⁷; sono, invece, *indirettamente impeditivi* i poteri qualora «decodifichi[no] uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare dei poter[i] stess[i] è immesso», non comportando «un mutamento in atto della realtà, bensì l'attesa, riposta in una norma, che la realtà subisca un mutamento»⁸; in tali casi, «l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalla condotta di terze persone»⁹.

La dottrina maggioritaria¹⁰ ritiene che gravi sul garante l'obbligo di attivare tutti i poteri, anche quelli non direttamente impeditivi. Tale conclusione si fonda su argomentazioni sia di teoria generale del diritto, per cui «la modifica di una posizione soggettiva altrui, che si suole indicare come risultato tipico della situazione di "potere", si ottiene spesso, secondo l'ordinamento, attraverso l'attivazione di procedure»¹¹, sia funzionalistiche, evidenziando che resterebbero «inesorabilmente fuori, già dalla cerchia dei garanti, i componenti di tutti gli organi di controllo nelle società commerciali: non esistono nel diritto societario poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori»¹². A tale esito interpretativo perviene anche la giurisprudenza di legittimità per cui «la posizione di garanzia richiede l'esistenza dei poteri impeditivi che peraltro possono anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»¹³.

La seconda dicotomia (poteri tipici vs atipici) è, invece, risolta in modo differente da giurisprudenza e dottrina. La Suprema Corte ritiene, infatti, che il garante debba attivare ogni possibile potere, giuridico o di fatto, connesso o meno con la propria funzione, con il solo limite dei comportamenti antiggiuridici: spetta al giudice «rinvenire la relativa esistenza [dei poteri] nella dotazione disponibile al soggetto», considerando che «l'area interessata è quella più prossima all'attività professionalmente esercitata [dal garante], ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»¹⁴; di opposta opinione è la dottrina che sostiene debba «trattarsi di poteri "giuridici", cioè

6. Sui poteri impeditivi, tra gli altri, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 162 ss.; ID., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 333 ss.; P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Le Soc.*, 2010, 890 ss.; F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto*, cit., 556 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 70 ss.; G. 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.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 275 e ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 67 ss.

7. Le espressioni sono di F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, 608.

8. In questi termini A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., 294.

9. Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, 224.

10. Tra gli altri F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit., 334 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit. *Contra* F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608; N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 67 ss. e 277.

11. A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., 286.

12. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit., 334.

13. In questi termini Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Cass. Pen.*, 2011, 101, con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*. Conforme a tale orientamento Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 187, con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*.

14. Così Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit. Altrettanto esplicita sul punto Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Cass. Pen.*, 2011, 4422, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, ove la Corte sostiene che non «è richiesta (...) la presenza di formali e tipizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole».

ricostruibili alla luce della normativa che disegna la posizione di garanzia degli organi di controllo»¹⁵.

Posto tale quadro, assume grande interesse quanto affermato, pur in un *obiter dictum*, nella sentenza qui annotata, ove si legge: «se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che “non hanno fatto quanto potevano” per impedirlo, occorre che i *poteri* [impeditivi] siano ben *determinati*, ed il loro esercizio sia *normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l’evento sarebbe stato scongiurato*: il che non sembra essere nella legislazione vigente»¹⁶. Il Giudice di legittimità parrebbe prospettare, pur *en passant*, un’interpretazione estremamente garantista dei poteri – dunque delle condotte tipiche – che dovrebbero essere *specificamente previsti dal legislatore e direttamente impeditivi*. Tale affermazione resta del tutto priva di conseguenze nel percorso argomentativo della Suprema Corte, ma appare come un punto di rottura rispetto al diritto vivente sviluppatosi in seno alla Cassazione e un richiamo ad un maggior rigore nella ricostruzione del precetto di cui sono destinatari i *gatekeepers*, *in primis*, ma non esclusivamente, al legislatore.

2.2

L’ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE: UN PICCOLO PASSO AVANTI VERSO IL PARAMETRO INDIVIDUATO NELLA SENTENZA “FRANZESE”

Ulteriore *punctum dolens* nell’imputazione oggettiva del concorso omissivo nell’altrui reato dei controllori societari affrontato dalla decisione in commento attiene all’accertamento del nesso causale.

