

Le scelte del legislatore, le ragioni dell'economia, i tempi del processo

*Atti della Giornata
del diritto penale dell'economia*

*Lecco
20-21 maggio 2011*

Atti e documenti

Le scelte del legislatore, le ragioni dell'economia, i tempi del processo

*Atti della Giornata
del diritto penale dell'economia*

*Lecco
20-21 maggio 2011*



Camera di Commercio
Lecco

Promotori



Ordine degli Avvocati di Lecco



Tribunale di Lecco



Camera di Commercio
Lecco

Main partners



INTESA  SANPAOLO

"InfoCamere"



Con il contributo di



E la partecipazione di



Editore: Retecamere Scrl, Roma

© 2012 Retecamere Scrl, Roma

Finito di stampare nel mese di gennaio 2012
dalla tipografia Kataconsulting Srl, Roma

ISBN 978-88-6077-116-2

L'utilizzo delle informazioni contenute nel presente
volume è consentito solo su autorizzazione dell'editore

Sommario

PRIMA GIORNATA

Interventi introduttivi

VICO VALASSI	11
RENATO BRICCHETTI	15
ELENA BARRA	17
MARIO ROMANO NEGRI	19
ALESSANDRO MAURI	20
FERRUCCIO DARDANELLO	21

Relazioni

Presiede EMILIO DOLCINI	27
Diritto penale e attività economiche oggi ALBERTO ALESSANDRI	29
Tempi del processo e tempi dell'economia GIOVANNI CANZIO	39

Tavola rotonda. La responsabilità degli enti dipendente da reato

SERGIO SEMINARA, PAOLO VENEZIANI, ALESSANDRA ROSSI, FRANCESCO ARATA, GIOVANNI CANZIO, ALBERTO ALESSANDRI	47
---	----

SECONDA GIORNATA

Relazioni

Presiede RENATO BRICCHETTI	89
I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori FAUSTO GIUNTA	90
Prova dei reati economici nello specchio della motivazione FRANCESCO MAURO IACOVIELLO	99

Tavola rotonda. La responsabilità degli amministratori

GIAN GIACOMO SANDRELLI, ALESSIO LANZI, FRANCESCO MUCCIARELLI, FAUSTO GIUNTA, STEFANO PEDA	115
--	-----

APPENDICE. LE SENTENZE CITATE	143
--------------------------------------	-----

PRIMA GIORNATA ■



Interventi introduttivi

VICO VALASSI

Presidente della Camera di Commercio di Lecco

Buongiorno a tutti, autorità, signori relatori, signore e signori. Sono particolarmente lieto di darvi il benvenuto alla Casa dell'economia di Lecco. Anche a nome dei colleghi di Giunta e di Consiglio, porgo il più cordiale saluto a tutti voi.

È per me motivo di soddisfazione poter tenere qui a Lecco, nella sede istituzionale della Camera, questa importante iniziativa: la prima edizione della Giornata del diritto penale dell'economia, suggerita e voluta dal nostro presidente del Tribunale di Lecco, il dottor Renato Bricchetti, e dalla presidente dell'Ordine degli avvocati di Lecco, l'avvocato Elena Barra. Li ringrazio per aver scelto l'istituzione camerale quale partner e soggetto di riferimento.

Vi garantisco che non è un ringraziamento formale o rituale, ma è veramente un apprezzamento per l'iniziativa che tutta la Giunta e tutto il Consiglio camerale hanno accolto e sostenuto con entusiasmo.

Una grande soddisfazione, dicevo, ma, al tempo stesso, una grande responsabilità, per gli obiettivi che ci siamo posti come organizzatori della Giornata e per la delicatezza delle tematiche che saranno oggetto di analisi e approfondimento grazie agli autorevoli accademici, magistrati e avvocati qui presenti.

Un ringraziamento particolare, permettetemelo, desidero rivolgerlo al mio presidente nazionale, Ferruccio Dardanello, che ha subito accolto la proposta di sostenere l'iniziativa lecchese, a testimonianza che il sistema delle Camere è impegnato a svolgere, con sempre maggior competenza ed efficienza, le proprie funzioni istituzionali in tema di regolazione e trasparenza del mercato. L'apprezzamento nei confronti del presidente

Dardanello insieme ai colleghi di Giunta che sono qui presenti, vogliamo sottolinearlo; perché Dardanello, che è ai primi mesi della sua presidenza, usa intelligentemente come esperimenti pilota le sollecitazioni di alcune Camere che hanno l'ardire di proporre iniziative con contenuti importanti. Quindi grazie per questo intelligente sostegno e per questa autorevole presenza.

Questa Giornata del diritto penale dell'economia, che vogliamo proporre su due mezze giornate, testimonia innanzitutto la collaborazione che su questo territorio è stata costruita tra i diversi soggetti istituzionali, economici e professionali; una collaborazione, quella con il Tribunale, che è in atto da ancor prima della costituzione del Registro delle imprese, quando, nel 1996, vi fu il completo trasferimento delle competenze in materia di società dalle cancellerie commerciali alle Camere, con la relativa nomina del giudice delegato. Non meno importante e significativa la collaborazione con il mondo delle professioni, in particolare con alcune categorie di professionisti, veri soggetti intermediari del Registro di cui oggi è prevista la rappresentanza nei Consigli camerali, così come disposto dalla recente legge di riforma delle Camere.

Molti dunque i punti di collaborazione, pur nella differenza dei ruoli e delle competenze. L'obiettivo comune resta quello di porre al centro il sistema delle imprese e la realtà territoriale costituita dalla pluralità di soggetti pubblici e privati, alla quale dare risposte e servizi concreti perché possa crescere e possa svilupparsi in un sistema con regole certe e trasparenti.

Quando parlo di collaborazione, pur non citando tutti i protocolli e gli accordi siglati, permettetemi di citare le recenti iniziative che hanno visto la nostra Camera, l'amministrazione della giustizia e i professionisti insieme: dal protocollo di intesa per la riforma del diritto societario, volto a prevedere l'inserimento negli statuti delle clausole *di conciliazione e arbitrato* – un documento che fu sottoscritto nell'ottobre del 2004 alla presenza dell'allora ministro Castelli –, alle ultime iniziative d'informazione e formazione sulla conciliazione-mediazione, fino alla realizzazione da parte dell'Azienda speciale camerale dei portali web di Tribunale e Procura, per dare concreto avvio, anche

nella nostra città, al processo civile telematico (PCT). Non ultima la realizzazione, con la Procura della Repubblica, di un'importante giornata di studio in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Questi e non solo questi i motivi che hanno spinto la Camera di commercio a essere parte attiva nell'organizzazione della Giornata, soprattutto perché consapevole delle esigenze del proprio tessuto economico-produttivo costituito da oltre 30.000 imprese, di cui il 43,5% costituito in forma societaria. È una percentuale tra le più alte in Italia; la media italiana è del 34,8%. Un'economia, quella lecchese, che, pur essendo fortemente caratterizzata da imprese di piccole e medie dimensioni, è stata capace di produrre nel 2009, ultimo dato disponibile, un valore aggiunto di ben 8,56 miliardi di euro, e le prospettive future sono nel segno del miglioramento continuo. Il problema è di poter individuare dei parametri di crescita a cui tutti dobbiamo tendere, mettendo impegno e determinazione; un tessuto di imprese sane e solide che chiedono di poter operare in un mercato dove il rispetto delle regole e dei comportamenti leciti rappresenti la norma e non un fatto eccezionale, dove le procedure siano chiare e snelle, dove le istituzioni agiscano in modo imparziale eliminando la discrezionalità che privilegia alcuni a danno di altri.

La Camera di Lecco, consapevole dei propri ambiti operativi, intende agire nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà, ed è altresì convinta che solo grazie alla creazione di una rete di relazioni istituzionali sia possibile garantire al mondo delle imprese risposte concrete, aiutandole a conoscere le norme, le regole, i limiti e gli ambiti di operatività.

Tra i servizi e gli strumenti che la Camera, e in generale il sistema, possono mettere a disposizione del mercato per eliminare qualsiasi forma di asimmetria informativa che distorce la conoscenza dei fatti e dei soggetti che in esso operano, vi è il Registro delle imprese, strumento che ha un patrimonio di informazioni accessibili importantissimo: 10 milioni le persone fisiche presenti, 6 milioni le imprese registrate, 900.000 bilanci depositati ogni anno, di cui 5.100 nella nostra realtà lecchese. Qui ringrazio la nostra società consortile InfoCamere, anch'essa partner di questa iniziativa, che assicura la

gestione di questo patrimonio informativo a livello nazionale, e che ha contribuito fortemente a innalzare l'informazione e la qualità dei servizi camerali in materia di registrazione e certificazione.

Credo quindi che non manchino le condizioni per sostenere il tessuto delle imprese sane; non mancano gli strumenti e le opportunità di elevare sul piano delle competenze la qualità delle nostre imprese, sia nel mercato interno sia su quello internazionale. Proprio nella nostra realtà stiamo investendo molto sul versante della formazione dei giovani, traendo forza dalla tradizione delle scuole professionali e tecniche che hanno fatto la storia di questo territorio. Abbiamo negli anni guardato oltre, e oggi godiamo della presenza di un polo regionale del Politecnico di Milano che per primo, a livello nazionale, ha istituito corsi di laurea magistrale a Lecco dedicati alla formazione di ingegneri stranieri. Oltre all'università, le nostre imprese possono beneficiare di laboratori e di importanti centri di ricerca come quelli del CNR, e questa presenza di organizzazioni, realtà produttive e competenze deve solo essere messa nelle condizioni di combinarsi in modo virtuoso e di avere un quadro di riferimento legislativo organico e coerente con i nuovi modelli economici.

Mi pare quindi evidente il nesso tra il mondo economico e quello giuridico, e credo che queste due giornate di lavoro ce lo confermeranno. L'obiettivo che tutti dobbiamo perseguire, soprattutto come istituzioni, è che i limiti proposti dalla norma siano a vantaggio della libertà di iniziativa economica e nell'interesse generale delle comunità di riferimento.

Concludo con un grazie sincero a tutti quanti i partner e sponsor che sono sulle locandine e in tutta la documentazione distribuita. Li ringrazio di cuore perché in iniziative come queste occorrono anche delle risorse, dunque l'integrazione delle risorse ci dà anche la possibilità di sviluppare con più continuità iniziative di confronto.

Vi ringrazio per l'attenzione e passo adesso la parola al presidente del Tribunale di Lecco, il dottor Renato Bricchetti.

Grazie.

RENATO BRICCHETTI

Presidente del Tribunale di Lecco

Toglierò solo qualche minuto di tempo ai relatori per ringraziare tutti coloro che hanno permesso la realizzazione di questo evento, che mi auguro sia destinato a diventare un appuntamento fisso per questa città; per noi si tratta di un incontro che rappresenta la tappa di un lavoro che si sta svolgendo da circa un anno.

Io sono a Lecco da un anno o poco più. È un lavoro fatto di trasparenza e confronto con tutti i soggetti del territorio, di diffusione delle regole, di conoscenza del modo di operare della magistratura.

Questa è una tappa, come pure un'altra è stata la realizzazione del sito che abbiamo inaugurato; un'altra ancora è stata la sottoscrizione del protocollo sul processo civile telematico che sta per essere varato in concomitanza con il provvisorio mutamento della sede del Tribunale. Come importante è il confronto con gli ordini professionali, non soltanto con l'Ordine degli avvocati, ma anche con gli altri ordini interessati all'amministrazione della giustizia: commercialisti, architetti, ingegneri e così via.

Si sono fatte e si stanno facendo tante cose per facilitare il compito di ognuno di noi, e sempre in una logica di trasparenza. Rientrano ancora nelle tappe di questo lavoro le convenzioni che stiamo stipulando con gli enti territoriali per creare uno svolgimento organico del lavoro di pubblica utilità. Sapete che la tendenza è quella di far scontare certe pene attraverso il lavoro di pubblica utilità. Io vorrei che il lavoro di pubblica utilità diventasse davvero "di pubblica utilità", che non fosse soltanto un benefit per chi vuole vedersi restituire e non confiscare l'autovettura o dimezzare le pene pecuniarie, ma diventasse anche, attraverso un'organizzazione sistematica, un modo per gli enti

territoriali di poter usufruire del lavoro delle persone in snodi importanti che ogni ente farà in modo di valutare.

La giornata di oggi nasce proprio con lo scopo di parlare di temi importanti che non vi anticipo, se non in termini generali. A parte le relazioni che hanno già un titolo, vedrete che ci saranno due tavole rotonde, una oggi e una domani. Quella odierna riguarda il d.lgs. 231/2001 e le responsabilità delle società e degli enti in generale per illeciti penali commessi dai loro uomini, soprattutto di vertice. La giornata di domani sarà un esame sulle responsabilità degli amministratori esecutivi o non esecutivi, dipendenti o indipendenti.

Io ho finito, ma non posso esimermi dai ringraziamenti. Grazie.

ELENA BARRA

Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Lecco

A tutte le autorità, i colleghi, i professionisti e gli intervenuti, il mio benvenuto e ringraziamento per la vostra partecipazione. Agli illustrissimi relatori, oltre a un caloroso benvenuto, va il sentito ringraziamento dell'Ordine degli avvocati di Lecco per aver aderito all'iniziativa, consentendo la realizzazione di questo evento che è un progetto a noi molto caro, non solo come momento formativo di altissimo livello, ma anche come occasione di divulgazione di cultura giuridica in una materia di grande attualità e interesse.

Questo convegno, come già detto, è frutto della collaborazione tra Tribunale, Camera di commercio e Ordine degli avvocati di Lecco, che si è intensificata da oltre un anno e si sviluppa su più fronti, quali il processo civile telematico, il progetto Innovagiustizia, l'individuazione di soluzioni concrete a partire da problemi organizzativi, finalizzata sempre al miglioramento del "servizio giustizia", la mediazione delle controversie civili e commerciali, la diffusione della cultura giuridica sul territorio e la formazione non solo degli avvocati, ma anche di altre figure professionali.

È senza dubbio una collaborazione preziosa, che consente di condividere gli obiettivi e unire gli sforzi per il raggiungimento delle finalità proposte, della quale sono particolarmente grata ai presidenti Bricchetti e Valassi.

In quest'ambito nasce l'idea della Giornata del diritto penale dell'economia, con l'intento di creare un osservatorio, un laboratorio di ricerca, di confronto e di studio che vede nel convegno il suo momento culminante, ma che ha avuto inizio già con i lavori del comitato scientifico per l'individuazione degli argomenti da trattare, e continuerà con uno scambio di riflessioni che certamente proseguirà anche dopo il congresso.

Ho avuto l'onore di assistere ai lavori del comitato scientifico, attento a proporre tematiche di attualità che possano offrire spunti di riflessione e proposte concrete a problematiche giuridiche di particolare interesse e importanza, non solo per i cultori della materia ma anche per il nostro territorio, che tradizionalmente ha una forte vocazione imprenditoriale.

L'Ordine degli avvocati desidera esprimere un sentito ringraziamento al presidente Bricchetti, che è l'anima del nostro convegno, anche per aver coinvolto gli illustri relatori, esponenti del mondo accademico, della magistratura e del mondo forense, sicuramente le voci più autorevoli della materia trattata, che rendono questo convegno di grande importanza a livello nazionale. L'auspicio è che l'iniziativa possa ripetersi a cadenza fissa, diventando un appuntamento imperdibile per tutti gli interessati a vario titolo alla materia.

Altrettanto sentito il ringraziamento rivolto alla Camera di commercio di Lecco, che ha curato magistralmente tutti gli aspetti organizzativi. È sempre molto apprezzata l'accoglienza che ci riserva la Camera ospitandoci nella sua prestigiosissima sede, che è senza dubbio la cornice più adatta a questo convegno.

Da ultimo, ma non per importanza, unisco il mio ringraziamento a InfoCamere, Unioncamere, Fondazione Cariplo, Intesa Sanpaolo, Banca Generali, Fondazione della Provincia di Lecco, Camera penale di Como-Lecco e LAPEC – Sezione locale di Lecco e Como, partner dell'iniziativa senza il cui contributo sarebbe stata più difficile l'organizzazione, e al collega Umberto Tomalino che mi ha affiancato nel sostenere l'impegno del nostro Ordine.

Concludo manifestando a tutti una spiccata punta di orgoglio nell'accogliere nella nostra città gli illustrissimi relatori. Spero che gli impegni congressuali consentano loro di apprezzare qualche aspetto del nostro bellissimo territorio; naturalmente questo non vale per il professor Emilio Dolcini, che a Lecco, come noto, è padrone di casa insieme a noi.

D'altra parte sono anche molto orgogliosa di contribuire a portare lustro a questa città con un evento di così tanto prestigio.

Vi auguro buon lavoro.

MARIO ROMANO NEGRI

Presidente della Fondazione della Provincia di Lecco

Grazie presidente, la ringrazio per l'opportunità che mi dà di portare il saluto delle fondazioni che ho l'onore di rappresentare: Fondazione Cariplo e Fondazione della Provincia di Lecco, che con convinzione hanno sostenuto questa giornata per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, perché riteniamo che possa tornare utile ai nostri *stakeholders* (associazioni di volontariato e mondo della cooperazione), che hanno sempre più bisogno di conoscere il perimetro legale entro cui misurarsi e confrontarsi.

In secondo luogo, per il valore della legalità che ritengo sia una componente non insignificante di quel valore del capitale sociale, territoriale, che le nostre associazioni si stanno impegnando a far crescere.

Faccio mio un verso dell'XI canto del *Purgatorio*: «ché perder tempo a chi più sa più spiace», e auguro buon lavoro a tutti.

ALESSANDRO MAURI

Responsabile dell'Area Lombardia Banca Generali

Grazie al presidente e grazie a tutti voi. Volevo solo trasmettervi l'onore per Banca Generali di aver potuto contribuire a questa meravigliosa e importante manifestazione per la città di Lecco.

Mi chiamo Mauri, per cui potete capire da soli quanto possa essere legato a questo contesto territoriale.

Banca Generali è la banca di Generali, centottant'anni di storia e 70 milioni di clienti in tutto il mondo, e da sempre ha una grande attenzione verso il territorio e le comunità locali.

Per noi è un grande piacere collaborare con gli ordini professionali; lo facciamo oggi volentieri con l'Ordine degli avvocati, lo abbiamo fatto con i commercialisti a Lecco, Como e nelle altre città della Lombardia, proprio perché ci interessa contribuire a iniziative formative di grande livello che possano dare a tutti un aiuto e un contributo per meglio esercitare la propria professione.

Noi ci riteniamo grandi professionisti e ci fa piacere lavorare e contribuire al lavoro di altrettanti grandi professionisti.

Grazie a tutti i presidenti qui presenti, grazie a tutti voi e buon lavoro: visto il programma credo che meritate questo augurio, per l'attenzione e l'impegno che metterete in queste due mezze giornate.

Buon pomeriggio a tutti.

FERRUCCIO DARDANELLO

Presidente Unioncamere

Grazie in primo luogo per l'invito a partecipare a questo importante appuntamento.

L'amico Vico Valassi ha voluto coinvolgermi in queste giornate di riflessione e di confronto su un tema che mi sta particolarmente a cuore e che ritengo cruciale per la vita economica e sociale del Paese e in cui le Camere di commercio sono sempre più protagoniste, accanto alle imprese.

Le nostre istituzioni rappresentano infatti la "casa delle imprese" e oggi sono uno degli assi portanti del nostro Paese. L'altro ieri a Palermo, in un grande incontro istituzionale, si parlava dei centocinquant'anni dell'Unità d'Italia e il presidente del Senato Schifani diceva che le Camere di commercio devono sempre di più diventare la guida dei processi di sviluppo del Paese e dei suoi territori.

È stato per me un riconoscimento di grandissimo valore e che mi rincuora come primo rappresentante di questa istituzione. Perché la Camera di commercio è un'istituzione del Paese ma è soprattutto un'istituzione di tutti coloro che la abitano. Le divisioni che imperversano all'interno della società, a casa nostra, non ci sono grazie a un continuo esercizio di responsabilità che le imprese stesse ci chiedono ed esigono da noi.

È questo il primo modo in cui, in tutte le Camere di commercio, rispondiamo alle aspettative di quegli oltre sei milioni di imprenditori che costituiscono l'ossatura economica di questo straordinario Paese che è l'Italia.

E non solo: il nostro sistema contribuisce – attraverso la rete delle Camere di commercio italiane all'estero – a dare visibilità all'economia italiana in ogni angolo del pianeta, portando il made in Italy a diventare uno dei grandi strumenti di apprezzamento

che abbiamo nel mondo. Un risultato che è frutto del lavoro e del sacrificio di tanti italiani e figli di italiani che, dopo generazioni, ancora oggi sono i migliori ambasciatori dei nostri prodotti, del nostro stile di vita e dei nostri valori.

È dunque una grande responsabilità quella che il sistema camerale ha oggi, quale motore dello sviluppo locale, a sostenere l'Italia nell'impegno a restare tra i paesi guida dell'economia mondiale, pur in un momento di congiuntura straordinariamente difficile.

Alcuni compiti, in modo particolare, ci vedono schierati in prima fila: la semplificazione è senz'altro uno di questi tasselli su cui giocheremo la nostra sfida; l'innovazione è un altro strumento per dare nuova competizione alle nostre produzioni, al nostro saper fare; la qualità, lo strumento del quale avvalerci sui mercati internazionali.

Ti sono perciò molto grato, Vico, dell'invito a essere qui oggi perché credo sia importante raccontare il buono che le nostre istituzioni fanno ogni giorno e i risultati che, su tanti fronti, riusciamo a conseguire lavorando a rete, facendo sistema come è nella nostra natura.

Tra questi fronti c'è anche quello della legalità. Un terreno su cui c'è bisogno di dare risposte condivise e concrete per poter continuare a infondere nei nostri operatori quella tranquillità di cui c'è bisogno per far crescere l'economia, dare occupazione, creare benessere.

Per far questo, c'è soprattutto bisogno di avere certezze, perché senza di esse viene anche meno la voglia di fare, di investire, di essere protagonisti del mercato. Una giustizia lenta non è una giustizia giusta che può dare quelle garanzie di cui noi in questo momento abbiamo bisogno. Purtroppo, la giustizia costituisce oggi un freno per l'intero sistema paese.

Documentandomi per questo incontro, c'è un dato che mi ha particolarmente preoccupato: in Italia il giro di affari prodotto dal mercato della droga, nell'ultimo anno, ha raggiunto i 24 miliardi di euro. Un'intera finanziaria, o forse qualcosa di più. Tutte le risorse economiche che escono fuori da questo meccanismo vengono poi riciclate in attività illegali all'interno del nostro Paese, con un conseguente inquinamento dell'economia legale. La battaglia per la legalità deve allora essere, necessariamente, la nostra

battaglia perché il mercato sia veramente libero e trasparente e tutti gli attori possano giocare ad armi pari.

Proprio su questo tema, in questi giorni, stiamo costituendo in ogni Camera di commercio italiana un comitato per la legalità, che avrà lo scopo principale – insieme alle forze dell'ordine, alle questure, alle prefetture e a tutti coloro che hanno a cuore questo problema così importante e così strategico – di mettere a valore sinergicamente le informazioni di cui ciascuno dispone per alzare il livello delle tutele contro il crimine e dare risposte concrete a chi opera nelle situazioni più compromesse o a rischio crescente di infiltrazioni malavitose.

Il contributo delle Camere di commercio, in questo specifico campo, è di grande rilevanza. Grazie ai nostri strumenti di conoscenza, come il Registro delle imprese, possiamo cogliere i movimenti sospetti che nascono nel tessuto imprenditoriale, possiamo aiutare a monitorare fenomeni indicativi di problemi locali e dare così, a chi ha il compito di far rispettare le leggi, elementi informativi aggiornati e capillari su tutto il territorio.

Penso in particolare a uno strumento che abbiamo sviluppato – grazie alla nostra società informatica, InfoCamere – che si chiama Ri-visual e che permette di navigare i dati camerali in modo nuovo, intuitivo e dettagliato per fornire un'immediata percezione delle relazioni tra imprese e persone, consentendo alle forze dell'ordine e agli investigatori di approfondire settori e fenomeni economici in meno tempo e con maggiore accuratezza.

Ma penso anche a quanto stiamo facendo sul versante del recupero delle attività economiche confiscate alla criminalità per restituirle al mercato promuovendo iniziative sane e reimmettendo così preziose risorse – innanzitutto umane – in sistemi produttivi locali che ne hanno un estremo bisogno.

Un altro dei grandi problemi legati ai temi della giustizia civile che noi abbiamo è quello dei suoi ritardi, che pesano sulla produttività delle imprese e di tutta la nostra società. All'inizio dell'anno la Corte di cassazione ha fatto sapere che la durata dei processi che vanno a sentenza negli ultimi tre anni è aumentata ulteriormente del 2,2%, arrivando a impegnare fino a 1.200 giorni, che equivalgono a 5 anni solari, vale a dire la vita media di un'impresa italiana. Tempi non più compatibili con un'economia moderna

come la nostra, impegnata a rilanciarsi per tenere testa a una competizione globale che non ci aspetta e non ci può aspettare.

Mi piace pensare al giorno in cui, finalmente, un imprenditore straniero potrà trovare le condizioni per venire a investire in Italia. Al momento, purtroppo, questo imprenditore è merce rarissima. Se quest'uomo di affari facesse un'analisi davvero approfondita di quelli che sono i costi della nostra burocrazia, i costi della mancata semplificazione di tante procedure inutili, del nostro sistema fiscale e dei tempi intollerabili della giustizia, sarebbe un folle a venire in questo nostro Paese a investire.

È per cambiare questo quadro che il sistema camerale sta lavorando con impegno sul fronte della mediazione-conciliazione. Al di là delle valutazioni differenti raccolte in questi mesi sulla recente riforma, il nuovo quadro normativo rappresenta una risposta concreta che sta dando un importante contributo alla risoluzione ad alcuni dei problemi di cui parlavo poc'anzi.

Sarà perché nelle stanze delle Camere di commercio, nella casa delle imprese, è più facile trovare le condizioni per poter dirimere i contenziosi tra impresa e impresa o tra impresa e consumatore, rispetto alle fredde aule di tribunale, ma in queste prime settimane di operatività delle nuove norme sono già state 2.000 le pratiche avviate e oltre il 50% di queste è stato risolto in meno di 40 giorni. Credo che sia un traguardo di grande civiltà, che stiamo realizzando non solo con i nostri sforzi ma anche con la collaborazione dell'Ordine degli avvocati.

Mi perdonerete per questo saluto che è stato più che di maniera, ma credo l'occasione richiedesse un contributo di riflessione nel merito fin da subito.

Vi sono grato e tornerò volentieri nell'ospitale Lecco che ha tanti elementi in comune con la mia Cuneo. Avevo un fratello che scriveva di sport e diceva che le realtà di provincia avevano delle peculiarità. E non intendeva solo le squadre di calcio, ma anche gli uomini: quella grinta che solo gli uomini di provincia sanno avere perché hanno sempre da conquistare qualcosa e per quello si battono sempre al massimo. Ecco, continuiamo a combattere al massimo e sapremo dare risposte al nostro Paese.

Relazioni

Presiede Emilio Dolcini

Sono davvero onorato, e anche un po' emozionato, nell'inaugurare i lavori, per la parte scientifica, di questa giornata promossa dall'Ordine degli avvocati, dal Tribunale e dalla Camera di commercio della mia città. Mi trovo qui tra amici di una vita, amici recenti e colleghi illustri per dare il via a un'iniziativa di grande rilievo culturale che credo abbia anche notevole interesse per gli operatori del diritto e dell'economia.

Abbiamo avuto segnali importanti nella primissima parte dei nostri lavori. Il compito che mi viene affidato in questa giornata mi suggerisce però una riflessione diversa sul ruolo odierno del diritto penale dell'economia. Il pensiero corre inevitabilmente alle parole del mio maestro Cesare Pedrazzi, il quale nel 1979 scriveva: «la funzione della disciplina penale in materia economica è segnata sinteticamente dall'art. 41 della Costituzione. La sanzione penale serve anch'essa a impedire che l'iniziativa economica, non solo quella privata, si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e dignità umana. Inteso in questi termini, il diritto penale economico non si pone in contrasto con i principi informatori dell'economia di mercato ma, al contrario, ne costituisce un necessario presidio».

E se in quella fase Pedrazzi lamentava un certo immobilismo da parte del legislatore, restio a innovare la disciplina penale delle attività economiche, molti anni dopo, nel 2001, muoverà una critica ben diversa al legislatore; il rimprovero di Pedrazzi – un genuino liberale – avrà allora per oggetto la demolizione, lo smantellamento del diritto penale societario ad opera di forze politiche che allora come oggi si accreditano indebitamente quali portatrici di valori liberali.

Questo, in sintesi, il giudizio di Pedrazzi sulla riforma dei reati societari che vedrà la luce nel 2002: «Una controriforma che scalza quella che, sul piano della teoria e della prassi, era la pietra d'angolo del diritto penale societario, al punto di mettere in forse la stabilità e la legittimazione dell'intero edificio. Una vita difficile dunque, non solo in Italia, quella del diritto penale dell'economia».

Con un certo margine di approssimazione, la stessa scoperta della criminalità dei colletti bianchi può collocarsi in coincidenza con gli studi di Edwin Sutherland negli anni quaranta del secolo scorso. Già allora Sutherland metteva in luce i molti fattori che ostacolavano la repressione di patologie sociali ricollegabili alle classi elevate: tra questi fattori, «l'omogeneità culturale tra legislatore, giudici, amministratori e uomini d'affari. Il legislatore prova ammirazione e rispetto per l'uomo d'affari, e non riesce a raffigurarselo come un delinquente. Agli uomini d'affari non si attaglia lo stereotipo popolare del criminale». Ancora: «Le persone appartenenti a ceti socioeconomici superiori godono di un maggior potere politico ed economico e sfuggono più facilmente alla condanna degli individui che non dispongono di tale potere». Scrive oggi Alberto Alessandri, richiamandosi a Sutherland, ma guardando allo stesso tempo all'Italia contemporanea, «nella popolazione più che astio e ripulsa vi era, ed è difficile dire che non vi sia ancora, smodata e assorbente ammirazione per la ricchezza e il potere, rispetto all'ottenimento dei quali le violazioni erano spesso considerate solo come necessarie spregiudicatezze, segno di uomini forti ed energici». Aggiunge lo stesso Alessandri: «Quegli elementi di privilegio degli affari appaiono, nell'attualità presente, ancor più accentuati dalle possibilità che i detentori del potere economico hanno di incidere anche sulla formazione dell'opinione pubblica e sulla sua sensibilità, mediante il controllo dei mezzi di comunicazione e quindi nella creazione non solo del consenso ma anche degli stereotipi criminali».