Nel caso di specie, secondo il Giudice del gravame, «le risultanze processuali non consentono in alcun modo di ritenere sussistente in termini di certezza [il nesso eziologico]»¹⁷; a fronte di tale affermazione, si duole il ricorrente di non essere stato assolto per carenza dell’elemento oggettivo del reato con formula assolutoria che avrebbe dovuto essere, *par ricochet*, diversa e più liberatoria di quella adottata, afferente, invece, all’assenza del dolo.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità è addivenuta ad esegesi che hanno svuotato di contenuto il fondamentale accertamento della causalità omissiva¹⁸, arrivando a sostenere che «non è indispensabile (né possibile) conoscere con certezza “scientifica” (non trattandosi di un esperimento ripetibile) se – attivandosi il [sindaco] e, con lui, il collegio – l’evento (quegli eventi) 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», tanto che potrebbe parlarsi di «nesso eziologico *in re ipsa*»¹⁹.

Tale interpretazione è stata oggetto di aspre critiche in dottrina, considerato «il rischio di un addebito di responsabilità per fatto altrui»²⁰ nei confronti dei controllori; sotto il profilo della tipicità, si perviene ad una *modificazione genetica della fattispecie* che muta da reato omissivo improprio ad omissivo proprio, privo di descrizione dell’azione doverosa, in cui il reato altrui assume la fisionomia non di evento, ma di condizione obiettiva di punibilità.

15. In questi termini F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 335, proprio criticando Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit. Sembra accedersi ad una medesima interpretazione P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell’amministratore delegante*, cit., 890 ss.; G. MERCONE, *L’obbligo di garanzia*, cit., 5 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit.

16. In questi termini la sentenza che qui si commenta, con corsivi nostri.

17. Il passaggio della decisione d’appello è così richiamato letteralmente nella sentenza qui annotata, che, più ampiamente, scrive: «le risultanze processuali non consentono in alcun modo di ritenere sussistente in termini di certezza tale requisito, poiché non è stato possibile verificare se, ipotizzando come realizzata la condotta doverosa impeditiva dell’evento, questo non si sarebbe verificato, oppure si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva». Chiaro è il riferimento al parametro di giudizio adottato dalle Sezioni Unite nella nota sentenza ‘Franzese’ (Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328).

18. Sulla distinzione tra causalità generale e causalità individuale, sul parametro di accertamento e sulla causalità omissiva in generale restano fondamentali i lavori di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale del diritto penale*, Milano, 1975; ID., *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003; ID., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, nonché C.E. PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

19. Così Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, in *Cass. Pen.*, 2012, 1506.

20. In questi termini. F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 339 e, *amplius*, ID., *Controlli societari*, cit., 196 e ss., nonché A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., 306.

La decisione della Suprema Corte, pur compiendo un passo avanti rispetto alla giurisprudenza appena illustrata, perviene ad una soluzione non pienamente convincente. In particolare, il decidente rigetta il ricorso del sindaco, sostenendo che costui avrebbe potuto impedire la bancarotta societaria contestata «con apprezzabile grado di probabilità».

L'affermazione non convince sotto almeno due profili. Il primo, di carattere processuale, attiene alla formulazione da parte della Cassazione di un proprio giudizio fattuale diverso da quello a cui era pervenuta la Corte d'appello, valutazione inibita al Giudice di legittimità. Il secondo aspetto critico riguarda la regola di giudizio adottata: l'«apprezzabile grado di probabilità» pare richiamare un criterio stocastico di aumento-mancata diminuzione del rischio, bandito dalla Suprema Corte con la sentenza «Franzese»²¹ che, come ampiamente noto, impone di ravvisare il nesso causale solo ove, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica –, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Non vi è ragione per cui nell'accertamento della responsabilità per omesso impedimento del reato altrui si debba utilizzare un criterio di giudizio diverso da quello individuato dal citato arresto delle Sezioni Unite che, «nonostante l'oggettiva volatilità della materia, ha cercato di salvaguardare i principi cardine della tassatività e della personalità della responsabilità penale»²².

3

L'ACCERTAMENTO DEL DOLO IN CAPO AI CONCORRENTI NEL REATO: IL RECUPERO DELLA DISTINZIONE TRA RAPPRESENTAZIONE E VOLIZIONE, TRA COLPA CON PREVISIONE E DOLO EVENTUALE

Ulteriore aspetto assai critico, affrontato con estremo rigore dalla sentenza qui annotata, attiene all'oggetto, alla struttura e all'accertamento del dolo²³ dei soggetti che hanno partecipato a condotte apparentemente lecite – poi non rivelatosi per tali – o che tali condotte dovevano impedire nella gestione societaria: in particolare, la Corte affronta l'annosa questione dei «segnali d'allarme», ripercorrendone l'evoluzione giurisprudenziale e addivenendo, anche sul punto, ad una soluzione innovativa e garantista.

Per comprendere la portata dell'arresto deve ricordarsi che in molte decisioni, anche del Giudice di legittimità²⁴, attraverso un'evidente eterogenesi dei fini, la teoria dei segnali d'allarme, che dovrebbe costituire uno strumento di accertamento del dolo nel suo momento rappresentativo, muta l'oggetto stesso dell'elemento soggettivo, assorbendolo: per dimostrare la sussistenza del dolo è sufficiente la prova che «i cd. 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»²⁵. Dall'oggettiva rilevanza dei segnali d'allarme, si evince, attraverso un meccanismo di successive presunzioni, che: (i) data la palese gravità del sintomo di crisi o di illiceità di singole operazioni anche il più disattento amministratore o sindaco si sarebbe rappresentato il reato *in itinere* per cui (ii) l'imputato se lo è necessariamente rappresentato; (iii) posta tale necessaria consapevolezza, l'inerzia o, *a fortiori*, il contributo atipico alla realizzazione dei reati da altri commessi dimostra la volizione – quanto meno in termini di accettazione – degli illeciti stessi.

In definitiva, l'oggetto del dolo è costituito dai segnali d'allarme del reato *in itinere*;

21. Si tratta come noto di Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, 1133 ss.

22. In questi termini 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.

23. Sulla distinzione e le interrelazioni tra oggetto, struttura e accertamento del dolo si veda G. P. DEMURO, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, 152 ss.

24. Per un'ampia critica agli usi distorti della teoria dei segnali d'allarme resta fondamentale C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1265 ss.

25. Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, in *Leggi d'Italia*. Tale arresto è oggetto delle condivisibili critiche di F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., 324.

l'accertamento si limita alla mera percepibilità (i.e. l'esistenza) dei predetti segnali, che fonda la rappresentazione dell'evento illecito e dell'obbligo di attivarsi; tale rappresentazione collegata alla condotta (commissiva od omissiva che sia) dimostra – *in re ipsa* – il momento volitivo del dolo.

Nella decisione in commento la Suprema Corte riporta la teoria dei segnali d'allarme al proprio campo elettivo – l'accertamento del momento rappresentativo del dolo – e distingue nettamente l'oggetto e la prova della rappresentazione dall'oggetto e dalla prova della volizione del reato²⁶. Infatti, afferma la Cassazione, si può discutere di dolo in quanto l'imputato sia «concretamente venuto a conoscenza di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il rischio che un siffatto evento si verificasse, ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo»²⁷.

3.1

RAPPRESENTAZIONE E SEGNALI D'ALLARME: IL DOPPIO MOMENTO OGGETTIVO E SOGGETTIVO DEI SEGNALI

Il ruolo della teoria dei segnali d'allarme, nel percorso di dimostrazione della rappresentazione del reato *in itinere*, è arricchito e precisato dal Giudice di legittimità. Sottolinea la Corte che «per dare senso e concretezza al dolo eventuale (...) come parametro minimo per la riferibilità psicologica dell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato, 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».

In primo luogo, dunque, nell'ambito della gestione societaria dovranno emergere segnali d'allarme oggettivamente indicativi del rischio di verifica dell'evento (per usare le parole della Corte). L'esistenza di segnali obiettivamente idonei a manifestare la sussistenza di un reato *in itinere* non è di per sé sufficiente a dar prova del momento rappresentativo del dolo, giacché è altresì necessario che il segnale venga percepito dal controllore e sia riconosciuto da costui come tale, cioè nella sua portata rappresentativa dell'illecito da scongiurare.

Si identificano così *due momenti di rilevanza dei segnali d'allarme*, giacché questi, per avere una capacità dimostrativa del momento rappresentativo doloso, devono essere *oggettivamente percepibili e soggettivamente percepiti* come «*perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito*»²⁸.