Sarebbe difficile spiegare in modo più acuto ed efficace alcuni dei fattori di crisi che percorrono oggi il diritto penale dell'economia o almeno alcuni suoi settori di grande rilievo. Luci e ombre nel diritto penale dell'economia oggi: e per illustrarci questa situazione, questi problemi, cedo la parola al professor Alberto Alessandri.

ALBERTO ALESSANDRI

Ordinario di Diritto penale nell'Università Bocconi di Milano

Diritto penale e attività economiche oggi

1. Diritto penale e attività economiche oggi: riprendendo la pungente ironia di Gramsci, «brevi cenni sull'universo». Infatti, il titolo dell'intervento introduttivo che mi è stato assegnato apre un amplissimo scenario, affollato da una molteplicità di questioni e di temi, che non potrò che trattare in modo molto sintetico, direi addirittura sincopato, pressoché sempre in termini assertivi, senza avere il tempo e la possibilità di fornire adeguate argomentazioni. Di questo chiedo anticipatamente scusa, ma i limiti temporali che ci siamo assegnati devono per forza essere rispettati.

Il titolo a cui accennavo rimanda sicuramente a un interrogativo molto diffuso, tanto fra i giuristi quanto tra gli imprenditori: quale sia o potrà essere il ruolo del diritto penale nei confronti dell'attività economica (per usare subito una formula riassuntiva).

Per avviarci a fornire anche solo parziali risposte a quel gigantesco interrogativo credo non si possa trascurare l'aspetto *fattuale* dell'attività economica odierna, il che comporta un'attenzione alla concretezza degli eventi, all'empatia, cioè a un atteggiamento, che spesso si è rivelato molto poco presente, verso la riflessione e addirittura la stessa applicazione penalistica. Sono convinto che questo richiamo ai fatti e alle dinamiche della società reale nella quale viviamo obblighi, sempre più imperiosamente, a confrontarsi con alcuni nodi tematici cruciali, che hanno un ruolo addirittura preliminare alle successive considerazioni. Temi che sovente sono teoricamente condivisi, ma

sono spesso poi trascurati nelle loro ricadute pratiche, quasi rimossi, risospinti in una dimensione pregiudiziale alla quale non si rivolge l'interesse del giurista.

Il che vale anzitutto per la considerazione – banale se lasciata a sé stessa – che ragionare sulle attività economiche, volgendo lo sguardo sulla possibilità di una loro regolamentazione *anche* con lo strumento punitivo (lo strumento estremo di cui dispone l'ordinamento, secondo la tradizionale catalogazione), deve oggi fare i conti con la scomparsa di una dimensione nazionale dell'attività economica, non più confinata nei limiti statali. Certo, il fenomeno della globalizzazione degli scambi e dei commerci non è di oggi: se ne parlava già nella metà dell'Ottocento quale conseguenza delle grandi innovazioni tecnologiche che avevano ridotto le distanze e accorciato i tempi. Ma oggi (non credo vi sia bisogno di soffermarsi sul punto) la compressione spazio-temporale non ha confronti con il passato e ci apre scenari futuri ancora più contrassegnati dall'estrema velocità delle transazioni.

Nello stesso tempo si deve prendere atto, seriamente, che gli Stati nazionali vedono progressivamente impoverirsi le possibilità di intervento autonomo, le quantità di risorse finanziarie da impiegare (come l'attuale crisi dimostra), le capacità regolamentari e di conseguenza anche quelle sanzionatorie.

Ovviamente ci sarebbe molto da dire e da riflettere sul progressivo, quanto indiscutibile, tramonto dello Stato nazionale e sulla diversa dislocazione del potere economico nello scacchiere mondiale. Per chi si occupa di diritto, in qualunque settore, occorre un ripensamento della figura dello Stato che è stata a noi consegnata dalla grande riflessione novecentesca. Il mondo attuale ha subito una svolta decisiva a mano a mano che si è ampliato il dominio della tecnica: anche l'economia è una tecnica, come hanno illustrato numerosi studi sociologici, ripresi poi anche in Italia. Tecnica ed economia non hanno fini propri, sono autoreferenziali, disseccano dall'interno le ideologie e rendono arduo il compito di progettare il futuro.

Sotto il dominio della tecnica, ad esempio, trovano terreno fertile riflessioni nuove, magari embrionali, che agiscono come stimolo in profondità: penso all'irrompere del

concetto di rischio o all'eclissi del modello di reato di evento, alla crisi dei suoi elementi costitutivi classici.

Noi tutti ci siamo formati e confrontati con la teoria del reato di ascendenza antica, classica: la modellistica dei reati in materia economica si è ispirata a questa e soffre delle difficoltà che attualmente attraversano tanto il reato di evento quanto, per fare un altro esempio, la nozione di pericolo. Mi sento di dire che quella classica modellistica era radicata in una società che non esiste più, tanto meno per quanto riguarda le dinamiche economiche. Oggi la produzione di beni o servizi, gli scambi, per usare la terminologia tradizionale, sia nella loro fisiologia sia negli aspetti patologici o distruttivi, hanno una dimensione quantitativa enormemente superiore a quella del passato, al punto che la differenza di grandezze in gioco trascolora in una differenza di qualità. Queste poche battute servono solo per dire che l'inadeguatezza delle fattispecie in materia economica trova le sue ragioni fondamentali nel fatto che i codici e i modelli generali (acquisiti anche nelle leggi speciali) erano il frutto di una società profondamente diversa da quella attuale: di qui anche la facilità con cui, proprio nel settore economico, ha potuto affermarsi una legislazione speciale, ricorrente e alluvionale, di natura episodica e di funzione schiettamente simbolica.

Alcuni capisaldi, le famose "architravi" di cui parlava Antolisei, ancora esistono, ma tradiscono i segni della loro vecchiaia, dell'intrinseca decrepitezza, tipica degli istituti che sono fortunatamente sopravvissuti ai mutamenti di fondo (nel nostro caso la sopravvivenza è stata garantita dall'inerzia del legislatore e dal timore, nei ceti dominanti, delle novità). Sono inesorabilmente datate.

2. Scendo più nel concreto. Il complesso di fattispecie in materia societaria e, soprattutto, in quella fallimentare è sostanzialmente di stampo ottocentesco, costituendo, in una visione storica, semplicemente variazioni sul tema entro uno stampo che è ancora quello antico. Mi azzardo a dire che questa affermazione può valere addirittura per il diritto penale dei mercati, che è stato plasmato dal nostro legislatore sempre

avendo come riferimento figure antiche, addirittura le più antiche, come l'aggiotaggio, o strumenti concettuali del passato, come l'uomo prudente è ragionevole. Non credo che l'osservazione sia soltanto descrittiva o priva di conseguenze. La disponibilità di figure storicamente inadeguate è forse all'origine di molte delle difficoltà applicative, dei disagi interpretativi e della fatale creazione di soluzioni improvvisate od ortopediche di fronte alle urgenze e alle diverse articolazioni della pratica economica.

È una situazione che accentua la sempre più vistosa, e dannosa, lontananza tra riflessione teorica e applicazione pratica, aumentando il divario fra dottrina e giurisprudenza, quasi fossero mondi separati, per non dire avversi. Certamente un buon contributo a questo allontanamento l'ha fornito la sciatteria legislativa che ha segnato le riforme degli ultimi anni, accentuando i problemi di adeguamento, acuendo l'urgenza vissuta e sentita dai giudici di riuscire a trovare risposte adeguate a fenomeni nuovi, ma disponendo di strumenti carenti e antichi.

Se vogliamo considerare, più da vicino, ad esempio lo stato attuale del diritto penale societario, credo che l'unica affermazione ragionevole che si possa fare è che esso è sostanzialmente scomparso. La riforma del 2002 ne ha annientato le possibilità operative. L'antica figura delle false comunicazioni sociali, che era la chiave di volta del sistema così come era stato concepito, è divenuta una sorta di magazzino di incriminazioni pressoché innocue, inutilmente complesse e farraginose, affiancate da figure simboliche (alcune addirittura inattuabili: penso all'aggiunta degli illeciti amministrativi).

Ho condotto, con alcuni volenterosi amici, una ricerca che ha richiesto molti anni, ma che si sta finalmente concludendo, avente a oggetto l'applicazione, appunto, del delitto di false comunicazioni sociali presso il Tribunale di Milano. Posso dire, per averlo toccato con mano, avendo contato e sfogliato i fascicoli, che dopo la riforma del 2002 vi è stato un *crollo* del numero dei procedimenti aperti per il delitto di false comunicazioni sociali. La prognosi teorica ha trovato una conferma empirica di tutta evidenza da un osservatorio, come quello milanese, sicuramente privilegiato rispetto a quelli costituiti dalle altre procure italiane.

Dal complessivo naufragio del diritto penale societario si salva soltanto, seppure in modo episodico, il delitto di ostacolo alla vigilanza delle autorità pubbliche: figura intrinsecamente imprecisa e quindi di duttile applicazione, disponibile a prestare tutela a interessi che si possono intravedere nell'osservazione del caso concreto. Quella imprecisione era stata vista, e valutata negativamente, nella bozza di riforma uscita dalla commissione Mirone, che per questo motivo alla fine l'aveva espunta. Il frettoloso legislatore del 2002 ha saccheggiano i lavori di quella commissione, diluendoli sulla base di scelte di politica criminale, salvando inopinatamente quella incriminazione.

Il diritto penale fallimentare ha conservato appieno la sua vitalità: presenta numeri molto alti di procedimenti e di condanne. Tuttavia, le sue ben note asprezze si sono accentuate, a una visione d'insieme, ancor più in termini antieguitaristi, ai quali non pongono certo rimedio le pene esemplari (e per questo intrinsecamente discutibili) applicate in casi clamorosi. L'eccezionale severità delle pene patisce sempre più vistosamente dell'imprecisione delle fattispecie, difetto che la dottrina aveva segnalato fin dal lontano passato tanto nell'ipotesi della bancarotta fraudolenta quanto, e soprattutto, in quella della bancarotta preferenziale.

3. Qui si innesta il tema attualissimo dei riflessi sulle fattispecie penali indirettamente portati dalle corpose modifiche intervenute nella disciplina civilistica della legge fallimentare. Mi riferisco soprattutto alle soluzioni concordate della crisi d'impresa, nelle sue varie manifestazioni, dai piani di risanamento al nuovo concordato, agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tutte quelle forme o procedure che nel lungo lavoro di riforma della legge fallimentare sono state viste come percorsi per salvaguardare il valore dell'impresa rispetto alla tradizionale procedura liquidatoria, considerata (e a ragione) come un meccanismo scarsamente soddisfacente per i creditori a fronte della volatilizzazione del valore che l'impresa aveva accumulato.

Tutte queste procedure di impostazione privatistica, o nelle quali l'autonomia privata gioca un ruolo di rilievo, pongono inevitabilmente numerosi problemi all'interpretazione

penalistica: su questo punto, di grande delicatezza, il recente intervento del legislatore con l'introduzione dell'art. 217-*bis* della legge fallimentare ha forse creato più problemi di quanti ne abbia risolti. All'apparenza l'intervento si presenta come perentorio, forgiando uno strumento capace di eliminare i rischi penali, qualora si decida di seguire le nuove procedure. Non credo sia così; altri relatori si soffermeranno sul punto, mentre io mi limito a segnalare che anche questa nuova figura, singolarmente intitolata "esenzione dai reati di bancarotta", manifesta la propensione del legislatore a interventi in gran parte simbolici, che occultano i problemi reali.

Al contrario, una valutazione razionale delle nuove procedure e dei loro effetti, con specifica attenzione a quelle contrassegnate da più accentuati momenti privatistici, non avrebbe dovuto esprimersi in una dichiarazione di inapplicabilità delle fattispecie penali, giacché si mette così in discussione l'inderogabilità del precetto penale per effetto di atti lasciati esclusivamente all'autonomia privata: penso, ad esempio, all'art. 67 l.f., che si colloca del tutto fuori da ogni controllo giurisdizionale. Piuttosto che creare una figura di incerta applicazione come l'art. 217-*bis* l.f., si sarebbe dovuto tentare di presidiare la corretta formulazione e la coerente esecuzione delle soluzioni privatistiche della crisi. Penso, ad esempio, alle attestazioni dei piani e all'enorme problema che si pongono, poiché non si tratta di valutarne la falsità, bensì la ragionevolezza, l'idoneità al superamento della crisi. Senza dimenticare (ancora un richiamo all'empiria!) che la concreta applicazione delle nuove procedure, almeno per quanto si è visto dal 2005 a oggi, ha mostrato una netta tendenza ai salvataggi ispirati da logiche schiettamente finanziarie, che hanno guidato l'azione dei creditori tradizionalmente forti, come le banche, piuttosto che salvataggi orientati alla conservazione del valore in senso industriale e occupazionale.

4. Comune a entrambi i settori, societario e fallimentare, era ed è il problema, non ancora adeguatamente risolto, della responsabilità degli amministratori, che si colloca nello snodo cruciale del rapporto tra la pretesa punitiva e l'organizzazione d'impresa. Il

tema non è certo una scoperta di oggi e, in realtà, non si riduce affatto alla classica, e un po' datata, discussione sulla responsabilità degli amministratori. Piuttosto il tema si segnala come un momento di tensione che corrisponde a una difficoltà del diritto penale tradizionale a fare seriamente e razionalmente i conti con la realtà delle strutture organizzative. L'impresa è *organizzazione*, come dice la definizione contenuta nel codice civile. Ma da quella risalente indicazione è trascorso molto tempo, sono intervenute modifiche radicali. Almeno nelle grandi e medie imprese non siamo più in presenza soltanto di un decentramento dei poteri, secondo l'antica modulazione del problema, ma di veri e propri arcipelaghi di autonomie decisionali, di settori funzionali i cui rapporti sono improntati a logiche di mercato, governate dall'orientamento al raggiungimento di obiettivi. Quello delle organizzazioni bancarie, da questo punto di vista, è un esempio di portata generale. Però questa nuova conformazione è capace di spezzare, o di rendere insufficienti, le tradizionali considerazioni basate sulla ricognizione dei flussi informativi, dell'attribuzione di competenze e delle possibilità di sorveglianza.

5. Mi avvio alla conclusione, che non può che essere dedicata all'intervento innovativo sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, degli *enti*: essa indiscutibilmente costituisce una coraggiosa risposta ai problemi posti dalla modernità.

Anch'essa sembra, peraltro, cominci a soffrire di brividi di incertezza, essendo costellata di momenti di acute tensioni, di difficoltà interpretative e di espansioni irragionevoli.

Ancora una volta enuncerò soltanto i problemi che saranno oggetto della tavola rotonda appositamente organizzata.

Mi limito qui a osservare che, sempre più visibilmente (almeno a mio parere), la disciplina venutasi a creare sullo schema introdotto nel 2001 mostra la difficoltà di coniugare adeguatamente e ragionevolmente le due anime che convivono nella struttura della responsabilità degli enti. Se infatti all'origine storica di una siffatta responsabilità vi è l'intenzione *punitiva* nei confronti del "motore" dell'agire criminoso, di chi ne ricava

i benefici, il trascorrere del tempo e il mutamento della realtà economica hanno inserito in quel modello qualcosa di più e di diverso.

Oltre alla punizione, io scorgo il progetto di affidare all'ente, in termini allocativi, la responsabilità di un'attività di *prevenzione* nei confronti della possibile commissione di reati nello svolgimento dell'attività economica. In altri termini, la responsabilità degli enti risponde anche allo scopo di addossare a questi ultimi il compito, non concretamente (più) possibile per lo Stato, di prevenire gli specifici reati che possono essere commessi nel corso dell'attività imprenditoriale, e solo chi la conosce e la governa ha le conoscenze e i poteri per un'efficace prevenzione. Il modello di organizzazione e gestione (forse costruito in una chiave ingenuamente illuministica), di cui la legge impone l'adozione e l'efficace attuazione, esprime anche la richiesta, assistita dalla minaccia della punizione, che il legislatore rivolge all'ente affinché questo si organizzi in modo tale da scongiurare, per quanto possibile, la commissione dei reati. Un momento, quindi, della sempre più diffusa (quanto intricata) delocalizzazione dei controlli.

A proposito di quest'ultimo fenomeno, per toccare superficialmente un altro tema, che non è presente negli approfondimenti di questo incontro, penso ad esempio agli obblighi posti dalla normativa antiriciclaggio, obblighi strumentali e un'attività prevenzionistica.

Se torniamo ora alla responsabilità del reato dell'ente e pensiamo al reato commesso da un soggetto di vertice (che costituisce l'assoluta normalità dei casi), quella responsabilità ha ormai assunto il volto di una responsabilità oggettiva, favorita anche dall'introduzione di una serie di reati rispetto ai quali è francamente difficile immaginare regole e procedure tali da promettere reale efficacia, in termini pensionistici, di riduzione del rischio. Penso, per fare un esempio, agli abusi di mercato e, in particolare, a quelli che si sostanziano nell'uso di informazioni, false o privilegiate che siano.

Più che l'espansione dei reati-presupposto, che da molti è stata deprecata ma che non mi pare così traumatica, costituisce un elemento davvero dirompente l'introduzione della tipologia dei reati *colposi*. Sappiamo tutti che il legislatore del 2001 agiva

sulla base di una delega che comprendeva anche reati colposi, previsione che mi trova completamente consenziente e che, d'altro canto, sta alla base storica della disciplina, sin dai primordi ottocenteschi di *common law*. Credo però che la previsione di questi reati ci ponga di fronte a un bivio: o essa trova la sua sede in una franca ammissione in termini di responsabilità oggettiva (che sarebbe discutibile), oppure esige l'introduzione di una disciplina apposita, che costituisca un ripensamento dei criteri di attribuzione interni formulati dal d.lgs. 231, facendosi carico delle peculiarità del criterio di imputazione colposo. Sarebbe pericoloso proseguire nella stratificazione legislativa meramente per aggiunta, senza avvedersi che le addizioni giungono a un punto in cui la modifica quantitativa si traduce in una trasformazione qualitativa, con l'inevitabile torsione degli istituti.

Una presa d'atto, meditata e razionale, è quella che invece è stata tentata in Gran Bretagna, dove ci si è posti il problema della responsabilità degli enti rispetto ai reati colposi. Il modello seguito è diverso dal nostro e caratteristico della produzione legislativa inglese: se là il problema è stato risolto nella costruzione, anche rispetto all'ente, di una nuova figura di reato colposo, più probabilmente da noi si dovrebbe agire su un criterio di parte generale della disciplina riguardante la responsabilità degli enti. L'importante è avere ben presente che il problema esiste.

6. Concludo rilevando che oggi, di fronte alle aspettative che fino a buona parte del secolo scorso molti nutrivano, pensando che il diritto penale sarebbe stato uno strumento importante nella regolazione e nel controllo dell'economia, almeno per fronteggiare le patologie più gravi, il bilancio è fortemente negativo. Il diritto penale dell'economia è andato depotenziandosi irragionevolmente in alcuni settori creando scompensi sistematici o aggravando la complessità dei rapporti con figure tradizionali o codicistiche. Legislazioni recenti avvertono la pressione di una situazione fattuale non facilmente gestibile con le categorie tradizionali e tentano di risolvere i problemi con irragionevoli inasprimenti sanzionatori. È un momento di crisi, anche per il diritto

penale dell'economia, che naturalmente risente di difficoltà più generali e prima di tutto della crisi economica mondiale, che tra l'altro ha messo impietosamente in luce quanto poco il diritto penale sia riuscito ad arginare comportamenti egoistici, opportunistici o di mera rapina. Il compito che spetta a chi si occupa di questo settore è molto impegnativo perché impone di coniugare riflessioni e culture diverse e, in particolare, saperi diversi, taluni del tutto nuovi alla tradizione dei nostri studi.

GIOVANNI CANZIO

*Presidente della Corte di Appello di L'Aquila**

Tempi del processo e tempi dell'economia

Intendo esprimere, innanzitutto, la mia gratitudine agli organizzatori di questo incontro, Camera di commercio e Avvocatura, ma mi sia consentito di sottolineare l'impegno e il contributo di Renato Bricchetti, l'anima e il motore cui dobbiamo essere molto grati, come convegnisti e come cittadini.

Provo a rispondere all'intervento del presidente di Unioncamere, dott. Ferruccio Dardanello.

Al di là dei "luoghi" del processo, della sua dislocazione – ormai non di rado – fuori dei confini della propria sede naturale, il tema che più sta a cuore non solo ai magistrati, agli avvocati, agli operatori del diritto ma soprattutto agli utenti è quello dei "tempi" del processo, risorsa preziosa che non va sprecata. Si tratta, infatti, di un fattore che non rileva solo per il giudice, l'avvocato, il cancelliere, l'operatore, bensì riguarda la vita delle persone, fisiche e giuridiche, coinvolte nella singola procedura.

Se oggi è questo il tema cruciale, misurare l'efficienza del sistema processuale è doveroso. Lo fanno sistematicamente la World Bank, la Ragioneria generale dello Stato, la Banca d'Italia, la Commissione tecnico-finanziaria presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, organismi che esprimono all'unisono grande preoccupazione in proposito.

Può mai dirsi pertinente alla civiltà giuridica dell'Europa, può definirsi *fair and expeditious trial*, perciò *giusto*, un processo di lunga e irragionevole durata? A fronte dei

*Da luglio 2011 è Presidente della Corte di Appello di Milano.

pesanti costi per lo Stato e per la collettività, basta riflettere sull'aggravata esposizione, negli ultimi dieci anni, delle spese per gli indennizzi *ex lege* Pinto, dovuti ai cittadini nei casi di non ragionevole durata dei processi civili, penali o amministrativi.

In quello che ha detto il dott. Dardanello nel suo saluto introduttivo c'è una parte di verità: spesso i giudici non sanno di economia, né intendono saperne e, viceversa, gli operatori economici e finanziari non ne sanno di giudici e giudizi e non ne vogliono sapere perché li vedono come una variabile e un costo imprevedibili. C'è dunque una parte di verità ma, con estrema franchezza, mi sia consentito affermare che c'è anche, in parte, una dose di luoghi comuni.

Non è vero che tutto sia fermo e immobile nel pianeta giustizia. Si assiste anzi a un fervore di studi e di iniziative, sia a livello di associazioni di magistrati e di avvocati, sia a livello locale, distrettuale e nazionale, sia nell'ambito del Ministero della Giustizia e del Consiglio superiore della magistratura, proprio sul terreno dei tempi e della ragionevole durata, quindi dell'efficiente organizzazione dei processi.

La relazione che mi è stata affidata s'intitola *Tempi del processo e tempi dell'economia*; ma vorrei però dire qualcosa sulle disfunzioni del giudizio – cui ha fatto riferimento il dottor Dardanello – conseguenti in realtà a taluni assetti delle regole che governano il processo.

Quando, circa venti anni fa, nel 1988, si è scelto il rito prevalentemente accusatorio, occorreva essere consapevoli che, nei paesi dove il processo penale si celebra secondo questo rito, esso costituisce invero una risorsa preziosa, costosa e sofisticata, come tale riservata a una quota limitata delle vicende processuali penali.

Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, l'accusatorio puro è riservato a una quota del 4-5% dei processi, mentre il residuo e prevalente contenzioso si svolge sul terreno dei riti alternativi, caratterizzati da forti e trasparenti premialità a favore dell'imputato in cambio dell'accelerazione della procedura.

In Italia il rito accusatorio puro s'accompagna ai riti alternativi. Faccio riferimento in particolare al patteggiamento e al rito abbreviato, ma con premialità che, da un

lato, non appaiono così forti e generose da attrarre la scelta dell'imputato e, dall'altro, devono fare i conti e convivere con una premialità occulta e peculiare dell'ordinamento italiano, rispetto al contesto europeo: quella costituita dall'effetto estintivo conseguente al mero decorso del tempo e alla sopravvenuta prescrizione del reato.

I termini di prescrizione del reato continuano inesorabilmente a correre dopo la conclusione delle indagini e anche dopo che il processo sia iniziato e perfino dopo la pronuncia di sentenze di condanna in primo o in secondo grado, con il conseguente fenomeno, tutto e solo italiano, della irragionevole durata di numerosi processi e nel contempo di un alto numero di reati prescritti (circa 200.000 l'anno): un fattore patogeno e un costo davvero insostenibile!

La prescrizione del reato, di cui correttamente l'imputato e il suo difensore oggi s'avvalgono perché prevista espressamente dalla legge, si rivela quindi un premio occulto, essendo noto che l'apparato statale non è in grado di sopportare un così alto numero di processi da celebrare con il rito ordinario di tipo accusatorio e che una parte di essi è destinata comunque all'esito dell'estinzione per prescrizione dei reati contestati.

Non basta. Sui tempi del processo ha un'incidenza notevole la carente predisposizione di regole normative che disciplinino con rigore una serie di ordinate preclusioni endoprocessuali in tema di competenza, nullità e utilizzabilità degli atti.

Quanto incide, inoltre, la persistente celebrazione di processi nella contumacia degli imputati, destinati quasi tutti a essere nuovamente incardinati laddove sia presumibile il difetto di conoscenza del processo da parte degli stessi, in forza delle numerose sentenze di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo? Negli altri paesi europei, invece, il processo nei confronti degli imputati irreperibili non si celebra, ma viene accantonato fino a quando l'imputato non venga posto a sicura conoscenza dell'avvio di un processo nei suoi confronti.

Infine, appare estremamente faticoso condurre un processo connotato da lealtà, correttezza e trasparenza e, nel contempo, assicurare sempre e comunque plurimi meccanismi impugnatori, laddove, negli altri paesi, le procedure impugnatorie sono sotto-

poste a severi filtri di accesso per entrambi i profili della puntuale specificità e della non manifesta infondatezza delle ragioni del ricorso.

Voglio in proposito raccontare un aneddoto. Lo scorso anno si è tenuto a Roma un incontro di studio fra i presidenti delle corti d'appello delle capitali europee, in cui sono stato invitato a tenere la relazione sulla motivazione della sentenza d'appello. In particolare, ero molto curioso di capire come funzionava il giudizio di appello nel Regno Unito e, alla mia richiesta di informazioni, il presidente della Corte londinese spiegò che l'unica corte d'appello nell'intero territorio del Regno Unito era quella di Londra, da lui presieduta.

Alle successive domande (come fosse possibile per un'unica corte di secondo grado gestire tutti gli appelli dell'intera nazione, da quanti giudici e cancellieri fosse composta, come fosse organizzata), rispose che, dei 50.000 ricorsi sopravvenuti ogni anno, ne venivano trattati solo 5.000 circa (il 10%), mentre agli altri 45.000 (il 90%) non veniva riconosciuto il *leave to appeal*, perché già da un sommario esame degli atti risultava che gli imputati avevano beneficiato in primo grado di un *fair and expeditious trial*; il filtro veniva effettuato dai suoi collaboratori, apponendo una firma e un timbro sugli appelli dei difensori.

Non possiamo né – credo – dobbiamo fare come la Corte londinese. Però è davvero scandaloso pretendere almeno un filtro per l'accesso all'appello che si fondi su motivi di ricorso *ictu oculi* generici e privi di specificità, ovvero manifestamente infondati? Senza dimenticare che solo l'esistenza di un analogo filtro consente alle strutture organizzative della Cassazione penale italiana di trattare solo 25.000 dei 50.000 ricorsi (il 50%) che sopravvivono ogni anno, evitandone il collasso.

Non spetta al legislatore, dopo centocinquant'anni (legge Rattazzi del 1859), ridisegnare la geografia giudiziaria italiana, dislocando correttamente sul territorio le sempre più scarse risorse, umane e materiali? La magistratura, confortata dall'unanime parere degli studiosi, giuristi ed economisti, ritiene che solo un ufficio giudiziario composto da almeno 20-40 giudici è in grado di garantire l'efficienza dell'amministrazione della

giustizia per le evidenti esigenze di specializzazione della professione e di compatibilità nell'esercizio delle funzioni.

Che dire, infine, del deficit di personale a supporto dell'attività dei giudici? Sono circa diciotto anni che non si svolgono concorsi per il personale di cancelleria. Senza un adeguato *turnover* il personale è ormai a esaurimento con il raggiungimento dei limiti di età pensionabile: ogni anno qualche scrivania rimane vuota! Si è perciò costretti a rivolgersi agli enti locali, agli ordini professionali, alle università, per far fronte, con personale in mobilità o con stagisti, al collasso dell'amministrazione giudiziaria.

Il pianeta giustizia è in movimento. In ogni parte d'Italia ci si adopera per realizzare le migliori sinergie tra magistratura e avvocatura, enti locali, università, enti economici e finanziari, sul terreno delle *best practices*, di quelle prassi di organizzazione, varie e multiformi, dirette a porre al centro dell'attenzione la persona, fisica o giuridica, e il suo diritto ad avere giustizia in tempi ragionevoli, eliminando o almeno riducendo le inefficienze strutturali o di sistema.

Come fare, nonostante il collasso strutturale, a rispondere con un minimo di efficienza e in tempi ragionevoli?

Faccio l'esempio della città dell'Aquila, la quale, dopo aver subito un sisma disastroso il 6 aprile 2009 che ha raso al suolo il palazzo di giustizia con tutti gli uffici giudiziari (dalla Corte di appello ai giudici di pace), seppellendo sotto le macerie anche i fascicoli processuali, già il 16 settembre 2009 ha visto ripartire l'attività giurisdizionale. Non è stato un miracolo, ma il frutto dell'opera di tanti uomini di buona volontà (giudici, avvocati, cancellieri), i quali hanno recuperato server, computer, fascicoli, muovendosi in spirito di discontinuità rispetto a talune pigrizie del passato. Dovendo ripartire quasi da zero, si è accelerata la scelta del processo telematico e della smaterializzazione degli atti, si è informatizzata la maggior parte dell'attività giudiziaria, si sono analizzati i flussi della domanda e della risposta con metodologie statistiche, si sono targati i singoli procedimenti e programmata la durata, si sono istituiti il sito web della Corte e una banca dati della giurisprudenza dell'intero distretto abruzzese, si sono

stipulate convenzioni con vari enti, si è dedicata larga parte della formazione professionale ai rapporti fra il giudice italiano e quello europeo e al diritto penale dell'economia.