3.2

VOLIZIONE E INDICATORI DEL DOLO: LA FIDUCIA NELL'ATTORE DECISIVO, LE CONDOTTE INCOMPATIBILI CON L'ACCETTAZIONE DELL'EVENTO E UNA CURIOSA APPLICAZIONE DELLA PRIMA FORMULA DI FRANK

Una volta provata la rappresentazione in capo al soggetto della possibilità del verificarsi di un evento pregiudizievole per la società, i soci o i creditori, non per ciò solo può dirsi soddisfatto l'onere dell'accusa in ordine al momento soggettivo del reato doloso, non potendosi inferire la volizione dell'illecito non impedito dal mero connubio tra rappresentazione e inerzia-contributo attivo atipico: in tali ipotesi, secondo la Corte, «non si potrebbe ancora discutere di dolo, neppure nella forma del dolo eventuale, che richiede pur sempre da parte del soggetto attivo – per potersi affermare che un fatto è da lui voluto, per quanto in termini di mera accettazione del rischio che si produca – la determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice». In definitiva, l'inerzia o il contributo atipico devono rappresentare «la decisione a favore della possibile offesa del bene giuridico»²⁹.

26. Tale distinzione era stata valorizzata anche da un pregevole arresto di merito ovvero Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, Pres. Ponti, Estt. Ponti – Gennari – Baldi, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2008, 109 ss., relativa alle condotte di agiotaggio sui titoli del gruppo Parmalat.

27. Così la decisione qui in commento, corsivi nostri.

28. L'espressione si rinviene in Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Cass. Pen.*, 2008, 103, con nota di F. CENTONZE, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Le Soc.*, 2008, 899, con nota di D. PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*.

29. Secondo la formula «*Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung*» utilizzata da C. ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, in *JuS*, 1964, 53 ss. Si veda sul punto anche l'ampia trattazione di G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 15 ss.

Per valutare, dunque, il significato delle condotte tenute dagli amministratori, la Cassazione valorizza tre dati fattuali.

(i) *In primis* l'attenzione è rivolta alla *fiducia*³⁰ riposta dai *gatekeepers* negli amministratori esecutivi e, in particolare, nell'amministratore delegato che, nel caso di specie, «godeva sicuramente di prestigio ed autorevolezza all'interno [dell'istituto di credito], venendo considerato un esperto come pochi quanto ad operazioni che si presentavano nuove nella pratica corrente di quella banca»; tale fiducia costituisce un elemento decisivo giacché, argomenta la Cassazione, «un conto è che l'amministratore privo di delega rimanga indifferente dinanzi ad un "segnale d'allarme" percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società, ben altra cosa è che egli continui a riporre fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri»³¹.

Riecheggiano nelle parole del decidente gli studi³² sul ruolo dell'"attore decisivo", ovvero il «detentore di un potere "autoritario" nella società e protagonista dei recenti scandali finanziari» è colui che «può giovare dell'asimmetria informativa, possiede un rilevante capitale sociale, ha un forte ascendente sugli altri membri dell'organizzazione, gode di consenso e di fiducia anche al di fuori della società, è in grado di ricorrere ad un *network* internazionale e a complessi strumenti finanziari»³³. Nell'ambito della gestione societaria l'alone di fiducia che circonda l'"attore decisivo" tende a produrre un involontario "eccesso di affidamento" nei controllori: ne consegue che l'inerzia o il contributo atipico dei *gatekeepers* non rappresenta necessariamente la decisione a favore dell'offesa al bene giuridico da altri perpetrato, quanto piuttosto il portato di una erronea valutazione delle capacità e delle attività del delegato.

In definitiva, rileva la Corte, si può «discutere di colpa a carico di chi contravvenne alla primaria regola cautelare di assumere il maggior numero di informazioni, e sempre colpa sarebbe (...) quella di chi avesse paventato il verificarsi degli eventi negativi ma, fidandosi della professionalità e dell'esperienza [dell'attore decisivo], fosse rimasto sicuro che non si sarebbero realizzati».

(ii) L'investimento da parte degli amministratori (tenuti all'oscuro delle condotte illecite) di significative somme di denaro, sia in azioni dell'istituto di credito sia a sostegno di singole operazioni dolose o distrattive, costituisce un ulteriore elemento fattuale posto in rilievo: la messa in pericolo di interessi propri è, infatti, un evidente indicatore negativo della sussistenza del dolo³⁴. Volendo utilizzare le parole della Cassazione, l'impiego significativo di capitali propri nell'istituto di credito è in «assoluta ed incontrovertibile antitesi» con l'accettazione del *default* della banca stessa.

(iii) Infine, la Cassazione si sofferma su un episodio ritenuto paradigmatico: il *dominus* degli illeciti falsificò un *fax* per attestare il controvalore di titoli asseritamente depositati presso un fiduciario, a seguito di una specifica richiesta della società di revisione,

30. Sulle dicotomie dolo eventuale vs colpa con previsione e fiducia ("*Vertrauen*") vs semplice speranza ("*Hoffen*") si veda C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München, 2006, richiamato da G. P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *questa Rivista*, 1, 2012, 149. In giurisprudenza il ruolo della fiducia nella distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione assume particolare rilievo in Cass. pen., Sez. I, 1 gennaio 2011, n. 10411, in *dir. pen. cont.*, con nota di A. AIMI, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *dir. pen. cont.*, 25 maggio 2012, e con nota di M. ZECCA, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.

31. Così la decisione annotata che, in altro passaggio, rileva plasticamente: «non sembra potersi condividere l'accezione stessa del dolo eventuale come implicitamente fatta propria dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Salerno: sostenere, ammesso che si possa, che alcuni fattori di anomalia di una pratica erano tali da emergere alla semplice lettura del carteggio, comporta *ex se* un chiaro addebito di colpa, financo grave, nei confronti di chi non li colse; ma non basta ancora per giungere ad affermare che chi espresse un voto favorevole e concorse così ad autorizzare un'operazione pregiudizievole per la società lo fece volendo perseguire quell'intento, o restando consapevolmente indifferente verso conseguenze della propria condotta che comunque si era prefigurato».

32. Si veda in particolare F. CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 48 ss., e bibliografia *ivi* richiamata.

33. Tale definizione è di F. CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 102.

34. Sulla messa in pericolo di interessi propri come indicatore negativo del dolo si veda, in particolare, G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 516 ss. Per una sua applicazione ad un caso concreto F. VIGANÒ, *Fuga spericolata in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. mer.*, 2005, 75 ss.

ed inviò tale *fax* agli altri amministratori per rassicurarli su tale questione problematica. Tale vicenda rende chiaro – secondo la Corte – che l'amministratore infedele «intese (...) presentare – anche – ai presunti correi una realtà mistificata ed artefatta, al fine di nascondere una situazione concreta che avrebbe altrimenti potuto portare l'organo collegiale a determinazioni diverse: perciò, egli dimostrò (...) di non poter confidare sulla certezza che gli altri amministratori ne avrebbero – per consolidata indifferenza verso le sorti della società – condiviso le proposte operative».

Sembrerebbe trattarsi di una particolare applicazione della prima formula di Frank³⁵: la domanda se, dato per certo il verificarsi dell'illecito, il soggetto avrebbe ommesso ugualmente l'azione impeditiva non ha come – consueto – interlocutore il giudice, bensì l'autore del delitto monosoggettivo.

In altre parole, opera come criterio di accertamento della carenza di dolo in capo al concorrente il fatto che l'autore del delitto monosoggettivo abbia ritenuto di dover occultare i reati *in itinere*, giacché, se i controllori si fossero rappresentati per certa la realizzazione degli illeciti, non sarebbero rimasti inerti, ma si sarebbero attivati per impedirli.

Il criterio di accertamento pare condivisibile nel senso prospettato in sentenza: infatti, la presentazione di dati o documenti falsi sulla situazione societaria da parte dell'«attore decisivo», può dimostrare (i) la mancanza di un accordo criminoso con i *gatekeepers* e (ii) la probabile, secondo la percezione dell'autore dei reati, opposizione dei controllori alla consumazione di illeciti ove ne venissero a conoscenza. Per altro verso, la realizzazione di condotte volte a nascondere agli occhi degli altri membri del *board* o dei sindaci i reati che si intendono commettere (i) non può da sola escludere *tout court* una percezione, comunque conseguita, dai controllori degli eventi dannosi che debbono impedire, (ii) né è idonea a costituire un elemento inconfutabile di carenza del momento volitivo, trattandosi pur sempre di un criterio fondato sul punto di vista dell'«attore decisivo» e non direttamente su atteggiamenti o azioni del concorrente di cui si vuole accertare l'elemento soggettivo.