Oggi è assolutamente necessario che il giudice (pre)comprenda, quanto ai tempi e alla qualità della *jurisdictio*, soprattutto in materie attinenti al diritto penale dell'economia, qual è l'impatto della sua decisione sull'esistenza della persona fisica o giuridica e, più in generale, nel contesto della collettività, quali conseguenze possono derivare da un'interdizione o da un provvedimento coercitivo, che cosa comporta una troppo ampia forbice temporale tra una misura, quale ad esempio un sequestro preventivo, e la definizione nel merito della controversia.

Un vero e proprio salto di qualità, quello del sapere rafforzato e della (pre)comprensione, che segna, fra l'altro, il passaggio dall'era del *case management* (il giudice che guarda solo alle sorti del suo processo e del singolo caso assegnatogli) a quella del *court management* (che, in una visione più ampia, pretende la gestione e l'organizzazione responsabile dell'intero ufficio giudiziario da parte di chi lo dirige).

Forse è troppo semplice e non corrispondente alla più complessa realtà del fenomeno definire l'amministrazione della giustizia un'azienda. È preferibile esprimersi in termini di struttura o apparato istituzionale a organizzazione complessa.

Premono i moderni valori dell'efficienza e dei tempi dell'organizzazione, ma, in ogni caso, non a scapito della qualità della giurisdizione e delle garanzie insopprimibili dell'imputato, quali l'imparzialità del giudice e l'obbligo di dare razionali e trasparenti spiegazioni delle soluzioni decisorie: coniugare efficienza e garanzie (il cd. garantismo efficientista non è un ossimoro!) costituisce la sfida della modernità. Ne siamo tutti pienamente consapevoli.

Il mio sogno è che ogni corte di giustizia (come la splendida sede di questo convegno, denominata "Casa dell'economia") abbia un'aula, magari piccola e modesta, che sia intitolata "Casa della giustizia" e sia ospitale con le persone che hanno bisogno di rivolgersi ad essa.

Tavola rotonda

La responsabilità degli enti
dipendente da reato

Profili di responsabilità dei soggetti aziendali con funzioni rilevanti ai fini del d.lgs. 231/2001

1. *Gli enti sottoposti alla responsabilità amministrativa da reato.* L'art. 1, commi 2 e 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, riferisce l'ambito della responsabilità amministrativa «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», espressamente escludendo lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Sono dunque comprese le persone giuridiche private riconosciute – ivi comprese le fondazioni –, le associazioni non riconosciute e le società, con o senza personalità giuridica: società per azioni (anche partecipate dallo Stato o da enti pubblici) e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata (anche con un unico socio, nonostante la conseguente duplicazione sanzionatoria: sul punto Trib. Milano, 12 marzo 2008, in www.rivista231.it), società estere con sede secondaria nel territorio nazionale, società cooperative o di mutua assicurazione, società in nome collettivo, società semplici e in accomandita semplice, s.i.m., s.i.ca.v. ecc. Così pure rientrano nell'area del d.lgs. 231 gli enti pubblici economici, costituiti per la gestione di un'impresa industriale o commerciale e operanti in regime di diritto privato.

Inoltre, risultano comprese le società di fatto o irregolari, in quanto equiparate alle società semplici dagli artt. 2297 e 2317 c.c., mentre dovrebbero ritenersi escluse – per l'assenza di un'organizzazione, costituente la base del rimprovero ascrivibile alla persona giuridica – le società apparenti e quelle occulte nonché le associazioni in partecipazione, che non determinano la formazione di un soggetto nuovo. Controverso appare invece l'inserimento dei comitati, non menzionati dall'art. 1 prima citato e

tenuti distinti nel codice civile; risulta tuttavia prevalente in dottrina la tesi della loro esclusione, ritenendosi che l'art. 1, d.lgs. 231 comprende solo aggregazioni di natura tendenzialmente permanente.

La Suprema Corte ha precisato l'estraneità al d.lgs. 231 delle imprese individuali, alla luce non solo della relazione governativa – chiaramente incentrata sulla responsabilità degli enti collettivi in quanto «soggetti a struttura organizzata e complessa» –, ma anche della natura aggiuntiva, e non sostitutiva, della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità delle persone fisiche (Cass. pen., 3 marzo 2004, in *Cassazione penale*, 2004, pp. 4047 ss.; conf. Trib. Roma, 30 maggio 2003, in *Il merito*, 2004, 5, p. 57).

Nella giurisprudenza di merito è stato affermato che, radicandosi la competenza per l'illecito amministrativo nel luogo di commissione del reato-presupposto, il d.lgs. 231 è applicabile anche alle società con sede principale all'estero ma operanti in Italia (Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, II, c. 434; Trib. Milano, 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 269; Trib. Milano, 13 giugno 2007, in www.rivista231.it). La soluzione è diversa nel caso di reato commesso all'estero nell'interesse di una società avente sede in Italia, dovendosi qui concretizzare i presupposti stabiliti dall'art. 4, d.lgs. 231.

2. *I criteri di attribuzione della responsabilità all'ente dei reati commessi da soggetti apicali.* Secondo la Cassazione, «la sanzione a carico della persona giuridica postula innanzitutto il presupposto oggettivo che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente da persone che agiscono al suo interno (art. 5): con esclusione, quindi, dei fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi. In sostanza, con condotte estranee alla politica di impresa. A ciò il legislatore ha inteso affiancare, in sede di normazione delegata, un ulteriore requisito di natura soggettiva, in qualche modo assimilabile a una sorta di *culpa in vigilando*, consistente nell'inesistenza di un modello di organizzazione, gestione o controllo idoneo a prevenire i reati – con assonanza ai modelli statunitensi dei *compliance programs* – di cui l'art. 11, lett. e), legge delega 300/2000 non faceva chiara menzione. Con la differenza, non di lieve momento

anche sotto il profilo sistematico, che tali modelli riguardano anche i reati commessi dal personale dirigente: ciò che costituisce un *unicum* nel panorama giuridico comparato, improntato, piuttosto, alla teoria dell'identificazione pura. Non è stato quindi riprodotto dalla legge 231/2001 il principio dell'automatica derivazione della responsabilità dell'ente dal fatto illecito del suo amministratore (a differenza, ad esempio, della Francia, ove vige la responsabilità riflessa, *par ricochet*), in deroga al principio di identificazione, pur connaturale alla rappresentanza organica, valido, in tesi generale, per ogni rapporto, negoziale e processuale» (Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615).

Merita di essere sottolineata, in questa sede, l'autonomia della responsabilità dell'ente anche quando l'autore del reato-presupposto non è stato identificato (art. 8, d.lgs. 231). Tale evenienza, che può considerarsi tipica della responsabilità d'impresa, «rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti. Si pensi, per fare un esempio, ai casi di cd. imputazione soggettivamente alternativa, in cui il reato (perfetto in tutti i suoi elementi) risulti senz'altro riconducibile ai vertici dell'ente e, dunque, a due o più amministratori, ma manchi o sia insufficiente la prova della responsabilità individuale di costoro. L'omessa disciplina di tali evenienze si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento. Sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo a uno specifico soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo: beninteso, a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo» (così la relazione governativa al d.lgs. 231).

Ovviamente, nel passo ora riportato si presume che, indipendentemente dall'individuazione del soggetto attivo, del reato da lui commesso possa dimostrarsi la necessaria componente dolosa o colposa.

Spostando l'attenzione sui soggetti apicali, definiti dall'art. 6 attraverso l'espressione sintetica di "organo dirigente", alla luce dell'art. 5 essi sono «le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale», nonché «le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

Come appare chiaro dalla definizione riportata, il d.lgs. 231 ha adottato un criterio oggettivo-funzionale, ulteriormente accentuato dalla parificazione tra esercizio di diritto ed esercizio di fatto delle funzioni di gestione e controllo.

In particolare, per quanto riguarda le funzioni di rappresentanza, esse possono ravvisarsi in capo al rappresentante legale, mentre nel caso di procuratore speciale (*ad negotium*) può alternativamente cogliersi una funzione di amministrazione o di direzione; rispetto all'esercizio di fatto, le funzioni di gestione e controllo devono concorrere, così da esprimere un dominio sull'ente da parte del soggetto. In riferimento a coloro che svolgono le proprie funzioni all'interno di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, la relazione al d.lgs. 231 osserva che la loro qualifica come soggetti apicali «è suggerita, oltre che dall'osservazione del dato empirico, anche da considerazioni di natura sistematica: come noto, infatti, la figura ha da tempo trovato ingresso nel nostro ordinamento, in materia di sicurezza sul lavoro, dove pure affonda la sua *ratio* nella tendenziale comunione tra poteri-doveri e responsabilità» (in assenza di autonomia finanziaria e funzionale, deve però ritenersi che il soggetto sia sottoposto alla direzione o vigilanza degli apici).

Il testo normativo esclude dal novero dei soggetti apicali i sindaci, cui vanno equiparati coloro che, come i membri del consiglio di sorveglianza (art. 2409-*octies* c.c.), svolgono funzioni assimilabili.

A fronte delle nozioni finora prese in esame, resta infine da considerare che la distinzione tra apicali e subordinati può risultare disagevole nei casi di settorializzazione e di deverticalizzazione delle strutture aziendali, con conseguente spostamento verso il basso dei meccanismi decisionali o con un loro ampliamento di tipo orizzontale. Ulteriori

problemi si pongono rispetto ai *management contracts*, con cui i poteri gestionali sono attribuiti ad altra società, appartenente al gruppo o specializzata nella prestazione del servizio, previa una loro scissione dalla direzione strategica. Ovviamente, tale difficoltà di qualificazione si riflette sui meccanismi di imputazione della responsabilità nei confronti dell'ente, in conseguenza dei diversi criteri stabiliti dagli artt. 6 e 7, d.lgs. 231.

3. *L'organismo di vigilanza: composizione e compiti.* L'istituzione di un organo, interno all'ente, avente la funzione di controllare l'efficacia del modello organizzativo è prevista dall'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231, il quale espressamente richiede che tale organo sia «dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo».

Le funzioni fondamentalmente ascrivibili all'ODV sono il controllo continuo sull'adeguatezza del modello organizzativo e il suo monitoraggio permanente rispetto ai rischi-reato al fine di verificarne l'efficienza ed eventualmente proporre modifiche o ampliamenti. Il compito di presidiare gli assetti organizzativi di prevenzione del rischio-reati richiede dunque: a) una continuità d'azione, che certo non può essere soddisfatta attraverso un'attività saltuaria o episodica; b) un'adeguata professionalità dei componenti dell'organismo, che consenta di raccogliere tutte le informazioni rilevanti e di percepirne la potenziale rilevanza rispetto ai fatti illeciti dei soggetti apicali; c) un'autonomia decisionale, da intendersi sia come possibilità di disporre di idonee risorse finanziarie, sia come assenza di mansioni operative di gestione che determinino una sua soggezione al management.

I requisiti ora indicati si riflettono sulla composizione e sull'organizzazione dell'ODV, la cui autonomia rispetto al livello dirigenziale dell'ente pone i suoi componenti in posizione parallela a quella degli amministratori non delegati.

In merito alla costituzione dell'ODV, la sua natura privatistico-contrattuale suppone l'introduzione di apposite norme statutarie dirette a disciplinarne le modalità di costituzione e formazione. Di regola, la competenza alla nomina spetta al consiglio di amministrazione (nelle società a modello dualistico, al consiglio di gestione ovvero al consiglio

di sorveglianza o al primo subordinatamente all'autorizzazione del secondo), al quale l'ODV deve riferire in merito all'attività svolta e alle eventuali rilevazioni di irregolarità o situazioni di rischio (taluno ammette peraltro che, in caso di amministrazione collegiale, la nomina possa far capo all'assemblea); sul punto, GIP Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cassazione penale*, 2003, p. 2803, ha affermato che l'adozione del modello compete «al consiglio di amministrazione, ovverosia all'organo amministrativo». La soluzione ora affermata trova un preciso riscontro non solo nel fatto che l'ODV riferisce al consiglio di amministrazione in merito alle eventuali disfunzionalità del modello organizzativo, ma anche nel fatto che al consiglio di amministrazione compete la cura dell'assetto organizzativo della società e il controllo sulla sua adeguatezza.

Il problema più delicato, rispetto all'ODV, concerne la sua composizione, essendosi delineate le contrapposte teorie di chi suggerisce di integrare i poteri e le competenze funzionali di organi già esistenti come *l'internal audit*, *l'audit committee*, l'ufficio legale o il collegio sindacale, e di chi invece propone la creazione di una specifica struttura. A tale proposito, le Linee guida delle associazioni di categoria prospettano alternativamente l'utilizzo di professionalità interne all'ente ovvero esterne, con l'ausilio di amministratori non esecutivi o indipendenti.

In dottrina prevale la soluzione dell'organismo *ad hoc*, ove la differente estrazione dei soggetti consente di soddisfare al meglio, attraverso l'apporto di specifiche professionalità e competenze, l'esigenza dell'effettività e professionalità del controllo e della terzietà rispetto all'ente, nonché della continuità e incisività (ed eventualmente dell'autorevolezza ove si registri, nelle società quotate, l'inserimento di amministratori indipendenti). In questa prospettiva emerge la necessità che l'ODV svolga continuamente solo la funzione di sorveglianza istituzionalmente attribuitagli, articolandosi come una "unità di staff" che fornisce all'impresa un supporto esterno; onde si tratta di una funzione certamente non delegabile al collegio sindacale (sia per assenza di continuità di azione, sia perché l'attività dello stesso collegio sindacale può essere oggetto dei controlli dell'ODV), mentre è ammissibile che, nelle situazioni di media complessità

aziendale, essa sia attribuita all'*internal auditing*, a condizione che esso sia professionalmente attrezzato e dotato di sufficiente tempo e risorse e comunque abbia natura permanente e interna all'azienda (per la possibilità per l'ente, qualora non voglia nominare un organismo *ad hoc*, di avvalersi, adattandoli allo scopo, di altri organismi interni dotati dei requisiti di professionalità e indipendenza, come il comitato per il controllo interno o l'*internal auditing*, si esprimono le Linee guida, tra le altre, di Confindustria, ABI e Assobiomedica). Nella prospettiva ora delineata, in dottrina viene prevalentemente condivisa l'indicazione delle *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001*, approvate da Confindustria il 7 marzo 2002, secondo cui l'autonomia e l'indipendenza dell'ODV vanno valutate con riferimento all'organismo nel suo complesso se composto da soggetti interni all'ente ovvero anche rispetto ai suoi singoli componenti se esterni alla società.

La tesi ora esposta è stata però criticata da quanti hanno invece ritenuto che la proiezione del requisito dell'indipendenza sull'organismo nel suo complesso, e non sui suoi singoli componenti, finisca con lo svuotare di contenuto la prescrizione normativa. In questo senso si è espressa la pur scarna giurisprudenza intervenuta sul punto: «per essere funzionale alle aspettative, [l'ODV] deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che al fine di garantire l'efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente, ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente "quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo". Indubbio che per enti di dimensioni medio-grandi la forma collegiale si impone, così come si impone una continuità di azione, overossia un impegno esclusivo sull'attività di vigilanza relativa alla concreta attuazione del modello» (così il GIP

presso il Tribunale di Roma con la citata sentenza 4 aprile 2003, nella specie rilevando l'inidoneità, quale membro dell'ODV, del responsabile delle procedure ISO 9002 e della sicurezza all'interno di una società del gruppo, in quanto ritenuto privo degli indispensabili requisiti di autonomia e indipendenza; sui requisiti di professionalità e onorabilità cfr. pure GIP Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 69).

Dalla prassi emergono riscontri differenziati. La scelta prevalente è nel senso dell'organo collegiale, composto da professionalità solo interne (amministratori indipendenti, membri dell'*internal auditing* e il responsabile dell'ufficio legale ovvero del personale) ovvero miste (con l'inserimento di esperti esterni) o, ancora, totalmente esterne; vi sono peraltro anche enti che hanno optato per un organo monocratico. Da una ricerca svolta da Assonime per l'anno 2008 risulta che, nelle società quotate, l'ODV ha natura collegiale nel 94% dei casi ed è costituito – nell'80% dei casi – da tre membri; gli ODV con componenti solo interni sono pari al 55%, quelli a composizione mista sono solo il 16%.

Va sottolineato come l'art. 6, comma 4, preveda che «negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lett. b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente». Come tale, ovviamente, non può essere inteso l'organo di vertice, non potendo egli diventare il controllore di sé stesso; le associazioni di categoria suggeriscono che l'organo dirigente sia periodicamente coadiuvato da professionisti esterni¹.

La presenza di un gruppo societario non esclude la necessità che ciascuna società del gruppo si doti di un autonomo modello, stabilito in conformità alle sue specifiche peculiarità. È vero peraltro che l'istituzione di un organismo di vigilanza da parte della capogruppo, in presenza di rischi-reato omogenei all'interno delle società controllate o collegate, dovrebbe consentire l'attivazione di organismi semplificati in ciascuna di esse (ovvero, secondo altro orientamento – di non univoca compatibilità con l'esigenza, ex art. 6, comma 1, lett. b), che pone l'ODV come «organismo dell'ente» –, potrebbero

¹ Lo Schema di disegno di legge di modifica del d.lgs. 231 prevede un nuovo art. 6 il cui comma 3 così dispone: «Negli enti di piccole dimensioni, i compiti indicati nella lett. b) del comma 1, possono essere svolti da un soggetto interno all'ente dotato di adeguate garanzie di indipendenza».

istituirsi ODV nelle società più importanti del gruppo con obblighi di coordinamento con l'ODV della holding, al quale verrebbero affidati i compiti di vigilanza anche sulle restanti società del gruppo).

4. *Le responsabilità penali e civili degli amministratori.* In sé, l'adozione del modello organizzativo non è presidiata da una sanzione a carico dell'ente per il caso di inottemperanza, e la complessiva costruzione del d.lgs. 231 induce a configurare, sul piano penale, un onere in senso tecnico, al quale la legge, ricorrendone i presupposti, riconosce l'effetto di escludere la responsabilità dell'ente per i reati commessi dagli apicali o dai sottoposti. Tale conclusione non risulta contrastata dal rilievo che talune normative regionali prevedono l'obbligo, per le aziende interessate a stipulare contratti con la pubblica amministrazione, di dotarsi di tale modello, così come il Regolamento mercati (in vigore dal 26 marzo 2007) di Borsa italiana s.p.a., all'art. 2.2.3, lett. k), prescrive l'adozione del modello tra i requisiti per l'ammissione al segmento Star (di un obbligo di adozione del modello parla però la citata sentenza del Trib. Milano, 27 aprile 2004). Alla luce di tale premessa va risolto il problema se la mancata adozione, ovvero la mancata attuazione, del modello da parte degli organi gestionali configuri una loro responsabilità penale, ex art. 40 cpv. c.p.², per l'omesso impedimento dei reati commessi all'interno della società. E, invero, la sussistenza di un onere – e non di un obbligo giuridico – preclude la possibilità di ravvisare nella disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente il presupposto sul quale costruire, nei confronti degli amministratori, la responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.

Sotto tale profilo, occorre porre in chiaro che il d.lgs. 231 ha creato un autonomo sistema di ascrizione all'ente di responsabilità legate ai reati verificatisi in conseguenza di una sua "colpa organizzativa", senza intervenire sui meccanismi di imputazione concernenti le persone fisiche. Quanto poi al rilievo che, come vedremo pure tra un attimo, la responsabilità penale degli amministratori potrebbe per suo conto ulteriormente

2 «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

radicarsi sul principio di adeguatezza dell'assetto organizzativo societario di cui all'art. 2381, commi 3 e 5, c.c., può osservarsi che la tipicità della responsabilità omissiva cd. impropria si fonda semplicemente sull'obbligo giuridico di impedire l'evento, che – per ragioni inerenti al principio di legalità – deve essere in massimo grado espressivo di una posizione di garanzia alla quale ancorare il dovere di controllo.

Inoltre, anche senza indugiare sulle differenze tra la causalità omissiva richiesta dall'art. 40 cpv. c.p. e il mero contributo agevolatore in cui consisterebbe la condotta omissiva in questione, sul piano della colpevolezza appare comunque decisiva la notazione che la responsabilità dell'amministratore avrebbe un contenuto essenzialmente colposo, fondato sull'omessa diligenza nell'impedimento di reati a contenuto doloso, con l'eccezione delle fattispecie rientranti nell'art. 25-*septies*, d.lgs. 231. A questo proposito, la Cassazione ha reiteratamente affermato che «occorre decisamente segnare il limite operativo dell'art. 40, comma 2, c.p., quando sia correlato a incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa, incompatibile con la lettera delle fattispecie incriminatrici che, configurando comportamenti modulati su consapevolezza dolosa, non consentono di addebitare all'autore di volontaria omissione, con argomentazione propria della colpa (e cioè con rimprovero di imperizia, o di negligenza, o di imprudenza), l'evento che egli ha l'obbligo giuridico di impedire»; in altre parole, la responsabilità per omesso impedimento suppone la rappresentazione, almeno a titolo di dolo eventuale, dell'evento nella sua portata illecita e «non può dunque esservi equiparazione tra “conoscenza” e “conoscibilità” dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione dei doveri di diligenza, all'area della colpa» (Cass. pen., 4 maggio 2007, in *Cassazione penale*, 2008, p. 103). Il che vale quanto dire che la responsabilità dell'amministratore rimasto inerte dovrebbe comunque legarsi alla rappresentazione della probabilità del fatto illecito (da ult., Cass. pen., 5 novembre 2008, n. 45513/08): cioè non all'omessa adozione del modello in sé, ma alla consapevolezza dell'elevato rischio di verifica del reato.

Come si vede, la tesi che vorrebbe ravvisare i presupposti dell'art. 40 cpv. c.p. nel tema che ci occupa finisce con il pretendere troppo dai contenuti della responsabilità amministrativa dell'ente, volendo desumerne un obbligo giuridico rivolto all'ente e, tramite esso, ai suoi amministratori.

Se, come si è visto, sussistono forti ragioni contrarie all'ammissibilità di una responsabilità penale dell'amministratore per la mancata attuazione del modello organizzativo adottato dall'ente ovvero per la sua omessa vigilanza sul reato commesso dal sottoposto, nella giurisprudenza è stata invece affermata la responsabilità civile dell'amministratore, nei confronti della società, per l'omessa adozione del modello. Conviene avvertire fin d'ora che, alla stregua di questo orientamento, l'adozione del modello organizzativo si presenta come un onere per l'ente, finalizzato a evitare la sua responsabilità amministrativa da reato, e come un obbligo (contrattuale) nei confronti dell'amministratore. Onde il problema consiste nell'accertare se tale obbligo dell'amministratore consista realmente nell'adozione e attuazione del modello ovvero si presenti come un obbligo di accertamento dell'esposizione al rischio della commissione di reati implicanti la responsabilità amministrativa dell'ente e, solo in caso di verifica positiva, si risolva in un obbligo di adozione e attuazione del modello.

Giudicando su una richiesta di risarcimento avanzata da una società per azioni nei confronti dell'amministratore delegato e presidente del consiglio di amministrazione per non avere egli adottato un modello organizzativo adeguato – con conseguente patteggiamento della società nel procedimento penale –, il Tribunale di Milano ha ritenuto la responsabilità del convenuto, sebbene ravvisando, nella misura del 50%, una concorrente responsabilità della società, «la quale, per lungo tempo e attraverso l'azione collusoria di tutti gli altri suoi organi sia decisionali (di diritto o di fatto) che di controllo, ha, prima, creato un sistema di “fondi neri” per finanziare attività illecite e ha, poi, svolto ampiamente tali attività, beneficiando dei correlativi risultati, tutto senza azionare la responsabilità degli altri soggetti collusi». Quel che più conta ai nostri fini è comunque l'affermazione che, «da un lato, il danno [per la società] appare incontestabile in ragio-

ne dell'esborso per la concordata sanzione e, dall'altro, risulta altrettanto incontestabile il concorso di responsabilità di parte convenuta che, quale amministratore delegato e presidente del c.d.a., aveva il dovere di attivare tale organo, rimasto inerte al riguardo» (Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, II, p. 177).

La decisione ora riferita assume, come presupposto fondante la responsabilità dell'amministratore, un suo inadempimento in merito alla predisposizione di un adeguato assetto organizzativo della società, imposto dall'art. 2381, comma 5, c.c., in esso comprendendo anche l'adozione del modello ex d.lgs. 231. In effetti, con la riforma del diritto societario il principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi interni dell'impresa è divenuto un momento centrale della *governance* delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata di maggiori dimensioni, trovando la propria consacrazione negli artt. 2381 e 2403 c.c. (con conseguente responsabilità anche del collegio sindacale per il caso di inerzia degli amministratori o di omessa vigilanza sul concreto funzionamento del modello).

La sentenza del Tribunale è stata contestata in dottrina da chi, muovendo dalla facoltatività dell'adozione del modello, ritiene che sull'amministratore incombe sì l'obbligo di compiere un'accorta e concreta valutazione sull'opportunità di adottare il modello, ma tale valutazione può anche avere esito negativo (con l'opportunità di una sua formale rappresentazione documentale che dia conto delle motivazioni poste a base della decisione).

In effetti, occorre riconoscere che rispetto all'amministratore sussiste l'obbligo di procedere all'individuazione dei rischi relativi ai reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente e, ove essi emergano dall'attività di accertamento, l'adozione del modello e la costituzione dell'ODV costituiscono un preciso dovere derivante dalla generale prescrizione di dotare la società di assetti organizzativi adeguati; nondimeno, considerando che la responsabilità dell'ente (e quella consequenziale dell'amministratore) insorge solo in caso di accertata commissione di un reato, la tesi della pura facoltatività perde consistenza dinanzi all'obbligo di predisporre assetti organizzativi

adeguati ogni volta che non appare insignificante il rischio da reato. Da segnalare che, all'interno della prospettiva ora delineata, la responsabilità dell'organo amministrativo comprende non solo l'istituzione dell'ODV – che può essere demandata all'amministratore delegato o al comitato esecutivo – ma anche la vigilanza sull'operatività dello stesso ODV e l'adozione delle misure sollecitate.

5. *Le responsabilità penali e civili dell'organismo di vigilanza.* La natura privatistica dell'ODV esclude la sussistenza di un generale obbligo di riferire all'autorità giudiziaria in ordine a fatti penalmente rilevanti accertati nell'esercizio funzionale.

Sul piano penale, la dottrina dominante nega che i componenti dell'ODV siano gravati da una posizione di garanzia sulla quale fondare la responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. per l'omesso impedimento dei reati commessi dagli apicali o dai sottoposti. Si osserva infatti che il loro obbligo di sorveglianza attiene solo alla funzionalità del modello ed evoca dunque esclusivamente doveri di accertamento e poteri di iniziativa, controllo e informazione, senza implicare poteri operativi o impeditivi sul piano gestionale. Invero, da un lato l'ODV non è investito di un potere di supervisione generale su tutti i settori e le funzioni dell'impresa, dall'altro non gli è attribuito dalla legge alcun potere o dovere di intervento diretto (anche qualora abbia verificato inosservanze o disfunzionalità del modello, l'ODV può solo segnalarle all'organo gestionale, eventualmente proponendo l'applicazione delle sanzioni disciplinari o modifiche del modello). L'assenza di poteri impeditivi dei reati esclude dunque la posizione di garanzia e, con essa, il presupposto di operatività della responsabilità omissiva cd. impropria.

Un ulteriore e decisivo argomento contrario all'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. è offerto dalla notazione che la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo discende da un incarico costituente un atto di regolamentazione privata che, quand'anche attribuisse nel caso concreto poteri impeditivi all'ODV, non è in grado di creare nuovi obblighi penalmente sanzionabili, al più potendo delegare una preesistente posizione di garanzia: il riconoscimento (cfr. § 4) che l'adozione del modello non

risponde a un obbligo in senso stretto a carico dell'ente preclude dunque la configurabilità di una responsabilità omissiva impropria.

Da notare che la tesi opposta a quella qui sostenuta si è sviluppata soprattutto con particolare riferimento alla vigilanza dell'ODV sull'osservanza delle disposizioni antiriciclaggio sancite dagli artt. 52 e 55, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231³; pur prendendo atto che tali disposizioni equiparano l'ODV ad altri organi societari dotati di rilevanza esterna, sembra però necessario distinguere tra le ipotesi di responsabilità omissiva ivi sancite e la configurazione di un generale – e insussistente – obbligo di impedimento dei reati.

Una volta negata l'operatività della clausola di equivalenza sancita dall'art. 40 cpv. c.p., occorre comunque dare conto di un possibile varco per la responsabilità penale dei componenti l'ODV, costituito dall'art. 110 c.p. per i reati dolosi e dall'art. 113 c.p.⁴ in merito alla verifica dei reati colposi di omicidio e lesioni previsti dall'art. 25-*septies*, d.lgs. 231⁵.

3 Art. 52: «1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, sull'osservanza delle norme in esso contenute. 2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 49, commi 1, 5, 6, 7, 12, 13 e 14 e all'art. 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alle autorità di vigilanza di settore le infrazioni alle disposizioni contenute nell'art. 36 di cui hanno notizia». La violazione di tali prescrizioni è sanzionata dall'art. 55, comma 5, con la reclusione fino a un anno e la multa da 100 a 1.000 euro.

4 Art. 110: «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti». Art. 113: «Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso».

5 Rispetto alle riflessioni ora sviluppate è da considerare che il citato Schema di disegno di legge di modifica del d.lgs. 231 introduce un nuovo art. 7-*bis* sulla certificazione del modello preventivo e all'art. 2 prevede la reclusione da sei mesi a tre anni per «il certificatore che, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle sue funzioni, dichiarando falsamente la idoneità del modello preventivo dei reati da cui dipende la responsabilità dell'ente, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto profitto o arreca ad altri un danno ingiusto» (il comma successivo sancisce la sospensione fino a due anni o, nei casi più gravi, l'interdizione definitiva nel caso di attestazione sulla conformità del modello "non conforme al vero" resa consapevolmente o con colpa grave). Al di là dei problemi ermeneutici e applicativi sollevati da tali disposizioni – soprattutto rispetto alla contrapposizione tra vero e falso, nella specie di difficile operatività e alla pena sospensiva o interdittiva prevista solo per le ipotesi meno gravi –, sembra che gli estensori dello schema di d.d.l. abbiano escluso la configurabilità dell'art. 40 cpv. c.p. anche rispetto al certificatore.

Sul piano civilistico, ove dalle inadempienze dell'ODV derivi la commissione di un reato che porta con sé la responsabilità dell'ente, può derivare una sua responsabilità risarcitoria nei confronti dell'ente stesso. Tale responsabilità, fondata sull'inadempimento, sul danno e sul nesso causale tra l'uno e l'altro, ha natura contrattuale; una volta escluso che l'ODV possa considerarsi organo sociale, trattandosi piuttosto di un ufficio della società (ciò che è indirettamente confermato dal fatto che le sue funzioni, negli enti di piccole dimensioni, possono essere esercitate dall'organo dirigente), essa va riportata ai canoni della responsabilità del professionista, cioè limitata al dolo e alla colpa grave (*ex art. 2236 c.c.*).

Così, a titolo esemplificativo, sono stati considerati in dottrina come indici di negligenza l'assenza di riunioni o incontri, in grado di dimostrare per l'organismo collegiale la mancanza di una continuità di azione; l'assenza di informativa periodica o di proposte di modifica del modello nei confronti degli organi di amministrazione e controllo; l'assenza di formazione dei dipendenti; l'assenza di controlli periodici o a sorpresa.

Deve escludersi invece una responsabilità extracontrattuale nei confronti di terzi (indirettamente) danneggiati dalle inadempienze dell'ODV, la cui attività si mantiene su un piano endosocietario, senza assumere rilievo esterno.

EMILIO DOLCINI

Credo che sia una lotta contro il tempo quella che dobbiamo condurre, quindi mi astengo da commenti e apprezzamenti, che pure sarebbero doverosi, e do la parola al professor Veneziani, il quale illustrerà uno dei profili più stimolanti e problematici che riguardano l'applicazione del d.lgs. 231 alla criminalità colposa, attratta in questa sfera in relazione ai delitti colposi contro la persona, con riferimento alle norme antinfortunistiche e verosimilmente domani anche in relazione ai reati ambientali.

PAOLO VENEZIANI

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Parma

Grazie presidente, e consentitemi un rapido quanto sentito ringraziamento agli organizzatori.

Mi occuperò del tema della responsabilità dell'ente da reato colposo. Avevo preparato alcuni appunti, ma dopo aver ascoltato la magistrale introduzione del professor Alessandri li metto da parte, cercando invece di fare qualche riflessione a braccio ispirandomi ad alcuni spunti che ci ha dato Alessandri in apertura.

I reati colposi impongono un ripensamento dei criteri di imputazione della responsabilità da reato all'ente. Vediamo allora il motivo per cui questo ripensamento si impone. Vediamo di precisare, nell'ambito del nostro sistema penale, a livello di legislazione vigente, da quali reati può derivare la responsabilità dell'ente.

Al momento, le fattispecie fondamentali di riferimento che possono impegnare la responsabilità dell'ente sono rappresentate dall'omicidio colposo e dal delitto di lesioni personali colpose gravi o gravissime, con la violazione della normativa in tema di sicurezza e salute sul lavoro. Questo dal 25 agosto del 2007, ossia da quando è entrata in vigore la legge delega per l'emanazione del Testo Unico in materia di sicurezza.

Il settore lavoro è un settore cruciale *de iure condito* mentre, in una prospettiva *de lege ferenda*, il settore cruciale è quello dei reati ambientali, dove vive una serie di fattispecie contravvenzionali punite indifferentemente a titolo di dolo o colpa.

Perché i reati colposi pongono dei problemi particolari? Perché in Italia, a differenza, ad esempio, dei sistemi anglosassoni, il d.lgs. 231 pone un criterio unitario di ascrizione della responsabilità all'ente del reato. In particolare, questo criterio è dettato dall'art. 5 del d.lgs. 231. Tale articolo richiede che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Questo è un criterio particolarmente ostico nella prospettiva delle fattispecie colpose, perché è stato pensato e introdotto con riferimento

al catalogo originario dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente da reato, che era un catalogo ricomprendente unicamente fattispecie dolose.

Nel momento in cui vengono quindi introdotti reati-presupposto colposi dobbiamo fare i conti con la formula dell'interesse o vantaggio, e su di essa dobbiamo interrogarci. Qui viene in considerazione anche quella giurisprudenza minore, cui faceva riferimento il professor Seminara.

Prima di affrontare l'argomento chiediamoci brevemente che cosa significa interesse o vantaggio. Su questo tema sono già stati versati fiumi di inchiostro; vi sono addirittura delle monografie. Sostanzialmente due possono essere, in estrema sintesi, le chiavi interpretative: da un lato, quella di intendere questi due estremi, l'interesse e il vantaggio, come una sorta di endiadi; l'altra opzione è quella di attribuire un significato diverso all'interesse e al vantaggio, riconducendo l'interesse a una finalità soggettiva della condotta da valutare *ex ante*, mentre il vantaggio resta inteso come un dato oggettivo da considerare in un'ottica *ex post*. Questa è anche l'interpretazione che ci viene dalla relazione al d.lgs. 231.

Con riferimento poi ai reati colposi di evento si pone un problema particolare, perché se noi pensiamo ad esempio alla fattispecie dell'omicidio colposo abbiamo una condotta che può essere intesa come un *quid* realizzato nell'interesse dell'ente, ma se viceversa noi pensiamo all'evento è chiaro che l'evento mortale o l'evento di lesioni va in direzione opposta rispetto all'interesse dell'ente, traducendosi in uno svantaggio per esso.

Di fronte al dettato dell'art. 5 del d.lgs. 231 stanno prendendo piede opzioni diverse. Siccome il motore è rappresentato dagli uffici del pubblico ministero, noi constatiamo in certe province che ci sono procure che non procedono nei confronti dell'ente in ipotesi di omicidio colposo o di lesioni personali colpose gravi o gravissime, ancorché realizzate in violazione della normativa antinfortunistica. Perché? Ci sono varie risposte. Perché, per esempio, si fa una scelta ragionata e consapevole, si interpreta la clausola dell'interesse o vantaggio come incompatibile con i reati colposi, con una sorta di

disapplicazione dell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231, che prevede invece la responsabilità dell'ente per questo tipo di reati? Oppure non si procede perché magari in concreto non si ravvisa il motivo dell'interesse: ma in rapporto a che cosa?

Probabilmente l'unica maniera di adattare il disposto dell'art. 5 alle fattispecie colpose di evento è quello di riferire l'estremo dell'interesse solo e unicamente alla condotta. Questa è probabilmente la soluzione più ragionevole e che troviamo recepita a livello giurisprudenziale, salvo vedere se questo interesse, valutato *ex ante*, vada inteso in un'ottica soggettiva facendo riferimento, per esempio, a quello che potrebbe essere il movente della contravvenzione base, oppure facendo riferimento al concetto di colpa cosciente o con previsione. Ancora, se va inteso in chiave oggettiva, guardando al tipo di regola cautelare violata, laddove per esempio non si adottino determinati strumenti prevenzionali per risparmiare sui costi; già a livello oggettivo, questa condotta potrebbe essere connotata dal requisito dell'interesse dell'ente.

Qualche dato giurisprudenziale: di questa normativa è stata fatta applicazione nella recente e nota vicenda giudiziaria della ThyssenKrupp; abbiamo a disposizione solo il dispositivo della sentenza Corte d'assise di Torino, sezione II, del 15 aprile del 2011; novanta sono i giorni per il deposito della motivazione, ma già dal dispositivo possiamo vedere applicata la sanzione pecuniaria di un milione di euro nei confronti della società per azioni, così come ulteriori sanzioni.

Ci sono dei riferimenti giurisprudenziali che confermano questa tendenza a ricollegare l'estremo dell'interesse alla condotta: il Tribunale di Trani, in una sentenza del 2009, e il Tribunale di Novara in una sentenza del 1° ottobre 2010. Su questo punto comincia a delinearsi una linea interpretativa la quale fa sì che la 231 inizi a fare parte del quotidiano dell'amministrazione della giustizia.

Mi fermerei qui per ora, grazie.

EMILIO DOLCINI

Si intravedono delle bellissime relazioni dietro questi spunti; però dobbiamo accontentarci e non essere avidi.

Darei la parola a questo punto alla professoressa Rossi dell'Università di Torino, la quale ci intratterrà su problemi che attengono alla responsabilità da reato commesso in Italia da un'impresa che abbia la sua sede principale all'estero e viceversa. Uno dei due problemi è affrontato a livello legislativo, l'altro invece è nelle mani dell'interprete. Prego.

ALESSANDRA ROSSI

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Torino

Buonasera. Innanzitutto facciamo gli auguri a questa 231 che compie l'8 giugno dieci anni.

Mi occuperò di due argomenti: il primo è quello introdotto dal professor Dolcini, e l'altro, se ci sarà tempo, è quello della responsabilità per la 231 all'interno dei gruppi.

Il primo punto è particolare perché è un argomento di nicchia: fattispecie di reato realizzate in Italia nell'interesse o a vantaggio di una società con una sede estera; il secondo è agli antipodi: fattispecie di reato realizzate interamente all'estero nell'interesse o a vantaggio di una società che abbia nel territorio dello Stato italiano la sede principale. Il primo non è trattato normativamente, ma ha dei casi drammatici, come richiamato dal professor Veneziani; il secondo ha invece un dato normativo di riferimento, ossia l'art. 4 del d.lgs. 231. Sul primo caso non si pongono delle problematiche particolari, in un quadro di interpretazione sistematica, con quella che è la normazione, a mio parere, più vicina e legata a filo doppio con il d.lgs. 231, cioè la normazione penale. È ovvio che una fattispecie di reato realizzata nel territorio dello

Stato da soggetti che ivi devono rispettare le leggi dello Stato, non può che coinvolgere una società ancorché questa società non abbia nel territorio dello Stato la sede principale e abbia soltanto, per esempio, degli stabilimenti produttivi. Mi richiamo allo stabilimento produttivo perché sarà uno dei punti di criticità nel trattare il secondo argomento. Non è in alcun modo pensabile che non risponda anche la società nell'interesse o a vantaggio della quale è stata realizzata una fattispecie di reato nel territorio dello Stato. Abbiamo il caso che è tragicamente emblematico della ThyssenKrupp, e abbiamo una delle prime decisioni sull'argomento, la decisione Siemens, una cautelare che trova, a mio avviso, la massima sottoscrizione. Certo è che non è semplice riuscire a strutturare anche a livello motivazionale una responsabilità caratterizzata e rivolta a un soggetto che in Italia non ha dei particolari riferimenti costitutivi salvo delle sedi produttive.

Credo comunque che su questo argomento non siano possibili delle argomentazioni diverse. Considerazioni forse più sofisticate sono possibili invece nella seconda situazione: primo, perché esiste il dato normativo; secondo, perché può essere più stupefacente punire per una fattispecie completamente perfezionata all'estero secondo la normazione italiana dei soggetti che non hanno realizzato in Italia il fatto di reato. A livello normativo-penalistico soccorrono gli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice penale, l'art. 4 del d.lgs. 231, proprio rubricato «reati commessi all'estero» e che ipotizza che «nei casi e alle condizioni previsti dagli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato italiano la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il reato».

La norma è sufficientemente sofisticata in questo suo primo punto, ed evoca dei richiami extra codice penale ed extra 231 rispetto a che cosa si intende per sede principale; uno dei punti principali per coinvolgere un ente è infatti proprio quello di individuare quando la sede principale sia proprio nello Stato italiano. Il legislatore sul punto specifico non ha dato una definizione *endo* 231, e quindi bisognerà fare

riferimento agli artt. 36, 46, 2196 e 2197 del codice civile. Nei secondi, 2196 e 2197, abbiamo riferimento alle società; i primi due ci servono proprio perché se soggetti attivi come persone giuridiche del 231 non sono soltanto società ma sono anche associazioni non riconosciute e prive di personalità giuridica, senza dubbio 2196 e 2197 sarebbero inconferenti.

Per fare un precipitato giurisprudenziale o dottrinale interpretativo, si intende come sede principale normalmente quella in cui effettivamente l'ente svolge la propria attività amministrativa e organizzativa, cioè la sede che è il cuore e il cervello della persona giuridica, a prescindere da qualsivoglia rapporto con un mero stabilimento produttivo, che invece nel caso precedente è risultato il centro della possibilità di ascrivere la responsabilità. Sulla scorta di quanto disposto nel già ricordato art. 4 del d.lgs. 231, per potersi punire l'ente sarà necessaria, oltre alla presenza della sede principale di questo nel territorio dello Stato, la concretizzazione di quanto alternativamente disposto negli artt. 7, 8, 9, 10 del codice penale, con ciò intendendosi l'effettiva sussistenza nella persona fisica soggetto attivo del reato-presupposto delle condizioni di procedibilità appunto indicate negli articoli ora elencati. Con in più il fatto che le fattispecie di reato perfettamente e totalmente realizzate all'estero riguardino però quell'elenco di fattispecie di reato che il legislatore italiano ha invece inserito come reati-presupposto del d.lgs. 231. In più, non si deve procedere nello Stato straniero nei confronti della persona giuridica.

Per fare un elenco di quelle che potrebbero essere le fattispecie di reato per le quali si risponde, innanzitutto è scorretto parlare di reato ancorché il dato normativo sia rubricato «reati commessi all'estero», in quanto le fattispecie indicate come punti normativi negli artt. 7, 8, 9 e 10 fanno riferimento a delitti, ed è soltanto l'ultima parte dell'art. 7 che fa riferimento a reati. Noi dobbiamo innanzitutto verificare che le fattispecie di reato-presupposto per la 231 si concretizzino come ipotesi delittuose. In base all'art. 7 del codice penale italiano, che non richiede la doppia incriminazione e dà una punibilità incondizionata per il cittadino e lo straniero, facendone una tra-

sposizione sulla problematica dell'ente saranno delle fattispecie di reato per noi più di nicchia, molto inconferenti a essere punite incondizionatamente. Avremo innanzitutto le fattispecie che riguardano la falsificazione nummaria, falsità in monete, in carte di pubblico credito ecc. (art. 25-*bis*), come reati-presupposto punibili incondizionatamente. Presumibilmente, anche se vi è una disputa interpretativa tra due autori che sono ottimi magistrati ma che scrivono a livello dottrinale sull'argomento, potremmo forse inserire, dando una lettura particolare, i delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*), e presumibilmente i delitti contro la personalità individuale (art. 25-*quinqies*). E di nuovo, forse, però con una lettura diversificata, le fattispecie transnazionali di cui alla legge 146/2006, che appunto possono, secondo alcuni, essere punite incondizionatamente e secondo altri no. Per tutti gli altri reati-presupposto dovremmo per forza avere una perfezione di queste regole di procedibilità sulla persona fisica, per coinvolgere la persona giuridica. Per esempio, per quanto riguarda i reati societari, noi dovremmo avere sia la presenza della persona fisica nel territorio dello Stato, sia la richiesta del ministro di Grazia e Giustizia. Fermo restando che il falso in bilancio, essendo di natura giuridica contravvenzionale, non credo possa rientrare in quelle ipotesi coinvolte come individuanti la responsabilità dell'ente.

Lo stesso orientamento vale per la fattispecie di distribuzione di utili fittizi non distribuibili, che appunto ha natura giuridica contravvenzionale. In tutti gli altri casi, invece, ferme restando le regole di procedibilità rispettate, certamente i reati-presupposto così come elencati potranno entrare come fattispecie ascrivibili alla persona giuridica. Per esempio il riciclaggio, nell'ottica dell'ipotesi realizzata effettivamente nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica, e non certo il riciclaggio in cui la persona giuridica debba intervenire *ad adiuvandum* nell'accertamento, cioè riciclaggio del d.lgs. 231/2007.

EMILIO DOLCINI

Sembra tutto facile e chiaro quando viene esposto in modo così limpido.

Adesso sarà l'avvocato Francesco Arata ad affrontare un tema un po' eccentrico rispetto a quelli finora trattati, e cioè la legge 231 vista nell'ottica dell'avvocato.

FRANCESCO ARATA

Avvocato penalista in Milano

Il tema originario che mi era stato affidato era quello dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente chiamato alla responsabilità ex d.lgs. 231/2001. Al riguardo una considerazione preliminare: siamo di fronte a un terremoto nel panorama legislativo, un vero e proprio terremoto, anche se finora, mentre disponiamo di molta dottrina, non c'è ancora sufficiente giurisprudenza, che bisogna ancora rincorrere nelle diverse sedi di merito.

Il punto sull'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti degli enti io credo sia, ora, uno dei pochi punti fermi dopo la recente, bella e chiara sentenza della Cassazione, con relatore Fidelbo, una sentenza emessa pochi mesi fa, dopo la fissazione di questo convegno, da un relatore che, come ho potuto rilevare approfondendo il tema, aveva già scritto a lungo, sin dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001.

La decisione è nota: risolvendo un contrasto che era sorto nella giurisprudenza di merito, viene contestualmente stabilito che non è possibile costituirsi parte civile nei confronti dell'ente nell'ambito del procedimento ex d.lgs. 231, e ciò, anzitutto, sulla base del dato letterale, visto che nel d.lgs. 231/2001 non compare alcun riferimento sul tema della parte civile.

Nella richiamata sentenza della Cassazione, tra le prime ad affrontare uno dei “nodi” applicativi del d.lgs. 231/2001 e che invito a leggere, vengono però diffusamente indicate le ragioni a sostegno della decisione, ragioni fondate non solo su motivazioni strettamente esegetiche, ma andando proprio alla radice della disciplina normativa, ponendo il dubbio sul fatto se addirittura vi siano in generale le premesse per una richiesta di danni anche in sede civile, e dunque non solo nel procedimento *ex d.lgs. 231*, per questo tipo di illecito; fermo restando che la persona danneggiata può invece tranquillamente citare la società, sempre ovviamente che ve ne siano i presupposti, nelle forme ordinarie della citazione del responsabile civile.

Credo, in poche parole, che la Corte abbia risposto molto bene sul punto; si potrebbe forse porre solo un problema di carattere processuale, considerando che nel d.lgs. 231 si prevede l'ipotesi *ex art. 8*, in cui si parla della possibile affermazione di responsabilità della società anche quando sia ignoto l'autore del reato-presupposto, e lì, in astratto, ci potrebbe essere l'interesse della persona danneggiata a partecipare a un giudizio il cui esito potrebbe riverberare i suoi effetti anche nei confronti di un eventuale successivo contenzioso *ex art. 2043 c.c.*

Senonché l'art. 652 c.p.p. ci tranquillizza poiché, non partecipando il soggetto al processo, quella sentenza non potrebbe comunque essergli opposta.

Tornando invece a una riflessione più generale sul d.lgs. 231, tanto più in questa sala ed essendosi delineata, anche in apertura del convegno, l'esigenza di avere sempre a mente il generale contesto economico, anche alla luce del decennio trascorso, io ritengo di poter tranquillamente affermare, dalla mia visuale di avvocato, che si debba dare un valore ampiamente positivo a questa nuova disciplina, e ciò sotto vari aspetti.

Anzitutto viene posto – e parlo sempre con esperienza di avvocato – il problema di che cosa fare nell'ambito dell'impresa in chiave di prevenzione; laddove, poi, si considerino gli effetti nel sempre delicato rapporto ente-soggetto autore del reato-presupposto, le questioni ora si pongono in termini ben diversi rispetto a quanto accadeva dieci anni fa, allorché nel momento in cui veniva individuata dall'autorità

giudiziaria un'ipotesi di reato, la società si poneva, rispetto al dipendente-autore, in una prospettiva ambigua, con il risultato, spesso, per colui che, pur avendo commesso l'illecito, aveva operato nell'interesse e a vantaggio dell'ente, di trovarsi davanti alla duplice prospettiva di doversi difendere da un lato nei confronti delle indagini dell'autorità giudiziaria e dall'altro nei confronti della società, che gli si "metteva contro". Ora invece, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 231, nel momento in cui si pone un problema di illecito commesso da parte di un soggetto operante nella – e nell'interesse della – impresa, quest'ultima deve affrontare direttamente il problema, e questo è un fatto molto positivo, risolutivo di molti possibili equivoci.

Un'ultima considerazione: il valore del d.lgs. 231 sta anche nel suo essere piena espressione della giurisdizione, con il valore che questo rappresenta.

Il d.lgs. 231/2001 è collocato nell'alveo di un procedimento che ha al centro un giudice terzo, indipendente e autonomo, e che si svolge con cadenze quasi del tutto assimilabili a quelle di un processo penale ordinario, con le garanzie del contraddittorio; fatto, questo, che ha un valore enorme, dal punto di vista dell'ente incolpato, in chiave garantistica.

Ha fatto scalpore sulla stampa, e su questo chiudo, che un prefetto in Lombardia, sulla base di un decreto presidenziale del 1998 e – così pare – sulla base di un rapporto della DIA, abbia tolto i certificati antimafia a diverse imprese, aprendone la crisi e determinandone di conseguenza il fallimento.

Io non discuto del fatto che quelle imprese andassero effettivamente sanzionate, non entro nel merito; sto però dicendo che credo a un diritto penale dell'economia inserito in un quadro giurisdizionale, in modo che, a fianco di una necessaria e tempestiva efficacia delle sanzioni, vi siano le principali garanzie.

E credo dunque, in conclusione, al valore positivo del d.lgs. 231/2001 anche sotto questo profilo.

EMILIO DOLCINI

Un diverso angolo di visuale ma, allo stesso tempo, una risposta più che esauriente, quella venuta da Francesco Arata.

Passerei ora a un secondo rapidissimo giro per chi vuole integrare la trattazione del tema precedente, per chi ha in serbo una piccola aggiunta su temi diversi e poi, per concludere, direi che Canzio e Alessandri potrebbero tirare le fila di questa tavola rotonda che mi sembra si stia snodando su livelli di estremo interesse.

SERGIO SEMINARA

Mi ero fermato dicendo che gli amministratori non rispondono per la mancata costituzione e attivazione dell'organismo di vigilanza, per l'ipotesi in cui vengano commessi reati all'interno dell'impresa.

Rispetto a questa soluzione vi è una possibile obiezione di fondo, che in realtà ripete un paradigma mentale che si era consolidato negli anni passati. Cioè è possibile muovere dall'art. 2381 del codice civile, che coglie come momento centrale della *governance* l'obbligo per gli amministratori e per il consiglio di amministrazione di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e amministrativo della società; cioè si potrebbe, recuperando un ragionamento antico, sostenere che, avendo il consiglio di amministrazione l'obbligo di valutare l'assetto organizzativo, in questa valutazione sull'assetto organizzativo rientri l'adozione dei modelli di vigilanza e la costituzione dell'organismo di vigilanza.

La responsabilità per gli amministratori, quindi, potrebbe essere fondata non sulle prescrizioni del d.lgs. 231 ma proprio sull'art. 2381, che poi viene ripetuto per il collegio sindacale rispetto all'art. 2403. In realtà, proprio quella sentenza della Corte di cassazione di cui vi davo prima lettura è una sentenza che riflette un orientamento fon-

damentale, e che segna una svolta in termini di maggiore aderenza a una responsabilità colpevole che prenda le distanze da una commistione assolutamente deprecabile tra responsabilità dolose e responsabilità colpose. Tutto questo però non esclude che il consiglio di amministrazione possa essere ritenuto responsabile in sede civile, cioè si può affermare una responsabilità patrimoniale del consiglio di amministrazione nei confronti della società per non avere ottemperato alle prescrizioni dell'art. 2381, attivando quei meccanismi richiesti dal d.lgs. 231 perché sia evitata la responsabilità della società.

Un'ultima battuta rispetto alla responsabilità dei componenti dell'organismo di sorveglianza. Fino ad ora ho parlato della responsabilità degli amministratori in ordine alla loro condotta omissiva, ma si pone il problema nell'ipotesi in cui siano i componenti dell'organismo di vigilanza a non intervenire fattivamente ed efficacemente, attivando quei meccanismi in grado di evitare l'insorgere della responsabilità dell'ente. A questo proposito si potrebbe ancora una volta ricorrere all'art. 40 cpv., che ha rappresentato veramente l'incubo degli organi societari per vari decenni, in quanto, attraverso norme generiche del codice civile, tipo quelle richiamate con il 2381 e il 2403, rappresentava il tramite attraverso il quale veniva fatta transitare, all'interno del processo penale, la responsabilità degli amministratori.

Altrettanto si potrebbe dire per i componenti dell'organo di sorveglianza. In realtà, anche qui la risposta deve essere negativa, nel senso che l'organismo di sorveglianza non ha poteri impeditivi; anche laddove vengano riscontrate delle irregolarità e gravi irregolarità in ordine ai modelli, l'organismo di sorveglianza deve limitarsi a riferire al consiglio di amministrazione; quindi non ha un potere di intervento diretto, rimane come un ufficio interno dell'impresa, e proprio questo difetto di rilevanza interna, unitamente alla mancanza di poteri impeditivi diretti, dovrebbe rappresentare l'argine a un'affermazione di responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.

Per concludere, è chiaro però che i componenti dell'organismo di sorveglianza possono rimanere responsabili in sede civile nei confronti della società per le ipotesi di grave negligenza o grave imperizia.

EMILIO DOLCINI

Un telegramma da parte del professor Veneziani in merito al problema dei rapporti tra legge 231 e piccole e medie imprese.

PAOLO VENEZIANI

Manca una definizione di piccole e medie imprese, sia nel d.lgs. 231 sia nel d.lgs. 81 del 2008; quindi non abbiamo una norma che ci dia il contorno del problema che stiamo esaminando e, addirittura, a livello giurisprudenziale si stanno registrando una serie di incertezze con riferimento all'individuazione dei soggetti destinatari della 231.

Mi riferisco, in particolare, a una recente pronuncia della Corte di cassazione in cui si è affermato che la 231 sarebbe applicabile anche all'impresa individuale. Questa è una sentenza che ha avuto da subito una certa risonanza, e devo dire che questa soluzione a me non sembra condivisibile. Del resto, la Cassazione già nel 2004 aveva preso posizione su questo tema, affermando che è certo che in tutta la normativa – quindi le convenzioni internazionali, la legge di delegazione, il decreto delegato e soprattutto in base a quello che si può desumere dal tenore letterale dell'art. 1 del d.lgs. 231 – questa disciplina è riferita solo ed esclusivamente agli enti, termine che evoca tutti i soggetti di diritto metaindividuali. È questa poi la tesi della ricorrente esposta dall'ultima sentenza della Suprema Corte, che forse non ha avvertito l'evocazione del precedente a livello difensivo.

Non sembra neppure ipotizzabile, come ha già sostenuto la Corte di cassazione, una disparità di trattamento *ex art. 3* della Costituzione, e un'estensione all'impresa individuale, come ha ricordato la stessa Suprema Corte, sarebbe una sorta di applicazione analogica vietata in *malam partem* di questa disciplina.

Vi è poi un argomento di natura testuale rappresentato dall'art. 27 del d.lgs. 231, laddove si sancisce che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria

risponde soltanto l'ente con il proprio patrimonio; quindi questo è un ulteriore argomento letterale per escludere che l'impresa individuale possa essere compresa nel novero dei soggetti responsabili da reato.

Ci sarebbero anche tanti altri temi di grande rilevanza pratica per quanto riguarda le piccole e medie imprese; faccio per esempio riferimento all'art. 30 del Testo Unico in materia di sicurezza; faccio riferimento con un rapidissimo flash alla possibile convenienza che ci può essere nell'adozione del modello organizzativo anche nella prospettiva dell'esclusione della responsabilità della persona fisica, del vertice persona fisica dell'ente: alludo in particolare all'art. 16 del Testo Unico, laddove si dice che in caso di adozione ed efficace attuazione dell'implementazione dei modelli organizzativi il delegante, l'imprenditore, il vertice aziendale non può rispondere per *culpa in vigilando*.

EMILIO DOLCINI

Stiamo procedendo a ritmo serrato e con grande profitto, direi.

La professoressa Rossi si era riservata di dire qualcosa in merito ai problemi dell'applicabilità della 231 nell'ambito dei gruppi d'impresa.

ALESSANDRA ROSSI

Non credo sia corretto attribuire all'interesse (di cui all'art. 5 del d.lgs. 231, e come noto il nucleo della connessione tra reato-presupposto e illecito dell'ente) una valenza così ampia, qualificandolo, oltre che "interesse" proprio della società controllata, "interesse di gruppo", e pertanto "interesse della controllante". Se detto interesse allargato trova possibile considerazione nel diritto societario, non altrettanto può e deve essere nel diritto punitivo, trattandosi di due ambiti non sovrapponibili. In sintesi: non è

legittima l'attribuzione di rilevanza ex d.lgs. 231 all'"interesse di gruppo", inteso quale interesse che prescinde dalle particolari posizioni delle diverse società che compongono il gruppo, per identificarsi in un interesse unitario, da riferirsi direttamente alla holding o al raggruppamento imprenditoriale complessivamente inteso. L'interpretazione si fonda infatti su deduzioni presuntive, caratterizzate dal far derivare dalla mera direzione unitaria della capogruppo il suo interesse alla consumazione di reati immediatamente vantaggiosi per le sole controllate. Ammesso che di interpretazione estensiva si tratti e non già di un procedimento analogico *in malam partem*.

Quale passaggio esegetico ulteriore è stata percorsa la strada alternativa di ipotizzare che l'amministratore della controllante rivesta anche sempre il ruolo di amministratore di fatto della controllata e quindi agisca in concorso con l'amministratore di diritto di quest'ultima. Per "proprietà transitiva", peraltro con un procedimento analogico *in malam partem*, la capogruppo risulterebbe amministratore di fatto della società controllata nell'interesse e nel contesto operativo della quale si è concretizzato il reato-presupposto, per cui sussisterebbe l'interesse della controllante. Anche detta estensione non pare tuttavia accettabile poiché nuovamente caratterizzata da una serie di presunzioni, con non ultima una qualificazione dell'interesse della controllante come mediato e indiretto e non già, come doveroso, immediato e diretto.

Secondo altra impostazione, sussisterebbe un obbligo della holding di impedire la commissione di illeciti da parte delle controllate. Nel senso che, come sarebbe ipotizzabile una posizione di garanzia negli amministratori della controllante, enucleabile normativamente nell'art. 2497 c.c. e caratterizzata nell'obbligo di impedimento dei reati-presupposto realizzati dai soggetti operanti nella controllata, del pari sussisterebbe appunto un obbligo di vigilanza e di impedimento in capo alla controllante circa gli illeciti perpetrati dalle controllate. La responsabilità della capogruppo risulta così costruita in relazione a una condotta illecita tenuta da terzi – la controllata – in vista del perseguimento di un interesse non facente capo alla holding, ma riferibile soltanto direttamente al soggetto che agisce (in maniera illecita), con la responsabilità della

holding però sussistente in quanto soggetto “garante” della condotta della società controllata e omittente in punto obbligatorio impedimento dell’illecito di questa. Anche detto particolare passaggio interpretativo, però, seppur molto sofisticato, si fonda ancora una volta su presunzioni e dà luogo a un ulteriore caso di analogia *in malam partem*, a mio modesto parere inaccettabile in un diritto punitivo, che trova tutela e considerazione costituzionale nell’art. 25, comma 2, cost.

Credo che vi sia un solo caso in cui da una unicità di fatto di reato-presupposto possano derivare interesse e vantaggio per più società: allorquando il reato-presupposto venga realizzato, seppur nel solo contesto operativo della società controllata, in concorso eventuale di persone tra amministratore della controllata e amministratore della controllante, i quali agiscano ciascuno nell’interesse o a vantaggio della propria società.

Nel rispetto delle regole generali, l’interesse di cui la capogruppo appare portatrice in quanto “capofila” del gruppo dovrà essere in ogni caso immediatamente e direttamente riconducibile, sulla base di un rigoroso accertamento delle circostanze concrete, alla stessa capogruppo. Del pari, andrà accertata la sussistenza di un interesse immediato e diretto della società del gruppo nel contesto operativo della quale si sia perfezionato il reato-presupposto. E detti accertamenti dovranno essere sempre “autonomamente” provati (e senza inversione di onere probatorio) da parte dell’accusa. Nell’ambito di tale contesto, per ciò che concerne il reato-presupposto, diverse potranno essere le modalità di partecipazione materiale-attiva dei soggetti-persone fisiche inseriti nelle due società, giungendosi fino alla possibile rilevanza, appunto quale condotta di partecipazione, anche del concorso morale del soggetto della capogruppo. A mio modesto vedere – desidero ribadirlo – questo è l’unico caso in cui si potrebbe superare il silenzio del dato normativo in punto responsabilità da reato nei gruppi.

Va dato atto che alla data di pubblicazione degli Atti del Convegno le considerazioni qui da ultimo prospettate hanno trovato autorevole ed esaustiva conferma nella prima decisione della Suprema Corte relativa al tema (Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2010,

dep. 20 giugno 2011, n. 24583), laddove si è affermato che la società capogruppo può essere chiamata a rispondere, ai sensi del d.lgs. 231, per il reato commesso nell'ambito di altra società del gruppo purché nella sua consumazione concorra con il soggetto che agisce per questa una persona fisica che agisca per conto della holding, perseguendo l'interesse di quest'ultima, non essendo sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società capogruppo.

EMILIO DOLCINI

Abbiamo toccato con mano un profilo della 231 sul quale c'è un contrasto tra giurisprudenza e dottrina; la dottrina ha speso qui con grande efficacia i suoi argomenti.

Do la parola all'avvocato Arata, che in veste di battitore libero potrà svolgere qualche nota conclusiva.

FRANCESCO ARATA

Quanto esposto dalla professoressa Rossi pone un problema sul quale ci vorrebbe una chiara presa di posizione da parte della Suprema Corte al pari di quella sul tema della costituzione di parte civile, tanto più che un precedente del Tribunale di Milano del 2004 esige chiarimenti.

L'aspetto delicato che pongo all'attenzione è quello dell'applicazione, nell'ambito della disciplina del d.lgs. 231/2001 in relazione ai gruppi di imprese, dell'art. 110 c.p.: siamo tutti d'accordo, ad esempio, che una fattispecie, anche la più semplice, che rientri nel catalogo dei reati-presupposto, commessa da un unico soggetto, amministratore della controllata, non può di per sé riverberare i suoi effetti sulla responsabilità ex d.lgs. 231 della società controllante.

Ma la realtà è variegata ed è proprio attraverso il meccanismo del concorso di persone che si può arrivare a estendere la responsabilità ex d.lgs. 231 pure in capo alla controllante, e ciò anche laddove gli amministratori della controllante che hanno agito in concorso con gli amministratori della controllata siano rimasti ignoti ex art. 8, tanto più considerando che nel catalogo dei reati-presupposto è stato ora inserito l'art. 416 c.p.

Tuttavia, oltre a esaminare il rapporto della persona fisica con l'ente, è bene tenere presente che l'art. 5, comma 2, del d.lgs. 231/2001 già stabilisce che «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi». Per chiarire ed esemplificare, vengono anzitutto in mente le fattispecie fallimentari, allorché l'amministratore della società controllata, che è fallita, abbia commesso l'illecito proprio avendo operato contro l'interesse della società infedelmente amministrata e invece a favore e nell'interesse esclusivo della controllante.

Concludo con un'ultima annotazione.

Quando viene commesso un reato da un soggetto apicale/dipendente nell'interesse della società, ci si pone, e si è costretti a porsi, in un meccanismo di prevenzione.

Vi è un rischio e lo pongo, un rischio enfatizzato da un disegno di legge recente, e cioè il problema del valore da assegnare a un certificato che attestasse l'idoneità dei modelli ex art. 6. Secondo questo disegno di legge, si affiderebbe quindi ai redattori di tale certificato il compito di sancire in via preventiva l'idoneità di modelli delle imprese che si stanno attenendo ai termini del d.lgs. 231, quasi che con un pezzo di carta si possa precludere l'accertamento di responsabilità. E questo evidentemente non va bene. Quale che sia il valore di tale pezzo di carta, rimane il fatto di un messaggio tutt'altro che positivo.

EMILIO DOLCINI

La parola adesso al Presidente Canzio.

GIOVANNI CANZIO

Vorrei svolgere ancora qualche riflessione in merito a talune questioni sollevate dagli interventi dei relatori che mi hanno preceduto, cercando di posizionare nel prisma delle dinamiche e delle regole del processo penale una serie di problemi che sono emersi intorno alla legge 231.

Occorre riconoscere, innanzitutto, che il sistema procedurale delineato nella legge 231 ha funzionato: senza di essa, con gli strumenti tradizionali della cooperazione colposa o del dolo di concorso, sarebbe stato pressoché impossibile celebrare processi penali, con riferimento ai modelli di organizzazione delle aziende complesse, così come non sarebbero sorte all'interno di esse apposite strutture destinate all'analisi del *risk management*.

Quanto al reticolo delle competenze delle numerose *Authorities*, sono perfettamente d'accordo sulle riserve espresse da uno dei relatori, laddove esse sono oggi chiamate a decidere anche in ordine a beni e valori di primario rilievo, prima pertinenti alla competenza del giudice ordinario, che meriterebbero garanzie del contraddittorio più solide e valutazioni di merito e di legittimità più pregnanti rispetto ai tradizionali vizi dell'atto amministrativo.

Circa la recente sentenza della Suprema Corte di cassazione in tema di esclusione della parte civile dalla procedura disegnata dalla legge 231, ritengo che essa sia pienamente condivisibile, anche nella prospettiva più ampia di un processo penale di stampo accusatorio in cui non sia più previsto alcun ruolo alla parte civile e al danneggiato dal reato, mentre sia riconosciuto spazio adeguato alla vittima del reato (cons. la raccomandazione del Consiglio d'Europa 225/2001, che è stata finalmente oggetto di delega nell'ambito della recente legge comunitaria 2009), in funzione della punizione del colpevole.

Infine, vorrei sottolineare che le tradizionali categorie sostanzialistiche del dolo, della colpa, del concorso e della cooperazione, dell'interesse e del vantaggio o del profitto

vanno proiettate sul terreno della formazione e valutazione della prova secondo le regole e le garanzie proprie del processo penale, vero crogiuolo dell'esperienza giudiziaria.

Faccio riferimento, in particolare, al ragionamento probatorio del giudice, alle inferenze induttive e probabilistiche nell'accertamento della verità, alla motivazione della decisione e alla regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" per la condanna.

Occorre seguire con attenzione il formante del diritto penale giurisprudenziale, l'evoluzione della giurisprudenza di merito, prima, e di quella di legittimità, poi, fino alla produzione dei grandi "arresti" che segnano la storia del diritto italiano *in action*.

L'implementazione del sapere del giudice, della (pre)comprensione dei problemi e della valutazione dell'impatto della decisione giudiziale sul tessuto dell'individuo e della collettività, segna le linee del percorso "virtuoso" perché il diritto penale giurisprudenziale non sia avvertito solo come una sorta di *judgement law*, ma si muova con cadenze di largo respiro e s'incroci con altri e condivisi saperi.

EMILIO DOLCINI

Quest'ultimo intervento è stato un elogio per chi ha concepito il disegno complessivo della giornata: mi riferisco a Renato Bricchetti, se ci fossero dubbi.

Do la parola ad Alberto Alessandri, che da professore concluderà questa giornata.

ALBERTO ALESSANDRI

Pochissime battute per concludere.

Anzitutto vorrei dire, da avvocato, che sarebbe straordinariamente bello se tutti i giudici fossero come Giovanni Canzio.

Sono d'accordo con quanto ha detto Sergio Seminara. Osservo soltanto che sempre più frequentemente il modello diventa obbligatorio, almeno nei fatti: penso alla legisla-

zione in materia di infortuni sul lavoro, ad alcune leggi regionali, ai diversi capitolati per i pubblici appalti. È una tendenza che si va affermando e, come tutti sappiamo, è stata riconosciuta una responsabilità civile da una sentenza del Tribunale di Milano nei confronti di amministratori che non avevano adottato il modello. Il caso era molto particolare, e resta comunque il problema di identificare il danno derivante dalla mancata adozione del modello.

Il tema trattato da Veneziani, riguardo ai reati colposi, è davvero gigantesco. Ho qualche perplessità che la soluzione migliore sia quella di riferirsi alla *condotta*. Certamente questa è stata la risposta più frequentemente fornita, ma credo vi possano essere soluzioni diverse. Mi limito a osservare che è discutibile che la condotta del reato colposo sia sempre posta in essere nell'interesse o vantaggio dell'ente. La condotta può essere semplicemente negligente, una qualificazione che non esprime nulla riguardo al criterio di collegamento fondamentale. So bene che si invoca spesso il risparmio sui costi, ma non si può dimenticare che una cattiva scelta di presidi antinfortunistici può anche essere più costosa.

Il tema affrontato da Francesco Arata è troppo ampio per le poche parole di conclusione. L'amico Francesco sa che nutro perplessità sulla sua impostazione di fondo. Sono convinto che la società moderna non possa fare a meno di momenti di risoluzione dei conflitti al di fuori della sede giurisdizionale, che non è ragionevole sovraccaricare di attese, prima che di lavoro.

Un'ultima battuta. Ho qualche riserva sulla soluzione che Alessandra Rossi ha dato al primo dei problemi trattati. Il caso Siemens era assai particolare, soprattutto perché lì vi era il concorso di persone al vertice della controllata con altri soggetti di vertice della controllante, sottostanti erano interessi comuni a entrambe le società. Non mi nascondo affatto che le società che hanno sede all'estero costituiscono un problema per la responsabilità degli enti: la collocazione fuori dei confini nazionali potrebbe essere uno strumento elusivo. Tuttavia credo che si debba andare a fondo del problema riguardo all'effettiva natura e soprattutto all'oggetto del rimprovero che si muove all'ente. La

sentenza più volte citata afferma che il *fatto* che si rimprovera all'ente è il reato: ovviamente quello commesso dalla persona fisica. Ma allora ne segue che dobbiamo individuare il fatto che si imputa all'ente, che gli si rimprovera. E anche rispetto a un reato doloso, ciò che si contesta all'ente è sempre di non essersi organizzato adeguatamente, in sostanza una colpa organizzativa che assorbe l'intero fatto oggetto di rimprovero.

EMILIO DOLCINI

Grazie a tutti i partecipanti a questa tavola rotonda, che a mio modesto avviso si è svolta ad alto livello. Grazie a chi ha seguito lavori che non sono stati riposanti, ma molto proficui e di enorme interesse.

Arrivederci a domani per chi potrà essere presente.

SECONDA GIORNATA



Relazioni

Presiede Renato Bricchetti

RENATO BRICCHETTI

Presidente del Tribunale di Lecco

Apriamo i lavori richiamando una frase del presidente Canzio di ieri sera: «il diritto penale prende vita nelle aule, e il diritto penale dell'economia non solo prende vita nelle aule ma spesso ci accorgiamo che fa fatica a stare all'interno dei modelli tradizionali». Oggi sicuramente il professor Giunta e il consigliere Iacoviello ci faranno anche capire perché.

Durante la tavola rotonda parleremo specificamente di amministratori. Darei il via ai lavori dando la parola al professor Giunta.

FAUSTO GIUNTA

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Firenze

I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori

1. *La nozione di reato economico.* Il titolo di questa relazione sottende un'evidente pregiudiziale poiché impone di chiarire in via preliminare la nozione di reato economico, la quale – è bene dirlo subito – è tutt'altro che univoca. Essa, infatti, viene applicata a prodotti normativi tra loro diversi. Ne deriva un uso linguistico della categoria dei reati economici alquanto disomogeneo.

Schematizzando, si parla di reati economici per indicare, ora alternativamente, ora congiuntamente, tre distinte classi di fattispecie incriminatrici:

- a) la prima è quella dei reati che offendono gli interessi economici nazionali. Il riferimento è ad alcune delle fattispecie incriminatrici presenti nel Titolo VIII c.p., il quale è notoriamente dedicato alla tutela di un composito e in parte anacronistico concetto di economia pubblica di tipo nazionalistico. Si pensi, per esempio, alle condotte di depauperamento delle materie prime e dei mezzi produttivi lesive del potenziale economico nazionale. È questo un impiego riduttivo della nozione di reato economico, del tutto inadeguato all'odierna dimensione globale dei fenomeni economici;
- b) la seconda accezione della categoria dei reati economici comprende il complesso di illeciti penali connessi all'attività produttiva, ossia collegati alla logica di impresa e finalizzati al maggior profitto imprenditoriale (il quale può sostanziarsi anche nel contenimento dei costi dell'attività produttiva). In questa prospettiva la categoria

del reato economico si allarga a dismisura, coinvolgendo, tra gli altri, i reati ambientali, tributari, quelli connessi alla sicurezza del lavoro e via dicendo. Questo uso linguistico dell'espressione "reati economici" ha un'impronta più criminologica che normativa perché fa riferimento al movente di profitto e al contesto imprenditoriale nel quale si ambienta il reato, più che al sostrato di offensività dei reati considerati;

c) la terza accezione dell'espressione "reati economici" fa riferimento alle fattispecie incriminatrici che presidiano, direttamente o indirettamente, le regole del confronto tra operatori economici, ossia le cd. regole del gioco che disegnano il mercato, quale luogo giuridico, altrimenti invisibile. Da questa angolazione il mercato non è tanto il *locus naturalis* dominato dalle leggi della domanda e dell'offerta, quanto un *locus artificialis*, e principalmente giuridico, venendo a coincidere con la regolamentazione delle attività economiche.

In realtà soltanto in quest'ultima accezione può parlarsi di reati economici in senso stretto, perché essa indica per l'appunto le fattispecie penali che sono chiamate ad assicurare l'effettività della disciplina giuridica del mercato.

Se si condivide questa presa di posizione circa la pregiudiziale delimitazione della nozione di reato economico, ne discende una conseguenza che interessa direttamente il tema delle tecniche normative: i reati economici risentono in modo particolare del rapporto di stretta complementarità che lega la tutela penale alla disciplina extrapenale di base. Questa particolarità distingue i reati economici, che aggrediscono la ricchezza *in fieri*, dall'area contigua dei delitti contro il patrimonio, che offendono invece la ricchezza nella dimensione statica.

2. *Implicazioni sulla tecnica di formazione.* Da quanto si è osservato sopra discendono importanti implicazioni sulla tecnica di normazione.

a) A differenza dei delitti contro il patrimonio, che sono saldamente ancorati all'offesa al bene giuridico, i reati economici inclinano naturalmente verso un'anticipazione della soglia della punibilità. Essi mettono in crisi la distinzione tradizionale tra peri-

colo astratto e pericolo concreto. Rispetto agli eventi economici – e segnatamente a quelli di tipo macroeconomico – è davvero difficile immaginare valutazioni di offesa o di pericolo ispirate a concretezza, soprattutto per la mancanza di leggi scientifiche di copertura in grado di guidare la valutazione del giudice. In breve, anche quando il legislatore introduce espressamente il requisito del pericolo nella struttura della fattispecie incriminatrice (si pensi alle fattispecie codicistiche di aggio, di cui agli artt. 501 e 501-bis c.p.), l'accertamento della loro attitudine alla lesione del regolare andamento del mercato tende fatalmente verso una generalizzazione dell'offesa, con conseguente formalizzazione della tutela.

- b) Nel diritto penale dell'economia entra in crisi il bene giuridico nella sua tradizionale funzione di legittimazione critica dell'intervento punitivo. Si assiste allo spostamento della tutela penale sulle funzioni di governo dell'economia (si pensi alla fattispecie di abusivismo di cui all'art. 166 T.U. in materia di intermediazione finanziaria, incentrata sullo svolgimento di attività economiche senza prescritta abilitazione). Le stesse istituzioni societarie – quali criteri di aggregazione sistematica dei reati societari – altro non sono che la sintesi funzionale di fondamentali istituti del diritto commerciale.
- c) Ancora: a differenza dei delitti contro il patrimonio, i reati economici mostrano un grado di autonomia modesto dalla disciplina extrapenale di base. Nei reati contro il patrimonio, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno da tempo valorizzato un'ermeneutica autonomistica delle nozioni civilistiche che affiorano a livello di tipicità. Le nozioni di altruità, patrimonio, cosa mobile, profitto non sono di fatto elementi normativi perché, come noto, non vengono intesi alla stregua del significato che tali nozioni hanno nel diritto civile. Diversamente, l'accessorietà del diritto penale dell'economia fa sì che il vincolo del diritto extrapenale di base costituisca un forte cordone ombelicale, con conseguente avvicinamento della tipicità penale alla violazione della disciplina extrapenale. Si pensi alle nozioni di bilancio, relazione, prospetto, dividendo, riserva legale, revisione contabile ecc. Esse non possono che avere nell'ambito della fattispecie penale lo stesso significato che hanno nel diritto commerciale.

3. *Le ricadute sull'ambito applicativo e sulle tecniche di accertamento dei reati economici.* Il carattere accessorio dell'intervento punitivo nel campo economico sembra rievocare e riabilitare la concezione sanzionatoria del diritto penale. In un primo tempo l'esperienza legislativa italiana lo conferma: la formulazione originaria dei reati societari contenuti nel codice civile del 1942 si caratterizza per l'uso di clausole sanzionatorie – si pensi a quelle poste a tutela del capitale sociale – che davano rilevanza penale alla violazione di un elenco, nemmeno sempre bene assortito, di articoli del codice civile contenenti la disciplina commerciale.

Anche la vecchia fattispecie di false comunicazioni sociali – che pure non era costruita attraverso la tecnica del rinvio – consentiva di dare rilevanza a qualunque scostamento dal vero contabile (F. Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova 2010, p. 19). E la pregressa giurisprudenza non ha mancato di percorrere questa strada, con una fedeltà alla lettera della legge notoriamente rigoristica al punto da includere tra i fatti penalmente rilevanti le false comunicazioni aventi un unico destinatario, solitamente l'operatore bancario.

Ma anche le normative più recenti presentano in parte questa caratteristica. Si pensi ad alcune fattispecie previste nel T.U. in materia di intermediazione finanziaria, come quelle di gestione infedele (art. 167), confusione di patrimoni (art. 168), partecipazione al capitale (art. 169), irregolare acquisto di azioni (art. 172), omessa alienazione di partecipazioni (art. 173).

Da qui un'evidente tendenza alla formalizzazione, all'anticipazione e dilatazione della tutela. Il reato economico si avvicina molto alla violazione della legge extrapenale. Ciò accentua, sul piano processuale, la dimensione "cartolare" dell'accertamento probatorio, fortemente condizionato dagli strumenti della consulenza tecnica e della perizia, i quali, a loro volta, non sempre riescono a correggere l'impronta che ha dato all'accertamento l'organo che ha investigato in sede penale o extrapenale (*amplius* E. Amodio, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1502 ss.).

Gli effetti dell'accessorietà del diritto penale dell'economia si riverberano anche sul piano della colpevolezza, smorzandone la funzione selettiva. L'appiattimento della tutela penale sulla violazione della disciplina extrapenale lascia spazio alla figura del delitto contravvenzionale, di fatto colposo. A ciò contribuisce la presunzione, avallata dalla Corte costituzionale (già con la sentenza 364/1988), che l'operatore economico conosca la normativa penale ed extrapenale integratrice, con la conseguenza di escludere ogni spazio alla rilevanza dell'*error iuris*. Da questa angolazione, la condizione di dubbio nell'interpretazione del diritto, tutt'altro che rara in questo tormentato settore dell'ordinamento, è destinata a costituire per l'operatore economico un ulteriore fattore di rischio, che può essere azzerato solo con la scelta per l'inazione. Diversamente, la sequenza "hai previsto, sei rimasto nel dubbio, nondimeno hai agito" porta, seppure in modo assai discutibile, alla configurazione della *scientia iuris*.

Più precisamente, il carattere per lo più neutro della condotta tipica tende a normativizzare il dolo, ossia a depurarlo delle sue componenti psicologiche (le quali vengono esaltate di regola da referenti naturalistici assenti nei reati economici), determinandone la scoloritura a favore di criteri di imputazione a tutto concedere colposi. Questo fenomeno è stato efficacemente denunciato – poco più di un decennio fa – da autorevole dottrina (C. Pedrazzi, *Tamonto del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1266 ss.), la quale ha osservato che «Concentrare la rappresentazione su un modello cartaceo – ridurre il fatto alla fattispecie – vorrebbe dire abbandonare il terreno concreto della "coscienza e volontà" dell'azione od omissione, psicologicamente ambientata». E ancora: la confusione di piani tra potenza e atto «va oltre il mero stratagemma probatorio, per avvalorare il pervertimento di concetti e istituti» (ivi, p. 1266).

In effetti, la volatilizzazione delle componenti del dolo investe sia il momento intellettuale della rappresentazione, sia quello strettamente volontaristico.

Quanto al primo, si pensi ai reati commessi in ambito collegiale (reati degli amministratori, dei sindaci e via discorrendo), il cui riflesso processuale è la pluralità di imputati. La rappresentazione viene anticipata dalla giurisprudenza «all'antefatto della

potenzialità» (*ibid.*), con la sua conseguente diluizione in relazione a una molteplicità di antecedenti sintomatici. Si pensi alla giurisprudenza che – sebbene smentita da alcuni recenti ripensamenti – pretende di provare il dolo sulla base dei cd. segnali di allarme, quali indizi di effettiva rappresentazione (F. Giunta, *La responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. prat. società*, 2010, 2, pp. 45 ss.). La colpa viene promossa a dolo, con un'evidente semplificazione probatoria, la cui portata risulta ulteriormente ampliata nei casi in cui la teoria dei segnali di allarme viene calata nel contesto della responsabilità per l'omesso impedimento dell'evento. È fin troppo evidente che per questa via il giudice esonera sé stesso dal più gravoso compito di accertare il dolo di concorso.

Con riguardo al momento volontaristico del dolo, assume rilievo il ruolo del dolo eventuale e torna a giocare la sua partita colpevolista la disciplina del dubbio.

Com'è noto, tradizionalmente la figura del dolo eventuale trova il suo ambito operativo privilegiato nei delitti di lesioni personali e omicidio, dove risulta tradizionalmente problematico il suo discrimine dalla colpa con previsione, di cui all'art. 61, n. 3, c.p., quale forma meno grave di colpevolezza.

Sennonché, sempre più spesso il dolo eventuale viene ravvisato oggi anche (ma non solo) nell'ambito dei reati economici, i quali sono per lo più previsti esclusivamente nella forma dolosa. Qui il dolo eventuale finisce per amplificare la portata del divieto, facendolo scattare in presenza del solo dubbio che possa realizzarsi il fatto tipico. In breve, il dolo eventuale introduce, in modo surrettizio, un obbligo di astensione dalla condotta non solo quando vi è certezza che si realizzi il reato, ma anche nel caso di dubbio, ossia di semplice rappresentazione. Questa condizione psicologica si traduce in un divieto di agire, ossia nella stasi, che nel mondo economico – dinamico per eccellenza – costituisce già di per sé un pregiudizio. Detto altrimenti: quando (come accade nel campo economico) l'ambientazione del dolo eventuale lo separa dalla sponda della contigua fattispecie colposa (come avviene invece nei delitti di omicidio e lesioni personali), il dolo eventuale diventa dirimente in ordine alla sussistenza o meno del reato.

Questo fenomeno rimane in ombra nelle impostazioni tradizionali della colpevolezza, che vedono nel dolo eventuale una forma meno intensa di appartenenza soggettiva del fatto. Nel campo dei delitti economici l'enfatizzazione giurisprudenziale del dolo eventuale si gioca essenzialmente sul piano della tipicità. Una siffatta impostazione si salda con il rischio, sopra segnalato, di semplificazione probatoria delle componenti volontaristiche, oltre che rappresentative, del dolo: è sufficiente la prevedibilità dell'evento di reato e nondimeno lo svolgimento della condotta tipica, per dedurre la sussistenza del dolo nella sua forma quanto meno eventuale.

4. *Quali rimedi al tendenziale formalismo dei reati economici?* Di fronte alla formalizzazione e alla perdita di autonomia del diritto penale nel campo economico, si aprono tre prospettive, tra loro diverse, ma tra le quali è possibile un coordinamento.

La prima è di tipo interpretativo: quanto più la fattispecie è formale ed è gravemente punita, tanto più si rende necessaria la valorizzazione dell'interpretazione teleologica al fine di bilanciare l'accessorietà con la sussidiarietà. Come noto, il diritto penale economico è parte del tutto. Ne consegue che l'intero ordinamento ben può diventare un criterio di interpretazione dei reati economici. La storia recente è costellata invece di occasioni mancate. *Exempla docent*: perché punire, attraverso interpretazioni formalistiche, il falso in bilancio che si sostanzia in scostamenti dal vero contabile minimi, quando in questi casi la dottrina civile nega l'impugnabilità dell'approvazione del bilancio? Altro esempio: secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, siccome la frode in commercio tutela il bene superindividuale e indisponibile dell'economia pubblica, dovrebbe essere punito il negoziante che, per non scontentare il cliente, del quale non può soddisfare la specifica richiesta, gli consegna una merce di qualità superiore di quella richiesta al prezzo di quest'ultima. Nessun giudice civile darebbe ragione a quel cliente ove, per ipotesi del tutto scolastica, questi lamentasse un danno per la consegna non dichiarata di un prodotto di qualità superiore di quello richiesto. Fin qui le risorse dell'interpretazione sul piano della fattispecie oggettiva. Sul versante di quella sogget-

tiva, una corretta ermeneutica non può che portare invece alla rivalutazione del dolo e delle sue componenti rappresentative e volontaristiche. È del resto la strada percorsa dalla recente giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori e dei sindaci per l'omesso impedimento dell'evento realizzato dagli amministratori delegati (Cass. pen., Sez. V, 16 aprile-22 settembre 2009, n. 36595, B.M., De Jure).

La seconda prospettiva è di tipo radicale: il riferimento è all'abbassamento del profilo punitivo, nel tentativo di coniugare tra loro la minore intensità della risposta sanzionatoria con la maggiore pervasività dell'intervento punitivo. Detto altrimenti: la depenalizzazione, ossia la sostituzione della gran parte delle pene attualmente comminate con la sanzione amministrativa, è una scelta di politica legislativa che ben si concilia con un'accentuazione del carattere accessorio del sistema punitivo in materia economica, essendo l'illecito amministrativo tipicamente formale e incentrato su comportamenti di mera inosservanza. Naturalmente, si avverte l'esigenza di accentuare le competenze tecniche delle pubbliche amministrazioni alle quali devolvere l'effettività della risposta sanzionatoria extrapenale. Questa prospettiva, peraltro, può coniugarsi efficacemente con l'intensificazione della responsabilità dell'ente collettivo, con conseguente spostamento dell'asse della punizione dalla persona fisica, spesso mera esecutrice di reati nell'interesse o vantaggio altrui, alla *societas*, vera artefice della politica criminale d'impresa.

La terza soluzione, per così dire intermedia, è quella di mantenere l'impronta penale degli illeciti economici, delimitando però l'intervento punitivo con elementi di tipicità in grado di contenere la deriva delle interpretazioni formalistiche, che appiattiscono la tutela penale sulla violazione della disciplina extrapenale dell'attività economica. È la strada battuta – in modo estremo e parossistico – dalla riforma dei reati societari del 2002, che ha inserito nelle fattispecie incriminatrici requisiti di patrimonialità (quali il danno patrimoniale, l'idoneità ingannatoria, il fine di profitto), elementi di delimitazione formale (come le soglie), finalizzati a impedire l'insorgere del processo, una forma di dolo, quella intenzionale, pressoché sconosciuta nel disegno originario del codice

Rocco. È questa un'opzione politico-criminale che riflette una concezione "forte" della tipicità penale, come limite per il giudice piuttosto che come tecnica di descrizione di una tipologia di aggressione empiricamente esistente. Essa, soprattutto, reagisce all'odierna accessorietà dei reati economici rendendo di fatto ancillare l'intero diritto penale dell'economia rispetto ai delitti contro il patrimonio.

Come si diceva, le tre prospettive delineate si possono coniugare. La prima rimane la più ambiziosa dal punto di vista culturale perché punta a far dialogare, nella prospettiva della loro necessaria complementarità, il legislatore e il giudice. Intraprenderla è compito del legislatore; alla giurisprudenza spetta coltivarla.

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione

Prova dei reati economici nello specchio della motivazione

Inizierò con un anagramma del titolo del convegno, che io ho faticato molto a capire perché Renato Bricchetti è complicato in questo. Solo ieri sera, dopo aver mangiato molto bene, l'ho capito, e mi sono detto, guarda quel genio perfido di Renato Bricchetti quale messaggio subliminale vuole lanciare! Perché se vedete si legge «le scelte del legislatore, le ragioni dell'economia, i tempi del processo»; in realtà la cosa è un po' slegata. Se invece voi leggete "le ragioni dell'economia impongono al legislatore di bloccare il processo", la cosa diventa più chiara.

Allora, partiamo dalle ragioni dell'economia. Faccio un discorso terra terra; io avrei alcune domande da fare agli amministratori, alle società e così via.

Per voi, creare fondi occulti deve essere punito o no? Fondi occulti liquidi, intendo, per qualsiasi emergenza.

La seconda domanda è questa: occultare una bella perdita che voi però pensate di poter recuperare nel tempo, deve essere punito o no? Voi pensate di recuperare la perdita nel tempo e quindi pensate non succeda nulla; se invece inserite la perdita in bilancio le banche vi complicano la vita. Si instaura così un circolo vizioso per cui poi si finisce male.

Altro quesito: secondo voi l'azionista di riferimento di una società deve essere in qualche modo perseguito? Questa è una bella domanda, perché noi abbiamo modo di attaccare l'amministratore delegato, il direttore generale, l'amministratore indipenden-

te, il sindaco, ma l'azionista di riferimento, addirittura con un vero travisamento del fatto, diventa parte offesa, diviene la vittima del falso in bilancio. Ma avete mai visto un amministratore che agisce indipendentemente dall'azionista di riferimento? Per voi vanno bene le cose così?

Quarta domanda: nei gruppi di impresa è giusto creare una sorta di barriera antincendio per cui tutto quello che succede in una controllata, magari nelle Cayman, non deve toccare l'amministratore della holding finanziaria?

L'ultima domanda: per essere molto teorici e poco pratici, secondo voi le banche devono essere coinvolte in qualche modo? Se mi date delle risposte negative, allora cambiamo il tema del convegno. Che cosa volete in sostanza? Perché le ragioni dell'economia sono molto serie. Volete che la mano visibile del giudice ceda il passo alla mano invisibile del mercato, come diceva Adam Smith? Se è questa la logica allora avete trovato un legislatore che è molto sensibile a queste cose, però non è molto intelligente. Perché la direttiva del legislatore, che a questo punto è molto chiara, viene incontro alle ragioni dell'economia: accelera i tempi del processo civile, perché voi avete bisogno di un processo civile rapido, però stoppa i tempi del processo penale perché dà fastidio. In una prospettiva del genere le ragioni dell'economia impongono al legislatore di essere contro il giudice. Il guaio di tutto questo, secondo me, è che se noi ci spostiamo dal profilo della società a quello del mercato le cose cambiano, perché il mercato esige una tutela, al di là di quello che è l'interesse della società. Il mercato siamo tutti noi, quindi anche le società; bene o male una regolamentazione del mercato ci deve essere, e guardate che cosa fa il legislatore "poco furbo": depotenzia il falso in bilancio.

Dimenticavo di dire: l'economia concede al giudice di perseguire la società in dissesto, fallita, perché se la società è *in bonis* il falso in bilancio non lo puoi perseguire, se la società è fallita allora la massacrati. Se al falso in bilancio ci aggiungi anche l'evento scattano infatti delle pene pesanti ed è anche giusto, dal mio punto di vista. Il legislatore, dunque, depotenzia il falso in bilancio però potenzia le norme sul mercato, vedete per esempio la manipolazione del mercato; questo comporta che la giurisprudenza spo-

sti i propri obiettivi, orientandosi verso l'appropriazione indebita, verso fattispecie che sono più funzionali all'indagine preliminare.

Così è agevole costruire l'agiotaggio come falso in bilancio, che è molto più facile da provare e da punire e ci consente – dettaglio da non sottovalutare – di fare intercettazioni telefoniche.

Questo comporta un'altra reazione del processo penale rispetto al legislatore. Il legislatore vuole stoppare il processo penale. Il giudice o il pubblico ministero anticipano i tempi del processo penale, perché quello che non riesce a stoppare il legislatore è l'indagine preliminare. Immaginate un avvocato che dica al cliente che compiendo il falso in bilancio è in una botte di ferro, può andare alle Seychelles, abbronzarsi e tornare quando vuole. È un reato misero, le soglie di punibilità sono ridicole. Questo poi scende dal jet privato e si trova i carabinieri con l'ordinanza di custodia cautelare, va al Tribunale del riesame, sicuro di quanto gli ha detto l'avvocato, che però lo rigetta, poi ricorre alla Cassazione che dichiara inammissibile il ricorso perché è merito. Ma allora che cosa è successo? Questi sono i meccanismi dell'indagine preliminare. La *notitia criminis* deve essere incompleta, lo standard probatorio deve essere attenuato, e quindi con l'indagine preliminare si incide potentemente sull'interesse.

Io l'ho sperimentato all'epoca in cui mi occupavo di Tangentopoli, il caso Ferruzzi-Montedison. Io mando la Guardia di finanza in una società e questa società non lavora più. C'era la più grande cooperativa italiana con la Guardia di finanza davanti che diceva di non riuscire più a mettere un mattone sull'altro. Appena i partner stranieri vedono la Guardia di finanza stoppano tutto. È vero quindi che si depotenzia il processo, ma l'indagine preliminare con questi meccanismi è estremamente potenziata. È vero che il falso in bilancio non va in Cassazione, ma è stato sostituito da altre forme.

Ma vediamo che cosa avviene quando, dopo l'indagine preliminare, si arriva al giudizio e quali sono i meccanismi attraverso cui si viene a semplificare la prova di questi reati.

La prima cosa da dire è che noi siamo in ritardo sui tempi dell'economia; noi stiamo teorizzando i gruppi d'impresa, per esempio, ma che schemi, che categorie abbiamo per

incidere sui gruppi d'impresa? Praticamente due: l'istigazione e la categoria dell'amministratore di fatto. Queste sono categorie che non funzionano. L'istigazione è una categoria ridicola. Immaginate di attribuire la qualifica di istigatore all'amministratore di una controllata sperduta rispetto all'amministratore della holding: è come attribuire la funzione di istigatore al soldato piuttosto che al generale. Avete mai messo piede in una società? L'amministratore della controllante guarda l'amministratore della controllata per un'ora e non lo vede. L'amministratore della holding decide quando deve respirare l'amministratore della controllata. Qui dobbiamo pure sperimentare i saperi specialistici; un amministratore di fatto possiamo concepirlo in un gruppo monodivisionale, tanto per fare un esempio. Ma in un conglomerato in cui c'è il farmaceutico, per esempio, dove lo vedete l'amministratore di fatto? Stiamo forzando delle categorie giuridiche perché il vero problema del diritto penale societario è che si fa fatica a inquadrare le categorie giuridiche. Quand'anche riuscissimo in questa impresa, il vero senso dell'economia attuale ci dice che il gruppo d'impresa è in via di superamento.

Una decina di anni fa mi dedicai allo studio dei gruppi d'impresa ed ero molto orgoglioso; parlai con un illustre professore di economia che mi disse che era superato dalla rete d'impresa e dall'impresa-rete. E che sarà mai? Noi stiamo studiando i riflessi di una stella che è morta. Nella rete d'impresa questo discorso dell'amministratore di fatto non funziona perché non si sa dove sono i confini dell'impresa. Il vero modello dell'impresa di rete è l'associazione a delinquere di stampo mafioso, è il concorso esterno, *absit iniuria verbis*, dove finiscono la partecipazione e il concorso esterno? Anche ai fini della responsabilità della persona giuridica, quello è un dipendente della società o no a seconda del contratto che ha.

Ci dobbiamo inventare delle categorie giuridiche diverse; siamo assolutamente impreparati a questo. Cerchiamo di ricostruire il sistema con le categorie che abbiamo. Viviamo nella società del rischio, per usare un'espressione molto abusata, ed è chiaro che, lo diceva ieri Alessandri, in realtà il controllo sul rischio viene un po' dislocato. Lo Stato non può controllare e distribuisce questi controlli tra sindaci, comitati di ammini-

stratori dipendenti, società di certificazione, Consob, varie *authorities*. Questo che cosa comporta? In definitiva la figura paradigmatica del delitto in materia economica non è più il delitto commissivo ma è il delitto omissivo. E questo che cosa cambia? Cambia tantissimo, perché sul piano del processo, sembrerà paradossale ma è così, è molto più semplice provare il delitto omissivo che il delitto commissivo.

Se andiamo a vedere, tutti i pubblici ministeri, nei capi di imputazione, si orientano verso il delitto omissivo, non quello commissivo. Per fare un esempio: per gli amministratori indipendenti approvare un bilancio falso è un delitto commissivo, mentre nel capo d'imputazione ci fanno entrare la colpa, l'omissione di accertamento, garanzie, tutta quella roba lì. Per cui, nel processo penale, la figura paradigmatica diventa quella del delitto omissivo, per molte ragioni. Nel delitto commissivo deve essere descritta una condotta, e non è facile, soprattutto quando l'amministratore non fa nulla; invece nel delitto omissivo c'è una semplificazione probatoria che è micidiale. C'è un obbligo giuridico, non viene rispettato e, a meno che l'amministratore non sia uno stupido, non l'ha rispettato volontariamente, quindi non ho da provare altro. La potenza del delitto omissivo. Nel processo penale non solo la cosa più semplice è provare il delitto omissivo, ma è provare il dolo.

Mi soffermerò brevemente su tre formule. La prima è "non poteva non sapere", la seconda è "se c'è dolo non c'è colpa", la terza formula è "c'è dolo a meno che non provi la colpa".

La prima formula è aberrante per certi aspetti e sacrosanta per altri. Nel diritto penale dell'economia non si può parlare in astratto. Facciamo un caso. Se in quella determinata società nel gruppo d'impresa c'era una prassi provata in mille modi, in cui un certo tipo di operazioni doveva per forza essere autorizzato dall'amministratore delegato; se c'era, se si riesce a provare – perché questa è la mancanza dei pubblici ministeri – che c'era un'organizzazione interna per cui si aveva costantemente un flusso delle informazioni che andava dal basso all'amministratore delegato; se si riesce a provare che come prassi, nel caso fosse stata violata questa regola, sarebbero scattati

i rilievi dell'auditing interno, del collegio sindacale e così via (terzo *step*); se queste manifestazioni di violazione della regola non ci sono state (quarto *step*), noi che cosa dobbiamo concludere? Che la regola è stata rispettata.

Il vero problema dei pubblici ministeri è che loro fanno un cortocircuito probatorio; si dice, "sei amministratore di fatto e per questo dovevi sapere". Fanno derivare la conoscenza dalla qualifica. C'è stato ultimamente un processo conclusosi, si può dire, con una splendida sentenza di Sandrelli: per non violare la *par condicio* sono stati incriminati tutti gli amministratori.

Terzo postulato dei pubblici ministeri: tutti i soggetti dell'impresa, amministratori e sindaci, hanno tutti le stesse informazioni, per cui non c'è asimmetria informativa. Queste sono delle presunzioni che è facile abbattere, ma se il "non poteva non sapere" si imposta sull'altro versante allora non si è in grado di fare delle obiezioni.

Secondo principio, "non c'è dolo se c'è colpa". C'è un famoso articolo di Marinucci che dice «non c'è dolo senza colpa», ma nel processo avviene esattamente il contrario. Non c'è dolo se c'è colpa. Per me è facile provare il dolo a meno che non si provi la colpa. Ma chi la prova la colpa? Questo è un punto cruciale. Perché nelle fattispecie originariamente colpose, mettiamo l'omicidio colposo, o gli infortuni sul lavoro, è il pubblico ministero che deve provare la colpa. Ma in queste fattispecie che cosa succede? Il pubblico ministero e il giudice applicano il principio di normalità e razionalità. Normalmente cosa avviene, che se un evento era probabile l'evento era prevedibile, ossia una qualsiasi persona normale avrebbe potuto prevederlo (principio di normalità). Nel processo penale si va dalla prevedibilità alla previsione e dalla previsione alla volizione. Il passaggio veramente critico, dal punto di vista probatorio, è quello dalla prevedibilità alla previsione.

Allora perché si dice "c'è dolo se non c'è colpa"? Perché la colpa diventa una *défense*, un'eccezione che solleva la difesa. In un processo di parti, non è che la difesa può sollevare un'eccezione, non c'è l'onere di allegazione del vecchio processo inquisitorio, ma c'è un onere di argomentazione e di contraddittorio. Sulla base del principio di

normalità ti dico che questo è dolo; tu mi dici che c'è colpa, dammi degli elementi su cui indagare.

Se mi dai degli elementi specifici – perché l'eccezione o il motivo di appello del ricorso in Cassazione devono essere specifici – su cui indagare, io indago. Ma voi dove li trovate questi elementi? La difesa, come unica via, dichiara imbecille l'assistito.

Terzo elemento: "c'è dolo a meno che non si provi la colpa"; vale nelle fattispecie omissive. Esiste l'obbligo, c'è conoscenza dell'obbligo, e nonostante la conoscenza è stato violato; allora si è in dolo. Come provare la colpa? Tanto più che nelle fattispecie omissive basta trovare il movente, se l'omissione ti ha giovato sei finito, devi solo patteggiare. Il processo sintetizza delle categorie; giocando nel processo penale attraverso la dialettica del processo di parte, del contraddittorio, del principio di razionalità, del principio di normalità, la difesa viene ricacciata nell'angolo.

Ultima cosa, il dolo eventuale. Se esiste nei reati economici, dal punto di vista criminologico, un dolo che non c'è, è proprio quello eventuale. Dal punto di vista criminologico è proprio un falso storico. O veramente l'amministratore, il dipendente, non sapeva le cose, o le sapeva e ha agito d'accordo con gli altri amministratori. Quindi nei reati economici, dal punto di vista criminologico, o il dolo è intenzionale o è colpa, non c'è dolo eventuale. Esso ha il compito di svolgere il lavoro sporco, è un figura pericolosissima e ha avuto tanto successo perché processualmente è un'arma letale. Resa tale dai cosiddetti segnali d'allarme che sono una contraddizione spaventosa, perché il segnale d'allarme è tipico della colpa. Se vogliamo valorizzare il dolo eventuale, allora non vanno trattati i segnali d'allarme.

Entriamo nel concreto: se io amministratore indipendente so che c'è stata un'operazione di *swap* in una controllata sperduta di centinaia di milioni di euro, quello è un segnale di allarme nel buco della holding? Questi segnali di allarme sono formule riuscitissime, perché ci puoi mettere dentro tutto. Se vogliamo valorizzare la teoria dei segnali di allarme allora si deve trattare di segnali di allarme rosso, ma perché poi usare questa teoria quando c'è un art. 192 del codice di procedura penale? I segnali di

allarme non sono altro che l'indizio grave e univoco dell'evento, il segno premonitore di quell'evento.

Per quanto riguarda il dolo eventuale è fondamentale calarsi nella struttura dell'impresa. Ogni impresa è come un individuo, ha una sua tradizione cui è legatissima. Per esempio, quando si indagava sul gruppo Ferruzzi – ormai la storia è finita, se ne può parlare – mi chiedevo da dove gli fosse venuta l'idea degli *swap* falsi per cui una cosa è in perdita e l'altra no. L'avevano ereditata una volta acquisita la Montedison, perché faceva parte delle tradizioni dell'impresa.

Ecco perché c'è bisogno di sapere esperto. I bilanci sono qualcosa di romantico, e non sono un perverso. Il modo in cui si formano è romantico. "Sono come tu mi vuoi", mi viene in mente. Prima di fare i bilanci, in qualsiasi società, ci sono le simulazioni fatte dagli analisti. E le società di revisione non si accorgono di niente. Studiando questi meccanismi dell'impresa è più facile tirare fuori il dolo reale.

L'ultimo appunto. Quando parliamo di reati omissivi si arriva al reato omissivo improprio, l'obbligo di impedire l'evento, e qui ho l'impressione che la giurisprudenza si stia avviando verso una deriva pericolosa. Siamo in ritardo con l'evoluzione dei fenomeni; noi studiamo il dolo eventuale ma il vero problema, quando la categoria omissiva diventa quella dell'omissivo improprio, è quello dell'azione impeditiva dell'evento. In questo tipo di reati vanno in crisi tutte le categorie e va in crisi la causalità.

Qual è l'azione impeditiva dell'evento? Come si costruisce l'azione impeditiva? La dottrina non si è posta il quesito, perché il modo di ragionare del diritto penale è completamente opposto al modo di ragionare del processo penale. Il diritto penale dalla condotta va all'evento, ha tutto sotto mano, è diacronico. Nel processo penale no, devo andare a ritroso.

Come la costruiamo questa condotta? L'azione impeditiva non è certo un'azione che può essere ricostruita solo naturalisticamente, ma la devi costruire anche in base alla regola cautelare e alla posizione di garanzia. L'azione impeditiva dell'amministratore è quella nell'ambito dei suoi poteri. C'è una posizione di garanzia rispetto alla manipo-

lazione del mercato? Un obbligo dell'amministratore di impedire l'evento? Le barriere del diritto penale non sono più quelle del falso in bilancio; rispetto a questa nuova fattispecie il problema non è più quello del dolo eventuale, è il problema dell'obbligo di impedire l'evento. Bisogna ricostruire l'evento, l'azione impeditiva; diventa quindi una cosa complicatissima.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Associato di Diritto penale nell'Università Bocconi di Milano

A me sembra evidente che, guardando alla norma del 40 cpv., essa non esiga una condotta impeditiva dell'evento. Il 40 cpv. dice che prima io devo individuare la condotta doverosa omessa. Ho un obbligo giuridico di tenere una determinata condotta, punto primo. Secondo punto è l'accertamento della valenza causale impeditiva di quella condotta che avrei dovuto tenere.

Questo mi pare quello che io posso ricavare dalla sentenza, ed è un tema che in qualche modo è stato ripreso dalla sentenza di Sandrelli sugli amministratori indipendenti, gli autonomi. Ho anche visto due recentissime sentenze della IV Sezione, in cui chiaramente si dice che per impedire che il 40 cpv. diventi un modo di estensione anomala della responsabilità finale va ribadito il concetto, anche se a me sembra evidente leggendolo, che prima deve essere individuata la condotta doverosa. Va fatta una sorta di *epoché* fenomenologica, sospensione del giudizio; se tu parti guardando l'evento sei condizionato a individuare la condotta doverosa come se fosse impeditiva.

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

No, il mio discorso è questo. Tu parti dall'evento, quello che è successo, e a questo punto il passaggio successivo è vedere se c'è una posizione di garanzia, perché ci deve essere l'obbligo. Il terzo passaggio è vedere qual è la regola cautelare. In base al potere di garanzia e alla regola cautelare, mi ricavo quella che potrebbe essere l'azione impeditiva.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Non sono d'accordo. Sulla base di quello che hai detto tu, sulla posizione di garanzia e gli obblighi che da essa derivano, io ricavo quella che avrebbe dovuto essere nella realtà la condotta doverosa (per esempio l'amministratore esecutivo deve attivare una serie di ulteriori domande per adempiere al suo obbligo di agire informato). Il passaggio ulteriore, ossia quello che permette di asserire che quella condotta doverosa omessa ha il suo deficit, la rilevanza causale, ossia poterle appiccicare la responsabilità per l'evento, implica una seconda domanda: ma quella condotta avrebbe potuto impedire l'evento?

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Io dico, dall'evento, qual è l'azione che l'avrebbe impedito? Una volta individuata tale azione vado a vedere se quest'azione rientra nella posizione di garanzia e nella regola cautelare. Ti semplifica la vita.

FRANCESCO MUCCIARELLI

La semplifichi, ma rischi di inquinare il giudizio.

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Credo che stiamo dicendo la stessa cosa, facendo una distinzione di tempi, quando in realtà il problema è un altro. Il vero pericolo è questo, che l'azione impeditiva forzi i limiti della regola cautelare e forzi i limiti della posizione di garanzia.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Occorre però notare che all'interno della giurisprudenza della Cassazione si evidenziano anche significative variazioni circa la valutazione della rilevanza della forza impeditiva della condotta doverosa omessa. Talvolta, quando è in gioco il bene della vita, viene ritenuto sufficiente a integrare una condotta impeditiva anche un comportamento caratterizzato da un indice di probabilità meno alto rispetto a casi nei quali il bene giuridico è di rango inferiore.

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Siamo d'accordo che nei reati economici non è solo un problema di dolo, di obbligo di impedire l'evento, e l'obbligo di impedire l'evento va ripensato, non basta la semplice causalità. Va ripensata la causalità in relazione a un'azione impeditiva che va ricostruita, e in base a un evento che va ricostruito. È questo il vero futuro del diritto penale economico. Il concetto di bene giuridico entra in crisi e va espunto, non serve a niente; quella che serve è la *ratio iuris*, ci dobbiamo affidare all'art. 12 delle preleggi, non serve qui parlare della trasparenza.

RENATO BRICCHETTI

Adesso parliamo di responsabilità degli amministratori.

Io credo che un po' di cose siano cambiate in questi trent'anni. Negli anni ottanta, quando mi occupavo dell'istruttoria del Banco Ambrosiano, nei consigli di amministrazione delle grandi banche ci si sedeva o perché si avevano tre cognomi che davano

lustro alla banca, o perché si riceveva prestigio dal fatto di far parte del consiglio di amministrazione.

L'unica cosa che non si faceva nel consiglio di amministrazione del Banco Ambrosiano era amministrare. Non c'erano gli azionisti di riferimento, erano società panamensi soprattutto. I segnali di allarme furono teorizzati a quell'epoca; lo ammetto, segnali di allarme e dolo eventuale vennero usati per dare una svolta, per affermare che era una cosa seria stare nei consigli di amministrazione.

Erano altri tempi, e c'erano anche imprenditori che tutto sommato si affacciavano al mondo della finanza ma non ne capivano niente, avevano solo fiuto. Le cose sono un po' cambiate, però io ancora oggi mi chiedo: ma l'amministratore amministra o no? È un organo di gestione o di controllo? Quanto contano le dimensioni aziendali per dare una risposta a questa domanda? Ha potere di azione sulle decisioni aziendali o no? Naturalmente mi riferisco agli amministratori non esecutivi, indipendenti e dipendenti. Mi piacerebbe capire che rapporto c'è, all'interno di un consiglio, tra l'amministratore delegato e gli altri, i flussi informativi, la quantità dei flussi informativi, che cosa fa l'amministratore oggi se capisce di non avere informazioni.

Che cosa è cambiato con la riforma del diritto societario? Ho percepito in alcune sentenze della Cassazione – per gli amministratori non esecutivi – una maggiore attenzione rispetto al passato per il recupero di un'effettività sul piano dell'affermazione di responsabilità, per non contrabbandare il dolo con quelle che sono negligenze, trascuratezze, l'essenza della colpa. Eppure, nonostante tutto, oggi ancora mi chiederei, se fossi un amministratore non esecutivo, che cosa potrei fare per evitare il rischio di responsabilità. E non vorrei che la risposta fosse "non fare l'amministratore", perché questo sarebbe drammatico.

La tavola rotonda di oggi penso che possa partire, anzi debba partire, proprio con l'intervento di Sandrelli, più volte chiamato in causa.

Tavola rotonda

La responsabilità
degli amministratori

GIAN GIACOMO SANDRELLI

Consigliere della Corte di Cassazione

Ringrazio per l'opportunità, l'ospitalità, il bellissimo posto; ringrazio un po' meno il collegato Renato, perché mi ha messo all'interno di una discussione in cui è già stato detto quasi tutto quello che volevo dire, e ora non so più che cosa dire.

È stata citata, e ne sono lusingato, una mia decisione di qualche anno fa, assunta quasi all'unanimità della sezione; questo per dire che non ho grandi meriti. Quello che scrissi allora lo riproporrei anche oggi. Non si deve contrabbandare il dolo con i parametri della colpa; lo dico con parole semplici. Pensandoci un po' meglio si scopre che questa operazione di contrabbando è in realtà mossa da istanze di tipo probatorio. E cioè, abbiamo degli scandali finanziari che sono enormi, dove alla fine della fiera si scopre che vi era evidenza di una realtà, e illustri persone che erano preposte alla salvaguardia dei diritti della comunità non si sono mosse. Si ritiene impossibile che non avessero saputo. O siete poco intelligenti o siete conniventi, concorrenti. E più è l'enormità del pregiudizio, e più è maggiore questa istanza.

Venendo al dunque, in realtà è molto difficile stabilire che quelli sapevano della condotta illecita del vicino di *board*. Allora si era evidenziato questo tramite che è un po' barocco dell'art. 40 cpv., perché io posso dire a questo soggetto "tu conoscevi e, non so se volevi o no, però il risultato è stato quello che è uguale ad avere voluto questo evento". È una semplificazione notevole, perché elimina l'onere della prova della volontà.

Sono persone dall'aspetto rassicurante, sono autorevoli nella società, ed è molto più difficile addebitare a costoro una prava intenzione che la loro faccia non dimostra. Di qui l'utilizzo dell'art. 40 cpv., ma attenzione, è una fattispecie tipicamente oggettiva; in realtà il 40 cpv., se non sbaglio, non fa che coprire il buco relativo al nesso di causalità tra il non fare e l'evento, quindi siamo sul piano oggettivo.

Questa fattispecie è stata apprezzata, manipolata e studiata soprattutto per i riflessi soggettivi. La prova è quella della conoscenza e cioè la premessa del dolo, e questo svela un po' l'artificiosità del tramite scelto che è ragionevolissimo, ma sarebbe più semplice dire "ditemi se sapevo o non sapevo". Ecco l'introduzione del dolo eventuale, di natura giurisprudenziale piuttosto che dottrinale: per la dimostrazione di un fatto positivo – "tu sapevi" – si arriva – "ciononostante hai proseguito" – a un elemento ulteriore di volontarietà. Due soluzioni che giovano, semplificano la prova al giudice per raggiungere quel risultato che al lettore di giornale sembra evidente.

La seconda considerazione, che è la scorciatoia più immediata e apprezzata dai giudici e dalla Suprema Corte, è stata la colpa. Ci troviamo in un capitolo che è prossimo a quello della colpa per quei canoni di artificiosità, e allora è facilissimo dire "se non lo hai saputo allora avresti dovuto saperlo". Questo passaggio dall'indicativo al condizionale viene fatto inconsapevolmente; ecco il substrato di quel mio piccolo provvedimento di allora. Ma trattandosi di reati a sfondo doloso mi sembra non tanto compatibile. Ciononostante ho avuto modo di leggere dei successivi interventi su questo argomento, anche della mia sezione, che ripercorrono un po' questa scorciatoia inammissibile astrattamente. Qual è la cartina di tornasole che ci svela che sotto c'è un profilo sicuramente di colpa? La mancata vigilanza, il mancato controllo.

Si è detto che il nostro è un sistema oramai barocco, fondato molto di più sui controlli che non sulle direttive operative. Più si inseriscono controlli e più ci si stupisce che le cattiverie sono ciononostante commesse. È evidente che il controllo è inefficace. C'è da chiedersi se questa sovrapposizione di controlli non appesantisca i bilanci di questi organismi senza risultato. Ecco anche perché all'amministratore che è già a libro paga della società, quindi non viene a costare di più, si tende ad affibbiare una funzione che per il vero non è proprio la sua, perché l'amministratore come gestore ha una missione propulsiva per realizzare l'oggetto sociale; in questo caso deve fare il controllore di suo fratello – come diceva Caino, "sono custode di mio fratello". Qui di nuovo uti-

lizziamo dei parametri di tipo omissivo che sono ancora più stringenti. Come facciamo a dimostrare che l'amministratore aveva capito e ciononostante è rimasto immobile?

La riforma societaria ha addebitato in questo contesto un elemento pesante, e cioè l'obbligo di un terzo, il presidente del consiglio di amministrazione, di informare i consiglieri, e quindi si dice ancora che c'è un dovere del consigliere, operativo o non, di agire informato. Come faccio a sapere di essere informato? E lì c'è di nuovo una risposta che è una scorciatoia, e viene fuori dall'amministratore formale e dall'amministrazione di fatto: come diceva Renato, "tu non avresti dovuto scegliere quel mestiere perché ti richiede una diligenza compatibile all'incarico. Se ti sei messo in questo ginepraio devi rispondere alle conseguenze".

Ma questo è di nuovo un ragionamento di tipo colposo. Non di tipo volontario. È anche del tutto rudimentale, chiedere all'amministrazione di essere informato. Ecco perché non è poi così sbagliato ricorrere al segnale d'allarme, perché è quel momento più semplice in cui una persona di media diligenza drizza le antenne. Se vedo il mio vicino di *board* dire delle cose che non sono chiarissime e che possono ragionevolmente sottendere qualcosa di losco, allora io ho il dovere di interpellare il presidente del consiglio di amministrazione: se mi dà una risposta esauriente io sono giustificato nella mia omissione.

Il presidente del consiglio di amministrazione appartiene alla società in cui si coltiva il programma criminoso, per cui se si va da lui a chiedere spiegazioni se ne otterranno poche. Vi sono degli ambiti, come quello del bilancio, che non sono delegabili, e quindi è un bel chiedere ma la responsabilità, giuridicamente parlando, resta mia.

Faccio un piccolo passo avanti. L'evento di cui noi parliamo non è sempre un evento futuro e incerto; è una situazione già presente ma non visibile a tutti. Questo è rappresentato, per esempio, dal reato di falso in bilancio, dall'aggiotaggio informativo ecc. Se in un bilancio vi è una voce falsa, io operativo, ma anche non operativo, ho l'obbligo che quella voce sia espunta dallo schema che verrà presentato all'assemblea per proporre l'approvazione. Quindi l'evento falso esiste già, solo che non è percepibile.

Allora il discorso è più esteso; l'evento non necessariamente è illecito, nella bancarotta è un evento di tipo economico che diventa illecito in ragione della situazione della società. Per esempio concedere una fideiussione a una società partecipata è un'operazione fisiologica, non illecita; diventa illecita se quella partecipata non ha soldi, io sarò chiamato a risponderne e poi potrò fallire. Nel 40 cpv. l'evento, e non è precisato, può non essere illecito.

RENATO BRICCHETTI

Mi sembra di capire che già la percezione del reato *in itinere* è un problema serio per l'amministratore non esecutivo, vuoi per la carenza dei flussi informativi, vuoi perché, quand'anche percepisca segnali di sospetto, alla fine deve rivolgersi a chi con quel reato *in itinere* ha qualche cosa a che vedere.

Ammesso che ci sia questa percezione, che cosa si deve fare per spezzare questa catena di responsabilità? Si può fare qualcosa?

Guardiamo questo aspetto oggettivo della catena, professor Lanzi.

ALESSIO LANZI

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

Buongiorno a tutti. Siamo alla seconda passata della tavola rotonda; essendo stato invitato dagli organizzatori per partecipare appunto alla tavola rotonda non ho chiaramente preparato una relazione organica.

Vado a flash. Vorrei fare una premessa. A prescindere dal tema vero e proprio, vorrei fare una considerazione: è verissimo, il falso in bilancio si è appiattito, le responsabilità

del falso in bilancio interessano poco, in realtà il falso in bilancio aveva una sua *ratio* quando è stato appiattito perché era una reazione all'uso e abuso della fattispecie. La frontiera del recupero del falso in bilancio doveva essere, e in parte è, la 231; poi è successo che, con una linea assolutamente incoerente, si sono scoperte delle norme come l'abuso di mercato e le si è portate a dodici anni di reclusione, più della bancarotta, e sono diventate suppletive, surrogatorie del falso in bilancio. Questo però è irrazionale; cercare di costruire una sistematica su queste condotte diventa difficilissimo.

A questo si aggiunga che sono così supervalutate perché determinano anche delle "tranquillità" di competenza territoriale. Nella misura in cui le ipotesi di bancarotta o di falso in bilancio hanno delle connotazioni territoriali ben precise, secondo la giurisprudenza che si sta instaurando in relazione all'aggiotaggio il foro competente è quello della Borsa valori; ci sono dunque anche uffici che funzionano meglio degli altri e che riescono a fare questi processi. È tutto un insieme di situazioni distorte che si accavallano fra di loro e ne viene fuori un risultato difficile da sistematizzare in un concetto razionale.

Scusate per la parentesi; vengo ora al dunque.

Per dare una risposta a quanto il presidente mi chiedeva bisogna fare una premessa; bisognerebbe cercare di uscire, per quanto è possibile, quando siamo fuori dalle aule di tribunale, da alcuni stereotipi cui tutti acriticamente facciamo riferimento ma che in realtà, se andiamo a vedere, sono degli stereotipi di difficile mantenimento. Perché noi tutti diamo per scontate determinate situazioni, determinati concetti che andrebbero invece rivisti dalle fondamenta. L'art. 40 comma 2 non è un reato, è inserito in una norma che come *nomen iuris* dice «rapporto di causalità», quindi è uno schema giuridico unicamente voluto dal legislatore nella prospettiva di disciplinare il rapporto di causalità materiale.

Quando si legge, si parla, si scrive di 40 cpv. in chiave di interpretazione soggettiva, di colpevolezza, probabilmente si sbaglia. Partendo da una premessa sbagliata, chiaramente si arriva a delle soluzioni curiose, controverse. Chi ha letto Antolisei, e penso che

tutti lo abbiamo fatto, trova un'interessante genetica della *ratio* del legislatore nel porre il 40 cpv.: la battaglia di Waterloo. Grouchy, che doveva seguire la cavalleria prussiana e invece non l'ha seguita, si è fatto superare, è arrivata la cavalleria prussiana con Blücher e Napoleone ha perso la battaglia. Se Grouchy avesse fermato la cavalleria prussiana, Napoleone non avrebbe perso a Waterloo. Se tu avessi fatto questa cosa, non sarebbe successo quel fatto: siamo nella causalità pura.

Il 40 cpv. contempla un obbligo impeditivo di qualcosa, e se viene violato questo obbligo impeditivo è come se si fosse causato quel qualcosa. Bisogna però trovare assolutamente l'obbligo impeditivo, e l'obbligo impeditivo in molti settori dell'ordinamento giuridico è assolutamente pacifico: il poliziotto, la nurse, la madre, il bagnino. Per uscire dai luoghi comuni e da quello che si dà per scontato: ma è proprio vero che gli amministratori indipendenti hanno sempre l'obbligo impeditivo in relazione ai delitti compiuti dagli amministratori con delega?

Mi rendo conto di dire delle cose che mai mi sognerei di sostenere in un'aula giudiziaria, e che vanno contro quello che si dà per un assioma assolutamente invincibile, ma facciamo un momento di analisi critica di questi concetti.

L'obbligo normativo nasce perché c'è una legge che lo prevede; questa legge è il codice civile. Tutti tirano fuori come fondamento dell'obbligo giuridico impeditivo il 2381, oggi riformato, e il 2392. Il 2381 riformato recita che devi agire in modo informato; hai l'obbligo di agire in modo informato, non devi impedire nessun delitto. Quest'obbligo fonda il presupposto del 2392, ossia: se sei a conoscenza di fatti pregiudizievoli, se a seguito di un agire informato vieni a conoscenza di fatti pregiudizievoli, se non fai tutto quello che puoi fare per impedirli – non se non li impedisce – rispondi solidalmente con gli amministratori delegati del danno procurato patrimonialmente. Il 2392 fonda un addebito di responsabilità patrimoniale in relazione ai danni che l'atto pregiudizievole comporta nei confronti della società. Di qui, dire sempre e comunque che il 2392 fonda un obbligo giuridico di impedire un delitto commesso da un amministratore delegato, in termini quanto meno concettuali, ce ne corre.

Noi andiamo avanti con delle concezioni assolutamente radicate, con dei dogmi scontati e invincibili, ma se andiamo a vedere le fonti di questi obblighi vediamo che si potrebbe anche ragionare in termini diversi. Da almeno vent'anni viviamo nel mito delle posizioni di garanzia; ci sono determinati settori nei quali vi sono dei paladini del rispetto della legalità: lo Stato abdica, non può e non riesce a intervenire, e allora costituisce garante un certo signore. Sommando quindi il 2392 con questa brama di garanzia viene fuori che il 40 comma 2 del codice penale non è più una norma destinata solo alla causalità, ma diventa una specie di reato, perché addirittura supera il suo momento oggettivo e vale anche per il momento soggettivo della colpevolezza.

Il 40 cpv. è diventato una specie di reato: benissimo, prendiamone atto. Ci sarebbe molto ancora da dire, ma non abbiamo il tempo. Una cosa è sicura: il 40 cpv. in ogni caso attiene unicamente all'individuazione della fattispecie materiale, e quindi deve rifarsi alle regole della causalità perché è in quella sfera che è operante. Bisogna ritenere che l'amministratore non delegato, quello di cui stiamo parlando, abbia effettivamente l'obbligo giuridico di impedire il delitto compiuto da un altro amministratore. La causalità omissiva passa attraverso l'individuazione dell'azione doverosa che si doveva tenere e non è stata tenuta (Grouchy doveva trovare Blücher e non l'ha trovato); secondo passaggio: se avessi tenuto quell'azione che non ho tenuto, e quindi avessi adempiuto il mio obbligo, questo avrebbe determinato – adesso possiamo dire, con probabilità vicino alla certezza, oltre ogni ragionevole dubbio – che quell'evento non si sarebbe verificato.

Veniamo alla condotta impeditiva: dando per scontato, per necessità argomentativa, che io amministratore non delegato ho l'obbligo di impedire il delitto dell'amministratore delegato, dando per scontato che quindi io devo tenere un'azione doverosa in luogo della mia inerzia, è assolutamente indispensabile trovare sul piano delle realtà, e non delle ipotesi, che questa azione sia davvero impeditiva di quel risultato; se si esce da questa seconda parte indispensabile, il 40 cpv. viene svilito completamente. Addirittura è utilizzato in un settore che non è il suo, perché vale per la causalità, qui vale un po' per tutte le responsabilità degli amministratori, ma se gli si toglie il requisito di stretta correlazione

tra condotta impeditiva e impedimento effettivo, il 40 cpv. è utilissimo ma è utilizzato in maniera assolutamente fuorviante rispetto alle sue più elementari prerogative.

Il tema diventa quello del controfattuale. Solo un'analisi che ci dica con probabilità vicina alla certezza, quindi oltre ogni ragionevole dubbio, che se avesse tenuto quella determinata condotta avrebbe ottenuto il risultato di evitare quel delitto, consente di dare ingresso al 40 cpv. in questo settore.

Qualche giurisprudenza finalmente si sta creando; mi inserisco nel trend di considerazioni positive e ricordo un'altra sentenza Sandrelli, meno famosa della prima, del 2008, dove espressamente si dice questo, che è una sorta di *vox clamans in deserto*: «è altrettanto certo che la prova della responsabilità penale deve cadere pure sulla capacità di impedimento del fatto: una volta che il preposto alla posizione di garanzia abbia percepito la provenienza dannosa, diversamente si accollerebbe a costui un dovere connotato da inesigibilità».

Vengo al punto e chiudo. Bisogna vedere effettivamente se questo amministratore non delegato ha il potere impeditivo di quel risultato? Fermo restando che questo dell'accertamento controfattuale, della condotta impeditiva realmente efficace a quel risultato, è un tema che in giurisprudenza, a parte il passo letto, ho trovato in un paio di altre decisioni e non di più; viene assolutamente non considerato nella normalità della prassi di merito. In dottrina viene sottolineato, spesso senza una grande convinzione ed efficacia, ma se si fa una disamina dei poteri effettivi degli amministratori, quindi se si fa una disamina della possibilità, della potenzialità dell'azione impeditiva all'impedimento, si vede che questo amministratore privo di deleghe potrebbe fare le seguenti cose: sollecitare il pubblico ministero ai sensi del 2409, norma peraltro abbastanza svuotata di contenuti; potrebbe darsi da fare per la revoca della delega all'amministratore esecutivo, ma certo non può farlo lui perché deve passare per una decisione del consiglio, deve coinvolgere altre persone, deve basarsi sull'attività di terzi; potrebbe operare quella che si chiama competenza concorrente, ossia dare impulso ai sensi del 2381 comma 3 all'avocazione delle attività delegate, ma non può farlo lui, deve chie-

derlo; potrebbe impugnare la delibera, certo bisognerebbe vederne l'esito e in ogni caso tutto si riduce a quelle condotte delittuose inerenti all'esecuzione di una delibera, non ad altre condotte delittuose che bypassano le delibere del consiglio.

Ma perché ci sia il 40 cpv. si deve poter dire che avrebbe oltre ogni ragionevole dubbio evitato quel risultato, e allora si va davvero nel campo dell'ipotesi, perché concretamente l'attività dell'amministratore senza deleghe difficilmente, da un punto di vista dell'effettiva considerazione della situazione, può evitare il delitto programmato da tempo.

A questo punto si continua peraltro a insistere sul fronte del 40 cpv. completamente obliterando le tematiche della condotta impeditiva e della sua efficacia, fino ad arrivare a una candida e disarmante argomentazione, recentemente percorsa da un tribunale di merito di cui non faccio il nome, in un'importante vicenda finanziaria che alla fine, avendo capito che andando a finire nel 40 cpv. ci si impastoiava in situazioni giuridiche che o si bypassano direttamente violando i criteri, o non trovano nessun risultato, ha virato verso la condotta attiva degli amministratori. Con la condotta attiva si superano tanti concetti relativi alla condotta omissiva, ancorché poi di fatto dobbiamo decidere se il semplice partecipare a un consiglio è condotta attiva penalmente rilevante. Se si vuole evitare di abusare del 40 cpv. bisognerebbe in realtà ipotizzare una penalizzazione della semplice adesione morale al delitto. Ma penso che questo non sia certo auspicabile.

RENATO BRICCHETTI

A parte questi ultimi interrogativi, sui quali si tornerà sicuramente, alcuni passaggi chiari.

Tra doveri e poteri ci deve essere una perfetta simmetria; non si può pensare di adempiere un dovere con poteri che non si hanno. In più, rigore nell'accertamento del rapporto di causalità che ha alla base il giudizio controfattuale.

Vi avevo detto prima che sicuramente saremmo tornati sul dolo eventuale, sulla scorciatoia di cui ha parlato il consigliere Iacoviello. È il momento adesso del professor Mucciarelli con il dolo di partecipazione, perché qui effettivamente siamo il più delle volte di fronte a reati commessi in concorso dagli amministratori non esecutivi, in concorso appunto con l'amministratore delegato, con l'amministratore esecutivo.

Abbiamo chiesto al professor Mucciarelli di parlare del dolo di partecipazione anche con riguardo all'*extraneus*, perché so che è un tema che sta a cuore anche a Sandrelli.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Ho qui un documento che posso esibire, pochi appunti diligenti me li ero preparati sul tema; in realtà quello che è stato detto mi spinge a fare qualche riflessione che sarà comunque sulla questione.

Ciò di cui abbiamo finora discusso, mi è parso avesse una preconditione non detta: abbiamo tutti parlato dell'amministratore non esecutivo, e forse anche dell'*extraneus*, che viene chiamato a rispondere di un reato proprio, che può essere una bancarotta fraudolenta patrimoniale; anche questo forse si è dato per scontato.

Le cose cambiano a seconda di quello che è il fatto contestato. Un conto è ragionare in termini di dolo del concorrente se il reato è una bancarotta fraudolenta patrimoniale, un altro se è una bancarotta semplice, un altro ancora se è una manipolazione informativa perché abbiamo fatto un comunicato falso.

Secondo me le cose cambiano, a seconda se abbiamo di fronte questi tre fatti; e uso il termine "fatti" per tenerli distinti dalla fattispecie astratta. E cambia anche se la mia posizione è quella di essere un amministratore non esecutivo, o se sono un advisor finanziario.

A me sembra che la questione non sia che io debba mettermi qui a raccontarvi che cosa contengono l'art. 110 e dintorni del codice penale, e quello che ha scritto la dot-

trina giurisprudenza in questione. Quello che a me colpisce è l'uso che viene fatto del tema del dolo eventuale.

Ho la tendenza a cercare di semplificare le cose. Mi sembra che un primo passaggio cruciale possa essere detto così: il dolo, per quello che ho capito io, è composto di due momenti, uno cosiddetto intellettuale e uno volitivo. Sul momento intellettuale del dolo, io credo che il dolo lo chiamiamo intenzionale, eventuale, diretto, ma il momento intellettuale non può non fondarsi sulla conoscenza, non sulla conoscibilità; il dolo, proprio perché è un giudizio in termini di effettività psicologica, perché è l'adesione del soggetto al fatto, non può vivere su una conoscibilità, cioè su una congettura, ma devo rappresentarmelo, il fatto, per volerlo. Questo, secondo me, segna un primo punto non eludibile, il dolo eventuale, ed eventuale rappresenta il momento volitivo, non quello conoscitivo del dolo. Accetto di votare quel bilancio perché stimo che i vantaggi che mi vengono dal non avere grane, dal continuare a stare in quel consiglio di amministrazione che mi dà lustro, sono maggiori della contropinta che io dovrei avere dal fatto che commetterò un reato.

In realtà, il problema del dolo eventuale emerge per una questione puntualmente colta prima dal professor Giunta e poi dal consigliere Iacoviello, e cioè: siamo di fronte al problema del dubbio. Lo stato di incertezza è il punto centrale; che poi lo si chiami dolo eventuale è solo una questione di etichette che poco interessa. Qual è il tema? Il tema è che io sono in uno stato di incertezza (e in questo senso potremmo recuperare i segnali di allarme, che in modo ambiguo giocano però sulla colpa e non certo sulla conoscenza) circa la correttezza del bilancio, di quelle informazioni che vado a inserire nel comunicato che verrà reso pubblico al mercato. E questa è la prima cosa che ti insegnano a lezione di diritto penale: tu sei un cacciatore e dietro quel cespuglio senti dei rumori, incerto sul fatto che sia un cinghiale o un cristiano; se spari, in questo stato di incertezza, ti dicono che è omicidio volontario (se dietro c'è un cristiano). In quella situazione di incertezza devi fuggire la tua situazione di dubbio. Una volta fuggata positivamente, stabilito cioè che dietro al cespuglio ci sia un cinghiale, puoi sparare pure; se poi dietro c'è un cristiano

si tratterà di stabilire se c'è un residuo di colpa, di negligenza, nel tuo accertamento. A quel punto, visto che c'è la fattispecie colposa nell'omicidio risponderai di omicidio. Questo è il cuore del problema dal punto di vista teorico.

Il vero problema è quello successivo: attraverso quali criteri in fatto noi accertiamo questa situazione. Quali sono le regole probatorie? Come faccio a dire che il cacciatore si è positivamente liberato dalla sua situazione di dubbio, per cui posso dire che quando ha sparato (ha varato quel bilancio nel consiglio di amministrazione) era sicuro che dietro ci fosse un cinghiale? È qui che avvengono le semplificazioni probatorie.

Io credo che le cose stiano in maniera abbastanza semplice; il problema è la loro ricaduta nel processo, come si accertano questi passaggi. C'è una sentenza di Sandrelli in cui enumera con acribia tutta una serie di elementi che il giudice del merito, che il pubblico ministero avevano ripreso – se non ricordo male quella sentenza era nata dal ricorso di un pubblico ministero. Uno degli elementi era che un consigliere di amministrazione non esecutivo era amico dell'amministratore esecutivo; è una questione di valutazione degli elementi probatori, è quello che decide in questo settore.

In più, non bisognerebbe dimenticare che in questa materia, una delle questioni più delicate è tener conto di una regola generale di giudizio, quella dell'oltre ogni ragionevole dubbio, più volte citata questa mattina. Quel canone, secondo me, va letto in relazione anche all'art. 192, così come citato da Iacoviello; non può diventare una truffa delle etichette. Se io dico che questa affermazione mi ha convinto oltre ogni ragionevole dubbio, ho usato un modo formale, vuol dire avere un dubbio di cui io posso criticare la ragionevolezza, ed è lo stesso criterio che noi dovremmo usare nei confronti del nostro amministratore non esecutivo quando è di fronte alla situazione dubbia rispetto alla quale lui deve superare quel dubbio. Non è che ci possiamo nascondere dietro a un dito, c'è anche qualcuno che ha capito come vanno le cose e che si astiene, inizia a non partecipare ai consigli di amministrazione. Sono valutazioni piuttosto delicate, ma che riposano soprattutto sulla grammatica della prova, sul modo in cui gli accertamenti vengono condotti.

GIAN GIACOMO SANDRELLI

La domanda che viene fuori dalle acute obiezioni del consigliere Iacoviello è questa: ammesso di aver raggiunto la prova dell'idoneità dell'azione impeditiva, ammessa la conoscenza dei segnali di allarme ecc., qual è la regola che definisce l'azione impeditiva?

Faccio l'esempio che ha fatto Iacoviello: vengo a sapere da un amministratore di una realtà sconvolgente della società, mi rappresento che questo amministratore pervicacemente continuerà a comunicare al mercato clamorose balle sulla solidità di questa società che io ho saputo essere in dissesto, ma radicalmente, dice Iacoviello, "non puoi obbligare come azione impeditiva a sparargli". È vero, ma io volevo sapere se nell'art. 40 è previsto che l'azione impeditiva debba essere quella propria del bagaglio dei poteri di questo soggetto, o non possa essere un'azione libera.

Faccio l'esempio: mettiamo il caso che io avessi comunicato al collegio sindacale questa situazione o, ancora di più, avessi portato questa notizia al tribunale fallimentare perché si trovava in una situazione di 2447 con immediato obbligo di interrompere qualsiasi attività; poi discutiamo se questo sia idoneo o no. Ma era ascrivibile al soggetto che ha saputo questa sconvolgente notizia di darsi da fare in questo senso, o aveva soltanto l'obbligo di convocare il consiglio di amministrazione, di impugnare le delibere assembleari? Questa è la mia domanda. Devo dire che la Cassazione civile sul punto dice che la reazione, l'ostacolo, deve essere idoneo nelle possibilità dell'amministratore, non in un prefigurato ambito di leve ostative. Credo che la risposta sia poi di rilievo pratico.

E ora torniamo alla bancarotta. Mi fa un po' ridere, come giustamente è stato detto, che a fronte del dolo eventuale vi è sempre una sponda colposa che per il pubblico ministero è di più agevole dimostrazione; nella bancarotta esiste una fattispecie di bancarotta semplice impropria, in cui si dice che risponde l'amministratore o il sindaco se ha concorso ad aggravare il dissesto violando le norme che regolano i suoi compiti. Questa è una fattispecie sicuramente colposa, perché incastonata nel reato di bancarot-

ta semplice, e quindi, secondo la giurisprudenza, sanzionabile anche a titolo di colpa. La violazione degli obblighi incombenti all'amministratore è prova agevole se si dà la prova che c'è stata questa violazione. Questo lo dico per sottolineare questa curiosa pigrizia inventiva da parte dei pubblici ministeri.

Sempre sulla bancarotta, c'è un problema grosso che io avverto quasi quotidianamente. Si addebitano spesso all'amministratore delle scelte di gestione che attengono all'opportunità, quando queste scelte hanno condotto al fallimento, si sono rivelate una perdita. È mestiere dell'amministratore rischiare. In regime fascista, quando vennero fatte queste disposizioni, era addirittura ossessivo il timore che il giudice mettesse becco nelle scelte di gestione. Nella bancarotta, che è un'area libera perché molte cose sono cadute, si ascrive (parlo delle operazioni colpose ma anche del fallimento *tout court* per distrazione) a condotta dolosa quella che si è rivelata perdente, quella speculazione eccessivamente rischiosa, ma non si prova il tornaconto di un altro, si prova spessissimo la mera rischiosità e quindi la violazione ai doveri di prudenza. Segnalo questo, per chi è più esperto di me in dottrina e giurisprudenza, per un richiamo alla distinzione delle competenze giudiziali, perché nella valutazione delle condotte di gestione potrebbe essere utile.

FAUSTO GIUNTA

Intervengo anch'io sull'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p. nel campo economico perché è il tema che è stato maggiormente dibattuto in questa tavola rotonda. Chi ci ascolta potrebbe chiedersi il perché di tanta attenzione. La ragione è semplice: nonostante l'elevato numero dei reati economici esistenti, la giurisprudenza non disdegna di affermare la responsabilità di sindaci e amministratori ricorrendo a una norma di parte generale – per l'appunto l'art. 40, comma 2, c.p. – chiamata a operare in combinato disposto con fattispecie incriminatrici anche non economiche.

Francesco Iacoviello ha osservato correttamente che il diritto penale dell'economia si sta coagulando oggi intorno alla figura del reato omissivo, con svalutazione delle condotte commissive tipizzate da una grande quantità di reati economici. Tutto ciò, però, avviene in modo assai problematico. L'art. 40, comma 2, c.p., infatti, è una norma eccezionale. Essa, pertanto, non può operare come una nuova regola. Inoltre, l'art. 40, comma 2, c.p. è una norma penale in bianco, che ricava le posizioni d'obbligo dalla legge extrapenale. Ora, non si devono confondere tra loro gli obblighi di attivazione, inidonei a fare sorgere una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, e gli autentici obblighi di impedimento, i soli compatibili con lo schema causalistico di cui all'art. 40, comma 2, c.p. Gli obblighi di quest'ultimo tipo sono molto rari. Si pensi all'art. 2409-*terdecies* lett. a) c.c.: nelle società che adottano il sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza può revocare i componenti del consiglio di gestione. Questo è un potere di blocco. La sua mancata attivazione può dare luogo a una responsabilità per omesso impedimento dell'evento. Se si vuole potenziare questo tipo di tutela, bisogna creare nuovi e univoci poteri impeditivi. Ma questo è compito dell'ordinamento, non del giudice.

ALESSIO LANZI

Per completezza vorrei provare a dare una risposta alla domanda posta dal consigliere Sandrelli. Premesso che condivido pienamente quello che ha detto Giunta.

La risposta è già in nuce insita in quello che ha detto Giunta, e credo che non possa prescindere dalla disamina normativa. Il 40 cpv., con tutte le sue lacune, i suoi problemi e via dicendo, è su una cosa assolutamente preciso: l'obbligo giuridico. Abbiamo visto come possa essere di attivazione o di impedimento. L'obbligo giuridico è quello posto dal 2392, e prevede la responsabilità solidale in sede civile e patrimoniale del non delegato se, essendo consapevole del pregiudizio, non ha fatto quanto poteva per impedire

l'evento. Io credo che "non ha fatto quanto poteva" – nella misura in cui si tratti di reati propri di una disciplina civilistica ben precisa, mirata e orientata sugli amministratori, in un tema circoscritto della società da parte di determinati soggetti qualificati – significhi "quanto poteva sulla base delle prerogative connesse alla carica". In una prospettiva di ossequio a una riserva assoluta di legge e alla piena e ampia legalità, riterrei che i poteri impeditivi siano solo quelli che esistono in capo all'amministratore sulla base della carica rivestita.

RENATO BRICCHETTI

Volevo invitare il dottor Dario Radaelli, che mi ha chiesto se poteva fare non ho capito se un intervento o una domanda, a salire sul palco. Se è una domanda non assicuriamo di riuscire a risponderle.

DARIO RADAELLI

La mia è una vicenda reale; non faccio nomi per evidenti motivi.

Abbiamo sentito parlare di responsabilità omissiva, in particolare per quanto riguarda il comportamento degli amministratori molto teoricamente indipendenti. Il caso è questo: siamo in un'assemblea di una società quotata e io faccio un intervento come delegato di un azionista, e dico: "Signor presidente, mi pare evidente che ci sia un patto di sindacato occulto tra i due soci di riferimento della società, basandomi su una serie di documentazioni. A parte che l'uno ha presentato la lista in consiglio di amministrazione mettendo i dirigenti dell'altro, cominciamo da lì. In Lussemburgo ci sono tutti gli inciuci possibili nelle catene di controllo a monte di entrambe le società. All'estero – una delle due società è estera – la società estera è quella che dà gli appalti alla

controllata italiana di quella società: se non è un patto di sindacato occulto questo... Signor presidente, io le chiedo, *ex art. 122 Testo Unico della finanza*, accertando che ci sia un patto di sindacato non dichiarato, lei come *art. 2371* ha il potere di dire ai soci qui presenti se dà il diritto di voto o meno. Le chiedo di non conferire il potere di voto ai soci paciscenti occulti. Se non lo fa lei rischia che si realizzi l'*art. 2636 codice civile*, cioè l'illecita influenza sull'assemblea, perché lei concede il diritto di voto a persone che già da sole detengono la maggioranza rispetto ai presenti".

Non posso credere, per una serie di ragioni, che il collegio sindacale non lo sapesse. Nessuno ha battuto ciglio. Allora mi domando: posto che sia vero il mio assunto che ci sia un sindacato occulto, i consiglieri non potevano non sapere; io ho fornito la documentazione ed esposto in assemblea il caso, non stiamo parlando di delibere di consiglio ordinarie. Io faccio anche il sindaco nella mia vita professionale; se fosse capitato a me avrei chiesto maggiori spiegazioni, avrei sospeso l'assemblea e verificato. Diamo per un secondo per scontato che sia vero il fatto: fino a che punto si può parlare di responsabilità omissiva degli amministratori e in particolare dei sindaci?

Grazie.

RENATO BRICCHETTI

A parte che qui ci vorrebbe un giurista, il problema è che lei ha proposto un caso concreto; a me creerebbe un po' di imbarazzo dare questo tipo di risposta; io non so niente ma può essere che in questa platea ci sia qualcuno che sa qualcosa.

Quindi esprimermi nella mia posizione non ritengo sia il caso; non so gli altri partecipanti che cosa vogliano fare. L'unica cosa che possiamo dirle è che se siamo qui a parlare di amministratori e di responsabilità degli amministratori, è perché evidentemente succedono cose di questo tipo, altrimenti non saremmo qui.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Siccome per mia fortuna non faccio il giudice – che stimo come uno dei mestieri più difficili al mondo – quello che lei ha detto è sicuramente molto interessante, però sconta un problema di fatto.

Lei dice di essere andato lì convinto che la società abbia fatto tutte quelle cose; ovviamente ognuno pensa di documentarsi al meglio. Quello che farei io è assolutamente irrilevante; quello che secondo me si dovrebbe fare è valutare innanzitutto la fondatezza di quello che viene detto in assemblea, con tutte le conseguenze del caso. Mi sembra molto semplice. Che ci sia una responsabilità nel non fare nulla dipende, perché lei ha citato il 2636, se io non ricordo male. Però ci vorrebbe oltre che un giurista anche un codice; mi pare che la forma 2636 indichi delle modalità della condotta che non sono la semplice omissione, l'influenza indebita. L'articolo recita: «chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

Se vuole avere la mia opinione, il fatto di non dare corso a una richiesta non è di per sé un 2636; occorre un altro simulato fraudolento. Poi può dirmi che il sistema tutela poco questo tipo di situazioni.

RENATO BRICCHETTI

Il sistema dei reati societari dal 2002 è sostanzialmente scomparso; lo abbiamo detto in apertura di lavori. Già prima era debole e ruotava intorno a una figura; dopo la riforma si è registrato questo affastellamento di elementi del fatto tipico.

Abbiamo finito puntualmente all'una. Vi ringrazio per la pazienza di averci ascoltato. L'appuntamento penso che sarà di questi tempi l'anno prossimo, e mi piacerebbe che nello spazio aperto sul sito si cominciasse a ragionare in modo che il comitato promo-

tore di quest'iniziativa possa cominciare a scambiarsi qualche mail, per iniziare con il tempo a costruire quelli che saranno i temi della seconda edizione della Giornata del diritto penale dell'economia.

Grazie.

STEFANO PREDÀ

Ordinario di Istituzioni e mercati finanziari nel Politecnico di Milano

La responsabilità degli amministratori. Normativa, *governance* ed esperienza a confronto

1. *Premessa e finalità.* In questo scritto desidero mettere a confronto il sistema di governo societario previsto dal codice civile e dalle prescrizioni di autoregolamentazione definite dal codice di *corporate governance* con l'esperienza concreta dei consigli di amministrazione delle società quotate, per definire un modello di gestione delle responsabilità individuali di un consigliere non esecutivo che sia rispettoso delle normative, ma nel contempo disegnato per tener conto delle complessità gestionali di società non di ridotte dimensioni.

Sia la revisione del diritto societario del 2004 sia il codice di autodisciplina, fin dalla sua prima edizione, hanno posto l'accento in modo crescente sui processi e in modo sempre decrescente sulle singole operazioni.

Si riconosce così che la responsabilità di un consiglio di amministrazione e dei singoli amministratori, a cui non è dato un potere di intervento diretto sulla gestione, non può, soprattutto al crescere delle dimensioni e della complessità aziendale, identificarsi con il controllo diretto delle singole operazioni. L'enfasi si trasferisce sulla definizione dei sistemi organizzativi e di controllo adeguati da parte degli organi delegati e sull'at-

tenzione posta dal consiglio nel suo complesso sulla verifica dell'adeguatezza di tali sistemi e controlli.

L'esperienza concreta nel mondo dei consigli di amministrazione delle società quotate costringe tuttavia a riflettere sulle modalità concrete con cui questi doveri possano rappresentarsi nel mondo reale.

Il punto di vista che vorrei portare nel seguito è quello dell'economista aziendale che, consapevole della necessità del rispetto di tutte le normative di tipo primario, secondario e di autoregolamentazione, si interroga sulla modalità migliore, nell'interesse collettivo, dell'organizzazione di tali compiti. Contestualmente ci si deve interrogare sulla responsabilità che effettivamente si può addossare al singolo amministratore non delegato e cercare una lettura comparata delle responsabilità previste dal codice civile e di quelle derivanti dalla posizione dell'economista aziendale che, per definizione, ritiene che si debba cercare sempre di massimizzare il valore dell'azienda amministrata.

Alcune riflessioni riportate sono il frutto dell'esperienza diretta come amministratore di società quotate soprattutto nella funzione di amministratore indipendente e quindi non delegato, nonché della rilevazione della realtà effettiva delle società quotate nella Borsa italiana.

2. *Il sistema di governo societario disegnato dal codice civile.* La struttura organizzativa e il processo decisionale del consiglio di amministrazione previsti dal codice civile sono ovviamente i capisaldi di una sana *corporate governance*. Essi si riassumono nelle grandi linee:

- nella centralità del consiglio di amministrazione cui competono collegialmente l'indirizzo della supervisione strategica e di gestione e la supervisione del sistema dei controlli;
- nella possibilità di deleghe prevista dal codice, ma con obbligo di relazione periodica, e di implementazione delle delibere del consiglio di amministrazione;
- nella responsabilità degli amministratori delegati di assicurare un adeguato assetto organizzativo e amministrativo, che si accompagna alla responsabilità del consiglio di amministrazione di valutarlo e validarlo con continuità;

- nell'enfasi sulla necessità di circolazione delle informazioni verso il consiglio di amministrazione, per permettere agli amministratori di agire in modo informato, che trasferisce una responsabilità significativa sul presidente del consiglio di amministrazione, che assume un ruolo chiave sia nel definire delle tematiche da discutere nei consigli sia nell'assicurare la circolazione dei documenti e delle informazioni.

Infine, particolare attenzione deve essere prestata dagli organi alle operazioni caratterizzate da interessi – una volta si sarebbe detto interessi di conflitto – o alle operazioni con parti correlate, che in realtà rappresentano da sempre la tematica più rilevante delle operazioni in conflitto di interessi.

3. *I principi di corporate governance e l'autodisciplina.* I principi di *corporate governance* percepiscono ovviamente le indicazioni normative ma ne aggiungono altre, appropriandosi dello spazio di autoregolamentazione che i principi stessi richiedono. In questo senso il contributo rilevante della *corporate governance* si ritrova essenzialmente in due tematiche: l'enfasi sull'orientamento alle responsabilità strategiche e la volontà di definizione di *best practices* organizzative. In Italia, come è noto, le linee della *corporate governance* per le società quotate si trovano nel codice di autodisciplina della Borsa italiana.

Le architravi che guidano la struttura del codice di *corporate governance* sono le seguenti:

- la composizione del consiglio di amministrazione, che deve riflettere la presenza di professionalità e di competenze differenziate;
- l'autovalutazione periodica da parte del consiglio stesso della sua adeguatezza e del suo funzionamento;
- l'enfasi sul mantenimento della centralità decisionale del consiglio e sulle modalità organizzative e di delega più opportune per esercitarla;
- la separazione dei ruoli di presidente e di amministratore delegato per assicurare la necessaria dialettica;

- il ruolo chiave dei consiglieri indipendenti per le attività di controllo e a rischio di conflitto di interessi;
- l'articolazione del consiglio in comitati, fra cui emerge per importanza il comitato di controllo interno;
- la concentrazione sui rischi d'impresa e sulla responsabilità del consiglio di amministrazione di valutarli, misurarli e minimizzarli;
- la proceduralizzazione e la documentazione dei processi;
- l'efficacia del sistema informativo, in particolare del controllo di gestione;
- l'importanza e l'efficacia del sistema dei controlli;
- la gestione di un sistema retributivo, capace di coniugare incentivazione e controllo dei rischi.

4. *La funzione obiettivo di un amministratore di società: il punto di vista di un economista aziendale.* Qualche elemento di esperienza. Dal punto di vista dell'economista aziendale le responsabilità strategiche di un amministratore sono molto ben definite.

Esse si concretano nella massimizzazione del valore dell'impresa gestita, assicurando però contemporaneamente l'integrità degli interessi di tutti gli *stakeholders*. Si accompagna a ciò la definizione degli obiettivi strategici e degli indirizzi gestionali opportuni per raggiungerli e la valutazione, assolutamente essenziale, del grado di rischio sopportabile dall'impresa e adeguato alle attività aziendali (che per definizione sono attività imprenditoriali e quindi rischiose).

Ricordiamo che il valore di un'azienda è definito dalla somma dei flussi di cassa futuri attualizzati a un tasso che tiene conto della somma del tasso di interesse per investimenti privi di rischio e di un premio per il rischio specifico della società. Da ciò deriva che il tema della valutazione, dell'assunzione e della gestione dei rischi, non dell'azzeramento, è basilare per un'efficace gestione. Come direbbero gli anglosassoni, *no free lunch* (non esistono pasti gratuiti). Di conseguenza solo l'assunzione di rischi porta la possibilità di ottenere rendimenti aggiuntivi rispetto al tasso privo di rischio.

La responsabilità dell'amministratore non si può estendere a un obbligo di successo. La sanzione per l'insuccesso è di mercato e reputazionale. Non può essere legale. Appare quindi molto opportuno il superamento, nel nuovo codice di diritto societario, del concetto di diligenza del buon padre di famiglia. La diligenza dell'amministratore non ha nulla in verità a che fare con quella, orientata alla prudenza, del buon padre di famiglia, ma al contrario deve essere orientata all'assunzione di rischi, che sono l'essenza dell'attività imprenditoriale.

Tuttavia le scelte imprenditoriali, che competono agli amministratori di società, non possono e non devono essere avventate e tantomeno colpevoli. Gli amministratori, nella loro attività, devono sempre tenere presente l'esistenza di quello che viene definito *duty of care*, che si concreta nella consapevolezza che devono essere considerati solo rischi che siano misurabili e soprattutto consapevolmente assunti.

Il *duty of care*, che naturalmente non implica una responsabilità di successo, si basa sul pilastro dell'agire informato. L'esperienza suggerisce tuttavia alcuni limiti empirici. Il primo consiste nel fatto che, soprattutto al crescere delle dimensioni aziendali e della complessità e del numero di operazioni, diventa tenue il legame fra responsabilità individuale, in particolare per i non delegati, e singole operazioni. Naturalmente fanno eccezione le operazioni di grande rilevanza che, anche per modalità organizzative tipiche di tutte le imprese, vengono portate all'attenzione del consiglio di amministrazione.

Non è nemmeno opportuna, né possibile in molti casi, una sovrapposizione decisionale fra deleganti e delegati. D'altronde l'estensione delle deleghe non può essere così limitata da condizionare la fluidità operativa. La separazione fra ruoli di delegati, che hanno responsabilità gestionali, e di deleganti, che non hanno capacità né opportunità di intervenire nella gestione aziendale, deve essere mantenuta ben chiara. Gli amministratori, peraltro, non sono un organo di controllo, ma di indirizzo strategico e di gestione. Ciò implica che essi operano quasi sempre in tempo reale e in prima persona, sia pure collegialmente.

Nel concreto ciò si traduce nel fatto che essi sono in generale chiamati a decisioni basate su documentazione e non su conoscenza diretta dei fatti, da assumere spesso in condizioni di urgenza, che implicano rischi e che richiedono anche professionalità specifiche. La normalità dei tempi delle gestioni aziendali fa sì che difficilmente si possa ricorrere a rinvii delle decisioni al fine di approfondire successivamente alcuni aspetti delle decisioni da assumere.

In conclusione, l'esperienza suggerisce che non sia possibile l'esercizio di un'azione diretta sulle operazioni aziendali da parte degli amministratori non delegati.

Malgrado ciò, non si attenua l'obbligo di agire informati e di valutare i rischi delle decisioni assunte e della gestione aziendale nel suo complesso.

Nemmeno bisogna dimenticare che gli amministratori sono nominati proprio per determinare e indirizzare i risultati aziendali e che quindi da questa responsabilità non possono fuggire.

5. *Responsabilità: un ponte fra normativa e operatività.* La riflessione possibile si sposta quindi sulla possibilità di coniugare la responsabilità legale, intrinseca alla carica di amministratore in base alle norme di legge e di autoregolamentazione, con l'esperienza che in molti casi nega la possibilità di una gestione e di un controllo diretti delle operazioni da parte degli amministratori non delegati.

La soluzione a questo dilemma mi pare si possa trovare spostando il focus

- dalle operazioni ai processi: si tratta di prendere atto della concreta impossibilità da parte dell'amministratore privo di deleghe di esercitare un controllo sulle singole operazioni, e di concentrarsi invece sul dovere di avere una capacità di valutazione e di controllo sui processi aziendali, cioè sull'insieme coordinato di operazioni che si esprimono anche nei valori recepiti nel bilancio aziendale;
- dall'empirismo alle procedure: si tratta quindi della necessità, anzi dell'obbligo, di non procedere attraverso la valutazione empirica di singole situazioni e di singole operazioni, ma di accertarsi che esistano adeguate procedure capaci di gestire e di

controllare i processi aziendali in modo affidabile ed efficiente. Tali procedure contribuiranno a produrre e a rappresentare al consiglio di amministrazione le operazioni svolte e i processi aziendali in modo da garantire trasparenza e completezza;

- dalle informazioni ai sistemi informativi: in aziende la cui complessità non sia proprio elementare, è assolutamente necessario un sistema informativo organizzato ed efficiente che sia capace di produrre informazioni rilevanti per concentrare l'attenzione degli amministratori sul set di informazioni organizzate prodotto dai sistemi informativi;
- dall'impegno individuale al sistema dei controlli: anche qui l'esperienza dimostra che l'impegno individuale non può essere sufficiente per la ricerca delle informazioni rilevanti per essere certi al massimo grado possibile che la gestione aziendale sia adeguatamente sotto controllo. Un efficiente sistema di controlli deve essere progettato in modo adeguato ed essere dotato di risorse finanziarie e umane sufficienti perché sia sempre in condizione di produrre i risultati desiderati.

A mio avviso, la responsabilità degli amministratori può essere individuata e valutata, anche in situazioni di stress aziendale quando diventa davvero rilevante, innanzitutto dal fatto che abbiano istituito e gestito correttamente una struttura organizzativa e di *governance*, che presidi efficienza, efficacia e correttezza gestionali secondo le linee esposte in precedenza. Nessuna struttura funziona correttamente se non si è istituito anche un sistema informativo adeguato e un sistema di controllo interno efficace. Ne consegue che gli amministratori possono, una volta istituiti con successo, efficienza ed efficacia i sistemi sopra citati, esercitare il loro dovere decisionale sull'output informativo di tali sistemi. Naturalmente lo devono fare con tempestività e professionalità ed evitando comportamenti dolosi o fraudolenti.

6. *Il sistema informativo: criteri progettuali e procedurali. Cenni.* L'importanza del sistema informativo ai fini di una corretta gestione aziendale, e quindi anche di un corretto esercizio dei doveri degli amministratori, induce a qualche cenno di approfondimento sulle modalità di progettazione più opportune di un sistema informativo efficiente.

L'affidabilità, la completezza e l'efficacia funzionale dei sistemi informativi costituiscono infatti elementi fondamentali per una sana gestione.

I sistemi informativi devono assicurare a tutti i livelli di responsabilità aziendale un flusso informativo che consenta di guidare consapevolmente l'azienda e di adempiere agli obblighi normativi e dei regolamenti interni.

I flussi devono essere tempestivi, selettivi e rilevanti. Dati amministrativi, contabili, di controllo di gestione, di marketing e di rischio sono essenziali tutti insieme per una corretta gestione. Naturalmente questi dati possono essere prodotti e resi davvero utili alla comprensione del consiglio di amministrazione solo se prodotti attraverso procedure *ad hoc*.

Una volta prodotti i dati, adeguati controlli devono validare nel continuo l'affidabilità delle procedure e dei processi.

L'utilizzo delle *information technologies* (IT) permette ormai il trattamento di enormi quantità di informazioni, ma bisogna ricordare che ciò comporta anche rischi operativi, che a loro volta devono essere gestiti.

La società deve avere il know-how, il sistema di controlli e l'organizzazione idonei a garantire l'affidabilità e la protezione delle proprie basi dati. A tal fine devono essere elaborate adeguate strategie, approvate dal consiglio di amministrazione. Devono esistere procedure per l'uso dell'hardware, del software e dell'eventuale outsourcing. Gli ambienti di sviluppo e di produzione del software devono rimanere separati. Gli accessi devono essere adeguatamente controllati e vi devono essere piani di *disaster recovery* formalizzati e testati.

7. *Il sistema dei controlli interni e di gestione e controllo dei rischi.* Se un consiglio di amministrazione deve assumere consapevolmente rischi per ottimizzare la profittabilità, esso deve anche dotare l'azienda di un sistema di controlli interni per l'identificazione, la mappatura, la misurazione, il controllo e la gestione dei rischi stessi.

Il sistema dei controlli interni è costituito da regole, procedure e strutture organizzative che mirano a conseguire efficacia ed efficienza dei processi aziendali, sal-

vanguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite potenziali, affidabilità e integrità delle informazioni amministrative e conformità delle operazioni alle norme, ai regolamenti e alle procedure, cioè adeguata *compliance*.

Tale sistema deve essere anche periodicamente rivalutato.

I rischi sono di molteplici tipologie e possono essere connessi alla realizzazione dei risultati (ad esempio, fattori esterni, finanza, risorse umane, processi informativi ecc.), ad attività operative o alla *compliance*.

Tali rischi devono essere misurati in termini di potenziale impatto sui risultati economico-patrimoniali. L'elaborazione di una procedura e di un sistema di misurazione adeguati in molte società è ancora embrionale, ma si capisce bene che non possa esistere un adeguato sistema di controlli interni se a monte non c'è una procedura formalizzata di pianificazione delle attività aziendali.

Occorre che il consiglio di amministrazione elabori anche una strategia per la gestione dei rischi che comunque si verificano. L'esistenza di procedure formalizzate è opportuna perché tende a creare capacità di reazione e di minimizzazione dei rischi stessi.

Si tratta quindi di individuare una strategia e una politica di gestione del rischio. Il consiglio di amministrazione deve approvare le modalità di rilevazione e di valutazione dei rischi, che rimangono naturalmente nella responsabilità organizzativa dell'amministratore delegato, e deve assegnare compiti in modo chiaro alle strutture interne ed esterne.

Verificare l'assetto e l'autonomia delle funzioni di controllo non è soltanto un obbligo, sulla base del dettato del codice civile, del consiglio di amministrazione, ma è anche uno strumento essenziale per poter assicurare la guida consapevole della gestione aziendale.

È poi necessario validare un sistema di flussi informativi sui rischi adeguato e tempestivo e assicurarsi, da parte del consiglio di amministrazione, che il sistema sia proceduralizzato, che le procedure siano conosciute e che siano operativi i controlli di primo e di secondo livello e di *internal audit*.

Tener conto delle osservazioni delle funzioni di controllo sui miglioramenti possibili e sulle manchevolezze dei sistemi di controllo permette di monitorare l'implementazione dei rimedi.

Da ultimo non bisogna dimenticare che il presidio principale contro i rischi aziendali e le loro conseguenze negative è la dotazione patrimoniale della società, e quindi una valutazione periodica della congruità di tale dotazione patrimoniale è assolutamente opportuna da parte di amministratori consapevoli.

8. *Conclusioni.* Le considerazioni sopra svolte, come si può valutare, non sono in alcun modo contraddittorie né rispetto al dettato del codice civile, né a quello del codice di autodisciplina della *corporate governance*, ma declinano alcune modalità per l'implementazione dei doveri là definiti, che credo siano opportune per la gestione consapevole dei doveri degli amministratori, soprattutto di quelli privi di deleghe, e per la valutazione a posteriori delle loro responsabilità.

Credo opportuno sottolineare che queste indicazioni non sono da considerare né minimali né esaustive, ma che devono essere declinate con un principio di proporzionalità che tenga conto della complessità e delle dimensioni aziendali, oltre che della latitudine degli interessi da proteggere.

Naturalmente, come tutti i modelli, anche quelli che disegnano la *governance*, il sistema informativo e quello dei controlli devono essere personalizzati e non standardizzati. Tale principio è ad esempio esplicitamente richiesto dalla legge 231, con riferimento alle tematiche di responsabilità delle imprese.

Se correttamente costruiti e monitorati, questi modelli e le relative strutture organizzative possono permettere di esercitare le responsabilità strategiche con maggiore consapevolezza e di dimostrare un *duty of care* adeguato alle responsabilità di un consigliere di amministrazione senza deleghe.

Naturalmente le responsabilità rimangono, ma possono essere meglio controllate a priori e credo anche più precisamente delimitate a posteriori.

APPENDICE

Le sentenze citate

Cass. S.U. n. 30328 del 10 luglio 2002, dep. 11 settembre 2002

Presidente: Marvulli N., Estensore: Canzio G.

Imputato: Franzese

CED n. 222138

Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabilità di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente.)

CED n. 222139

In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio.

Ritenuto in fatto

1. Il pretore di Napoli con sentenza del 28/4/1999 dichiarava il dott. S. F. colpevole del reato di omicidio colposo (per avere, in qualità di responsabile della XVI divisione di

chirurgia dell'ospedale [omissis] – dove era stato ricoverato dal 9 al 17 aprile 1993 P. C., dopo avere subito il 5 aprile un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale –, determinato l'insorgere di una sepsi addominale da *Clostridium septicum* che cagionava il 22 aprile la morte del paziente) e, con le attenuanti generiche, lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione, oltre il risarcimento del danno a favore della parte civile da liquidarsi in separato giudizio, alla quale assegnava a titolo di provvisoria la somma di lire 70.000.000. Il giudice di primo grado, all'esito di un'attenta ricostruzione della storia clinica del C., riteneva fondata l'ipotesi accusatoria, secondo cui l'imputato non aveva compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici, che avevano evidenziato una marcata neutropenia e un grave stato di immunodeficienza, e di curare l'allarmante granulocitopenia con terapie mirate alla copertura degli anaerobi a livello intestinale, autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente giudicato "in via di guarigione chirurgica". Diagnosi e cura che, se doverosamente realizzate, sarebbero invece state, secondo i consulenti medico-legali e gli autorevoli pareri della letteratura scientifica in materia, idonee a evitare la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale "con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale".

La Corte di appello di Napoli con sentenza del 14/6/2000 confermava quella di primo grado, ribadendo che il dott. F., in base ai dati scientifici acquisiti, si era reso responsabile di omissioni che "sicuramente contribuirono a portare a morte il C.", sottolineando che "se si fosse indagato sulle cause della neutropenia e provveduto a prescrivere adeguata terapia per far risalire i valori dei neutrofili, le probabilità di sopravvivenza del C. sarebbero certamente aumentate" e aggiungendo che era comunque addebitabile allo stesso la decisione di dimettere un paziente che "per le sue condizioni versava invece in quel momento in una situazione di notevole pericolo".

2. Avverso tale decisione hanno proposto ricorso per Cassazione i difensori dell'imputato deducendo:

- violazione di legge, in relazione agli artt. 135, 137, 138 e 142 c.p.p., per asserita nullità di alcuni verbali stenotipici di udienza privi di sottoscrizione del pubblico ufficiale che li aveva redatti;
- violazione di legge, in relazione agli artt. 192, 546, 530 c.p.p. e 40, 41, 589 c.p., e manifesta illogicità della motivazione quanto all'affermazione di responsabilità, poiché non erano state dimostrate la direzione del reparto ospedaliero e la posizione di garante in capo all'imputato, né, in particolare, l'effettiva causalità delle addebitate omissioni di diagnosi e cura e della disposta dimissione del paziente rispetto alla morte di quest'ultimo, in difetto di reali complicanze del decorso postoperatorio e in assenza di dati precisi sulla patologia di base della perforazione dell'ileo e sull'insorgere della sindrome infettiva da *Clostridium septicum*, rilevandosi altresì che, per il mancato esperimento dell'esame autoptico, non era certo né altamente probabile, alla stregua di criteri scientifici o statistici, che gli ipotetici interventi medici, asseritamente omessi, sarebbero stati idonei a impedire lo sviluppo dell'infezione letale e ad assicurare la sopravvivenza del C.;
- violazione degli artt. 546 e 603 c.p.p. e mancanza di motivazione in ordine alla richiesta difensiva di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale mediante perizia medico-legale sul nesso di causalità;
- violazione degli artt. 546 c.p.p. e 133 c.p. per omesso esame del motivo di appello relativo alla richiesta riduzione della pena.

Con successiva memoria difensiva il ricorrente ha dedotto altresì la sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione.

3. La IV Sezione della Corte di cassazione, con ordinanza del 7/2-16/4/2002, premesso che, nonostante l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione, permaneva l'attualità della decisione sul ricorso, agli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza di condanna concernenti gli interessi civili, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite sul rilievo dell'esistenza di un ormai radicale contrasto interpretativo, formatosi all'interno

della stessa Sezione, in ordine alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo.

Al più recente orientamento, secondo il quale è richiesta la prova che un diverso comportamento dell'agente avrebbe impedito l'evento con un elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento", si contrappone l'indirizzo maggioritario, che ritiene sufficienti "serie e apprezzabili probabilità di successo" per l'impedimento dell'evento.

Il primo presidente con decreto del 26/4/2002 ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

Considerato in diritto

1. *Il problema centrale del processo, sollevato sia dal ricorrente che dalla Sezione remittente, ha per oggetto l'esistenza del rapporto causale fra la condotta (prevalentemente omissiva) addebitata all'imputato e l'evento morte del paziente e, di conseguenza, la correttezza logico-giuridica della soluzione ad esso data dai giudici di merito.*

È stata sottoposta all'esame delle Sezioni Unite la controversa questione se "in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto e omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità 'vicino alla certezza', e cioè in una percentuale di casi 'quasi prossima a cento', ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto 'serie e apprezzabili probabilità di successo' della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento".

Sul tema si sono delineati due indirizzi interpretativi all'interno della IV Sezione della Corte di cassazione: al primo orientamento, tradizionale e maggioritario (ex plurimis, Sez. IV, 7/1/1983, Melis, rv. 158947; 2/4/1987, Ziliotto, rv. 176402; 7/3/1989, Prinzivalli, rv.

181334; 23/1/1990, Pasolini, rv. 184561; 13/6/1990, D'Erme, rv. 185106; 18/10/1990, Oria, rv. 185858; 12/7/1991, Silvestri, rv. 188921; 23/3/1993, De Donato, rv. 195169; 30/4/1993, De Giovanni, rv. 195482; 11/11/1994, Presta, rv. 201554), *che ritiene sufficienti "serie e apprezzabili probabilità di successo" per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%, si contrappone l'altro, più recente, per il quale è richiesta la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento" (Sez. IV, 28/9/2000, Baltrocchi, rv. 218777; 29/9/2000, Musto; 25/9/2001, Covili, rv. 220953; 25/9/2001, Sgarbi, rv. 220982; 28/11/2000, Di Cintio, rv. 218727).*

Ritiene il Collegio che, per pervenire a una soluzione equilibrata del quesito, sia necessario procedere, in via prioritaria, a una ricognizione dello statuto della causalità penalmente rilevante, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri e allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica.

2. *Nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione che, nella lettura degli artt. 40 e 41 del codice penale sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla "teoria condizionalistica" o della "equivalenza delle cause" (temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, speculare e in negativo, alla "causalità umana" quanto alle serie causali sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento: art. 41, comma 2).*

È dunque causa penalmente rilevante (ma il principio stabilito dal codice penale si applica anche nel distinto settore della responsabilità civile, a differenza di quanto avviene per il diritto anglosassone e nordamericano) la condotta umana, attiva o omissiva che si pone come condizione "necessaria" – condicio sine qua non – nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato.

La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale", articolato sul condizionale congiuntivo "se... allora..." (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario a un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale "doppia formula", nel senso che:

a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato;

b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.

Ma, ferma restando la struttura ipotetica della spiegazione causale, secondo il paradigma condizionalistico e lo strumento logico dell'astrazione contro il fatto, sia in dottrina sia nelle più lucide e argomentate sentenze della giurisprudenza di legittimità, pronunciate in riferimento a fattispecie di notevole complessità per la pluralità e l'incertezza delle ipotesi esplicative dell'evento lesivo (Sez. IV, 24/6/1986, Ponte, rv. 174511-512; Sez. V, 6/12/1990, Bonetti, rv. 191788; Sez. IV, 31/10/1991, Rezza, rv. 191810; Sez. IV, 27/5/1993, Rech, rv. 196425; Sez. IV, 26/1/1998, P. G. in proc. Viviani, rv. 211847), si è osservato che, in tanto può affermarsi che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, il risultato non si sarebbe o si sarebbe comunque prodotto, in quanto si sappia, "già da prima", che da una determinata condotta scaturisca, o non, un determinato evento.

E la spiegazione causale dell'evento verificatosi hic et nunc, nella sua unicità e irripetibilità, può essere dettata dall'esperienza tratta da attendibili risultati di generalizzazione del senso comune, ovvero facendo ricorso (non alla ricerca caso per caso, alimentata da opinabili certezze o da arbitrarie intuizioni individuali, bensì) al modello generalizzante della sussunzione del singolo evento, opportunamente ridescritto nelle sue modalità tipiche e ripetibili, sotto "leggi scientifiche" esplicative dei fenomeni.

Di talché, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme a una generalizzata regola di esperienza o a una legge dotata di validità scientifica – "legge di

copertura" –, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano a eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche", che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che queste ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica" quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Si avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ridescritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere a una serie di "assunzioni tacite" e presupporre come presenti determinate "condizioni iniziali", non conosciute o soltanto congetture, sulla base delle quali, *ceteris paribus*, mantiene validità l'impiego della legge stessa.

3. *La definizione di causa penalmente rilevante ha trovato coerenti conferme anche nelle più recenti acquisizioni giurisprudenziali (Sez. fer., 1/9/1998, Casaccio, rv. 211526; Sez. IV, 28/9/2000, Baltrocchi, cit.; 29/9/2000, Musto, cit.; 25/9/2001, Covili, cit.; 25/9/2001, Sgarbi, cit.; 20/11/2001, Turco; 28/11/2000, Di Cintio, cit.; 8/1/2002, Trunfio; 23/1/2002, Orlando), le quali, nel recepire l'enunciata struttura logica della spiegazione causale, ne hanno efficacemente valorizzato la natura di elemento costitutivo della fattispecie di reato e la funzione di criterio di imputazione dell'evento lesivo.*

Dello schema condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche sono state sottolineate, da un lato, la portata tipizzante, in ossequio alle garanzie costi-

tuzionali di legalità e tassatività delle fonti di responsabilità penale e di personalità della stessa (Cost., artt. 25, comma 2 e 27, comma 1), e dall'altro, nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate, la funzione selettiva delle condotte rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito penale.

In questo senso, nonostante i limiti epistemologici dello statuto della causalità nel rapporto fra eventi svelati dalla fisica contemporanea e le critiche di avversa dottrina, la persistente fedeltà della prevalente scienza giuridica penalistica al classico paradigma condizionalistico (cfr. lo Schema Pagliaro del 1992 di delega per un nuovo codice penale, sub art. 10, ma soprattutto l'articolata elaborazione del Progetto Grosso del 2001 di riforma della parte generale del codice penale, sub artt. 13 e 14) non solo appare coerente con l'assetto normativo dell'ordinamento positivo, ma rappresenta altresì un momento irrinunciabile di garanzia per l'individuazione della responsabilità nelle fattispecie orientate verso la produzione di un evento lesivo.

Il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide consente infatti di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminazione, a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici o biologici.

E non è privo di significato che dalla quasi generalità dei sistemi giuridici penali europei (*condicio sine qua non*) e dei paesi anglosassoni (*causa but for*) siano condivise le ragioni di determinatezza e legalità delle fattispecie di reato che il modello condizionalistico della spiegazione dell'evento garantisce, in considerazione della funzione ascrittiva dell'imputazione causale.

4. *Nel prendere atto che nel caso in esame si verte in una fattispecie di causalità (prevalentemente) omissiva attinente all'attività medico-chirurgica, è da porre in evidenza innanzitutto l'essenza normativa del concetto di "omissione", che postula una relazione con un modello alternativo di comportamento attivo, specifico e imposto dall'ordinamento.*

Il “reato omissivo improprio” o “commissivo mediante omissione”, che è realizzato da chi viola gli speciali doveri collegati alla posizione di garanzia non impedendo il verificarsi dell’evento, presenta una spiccata autonomia dogmatica, scaturendo esso dall’innesto della clausola generale di equivalenza causale stabilita dall’art. 40, comma 2, c.p. sulle disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi-base di reato commissivo orientate verso la produzione di un evento lesivo, suscettive così di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive: autonomia che, per l’effetto estensivo dell’area della punibilità, pone indubbi problemi di legalità e determinatezza della fattispecie criminosa.

Ma la presenza nei reati omissivi impropri, accanto all’equivalente normativo della causalità, di un ulteriore, forte, nucleo normativo, relativo sia alla posizione di garanzia sia agli specifici doveri di diligenza, la cui inosservanza fonda la colpa dell’agente, tende ad agevolare una prevaricazione di questi elementi rispetto all’ordinaria sequenza che deve muovere dalla spiegazione del nesso eziologico.

Di talché, con particolare riferimento ai settori delle attività medico-chirurgiche, delle malattie professionali, delle alterazioni ambientali e del danno da prodotto, dall’erosione del paradigma causale nell’omissione, asseritamente motivata con l’incertezza costitutiva e con i profili altamente ipotetici della condizionalità, a fronte della pluralità e inconoscibilità dei fattori interagenti, trae alimento la teoria della “imputazione oggettiva dell’evento”. Questa è caratterizzata dal riferimento alla sufficiente efficacia esplicativa del fenomeno offerta dalla mera “possibilità” o anche da