4

CONCLUSIONI (AUSPICABILMENTE PROVVISORIE): PUNTI D'ARRIVO E DI PARTENZA VERSO UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ DEI GARANTI COSTITUZIONALMENTE CONFORME

La decisione in commento si pone, su punti qualificanti il sistema di ascrizione di responsabilità penale ai controllori societari come l'individuazione dei poteri impeditivi e l'accertamento del dolo, in netto contrasto con gli insegnamenti consolidati del Giudice di legittimità, aspramente criticati in dottrina e di dubbia conformità costituzionale.

Merita, dunque, di essere valorizzata l'attenzione espressa – anche se non coltivata – per l'individuazione dei poteri impeditivi (di cui la Corte auspica una tipizzazione legislativa, eventualmente con capacità direttamente impeditiva) che amministratori e sindaci debbono attivare per scongiurare la commissione di reati in danno alla società, ai soci e ai creditori: indicare l'esatto contenuto del precetto destinato ai *gatekeepers* risponde a fondamentali esigenze di legalità e di colpevolezza.

La stessa verifica controfattuale dell'efficienza eziologica delle leve attivabili dai controllori costituisce un passo avanti rispetto alla sostanziale obliterazione dell'accertamento del nesso causale, ritenuto *in re ipsa* a fronte di condotte inerti, operata da buona parte della giurisprudenza di merito³⁶ e di legittimità³⁷; il metro di accertamento dovrà, però, inevitabilmente essere quello indicato dalla sentenza «Franzese» giacché

35. Tale formula, non senza critiche da parte della dottrina, è stata utilizzata per discernere tra dolo eventuale e colpa con previsione dalla già citata Cass. pen., Sez. I, 1 gennaio 2011, n. 10411 nonché, per distinguere tra ricettazione ed incauto acquisto, da Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433, in *dir. pen. cont.*, con nota di G. ABBADESSA, *Ricettazione e dolo eventuale*, 20 dicembre 2011, nonché in *Cass. Pen.*, 2010, 2555 ss., con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione: le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, e in *Dir. pen. proc.*, 2010, 826 ss., con nota di P. PISA, *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*.

36. Si veda plasticamente in questo senso Corte d'appello di Bologna, Sez. III, 23 aprile 2012, inedita, 104 ss., relativa alle contestazioni di bancarotta per il *default* del gruppo Parmalat, che richiama la già citata Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163.

37. Paradigmaticamente Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, cit.

«debbono essere evitati pericolosi recuperi di forme di aumento del rischio che forse soddisferanno le esigenze probatorie, ma che rappresenterebbero comunque un arretramento dei principi di garanzia»³⁸.

Infine, la rigorosa ricostruzione del dolo, nei suoi due distinti momenti rappresentativo e volitivo, e l'adozione della teoria dei segnali d'allarme come criterio di accertamento della rappresentazione e non come scorciatoia probatoria dell'elemento soggettivo *tout court* potrebbe procrastinare il rischio di un "tramonto del dolo"³⁹.

In definitiva, la pregevole sentenza potrebbe costituire l'(auspicabile) *inizio di un percorso giurisprudenziale di commiato da forme di responsabilità di posizione*.

38. Tale monito è espresso da M. PELISSERO, *Il concorso doloso*, cit., 987.

39. L'espressione dà il titolo allo scritto di C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1265, ove icasticamente l'A., riferendosi criticamente alle sentenze di merito sulla vicenda del Banco Ambrosiano, afferma, con parole ancora di stringente attualità: «Quando "la ragionevole possibilità per l'amministratore estraneo alla concreta gestione delegata di rilevare l'illiceità *lato sensu* del comportamento distrattivo addebitabile al delegato" viene letteralmente "senz'altro (*sic*) equiparata alla consapevolezza concretamente raggiunta dal singolo componente del collegio", passando disinvoltamente dal piano della possibilità (sempre tale anche se "ragionevole") al piano dell'attualità psicologica, quasi fossero *unum et idem*, altro non si fa che rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo».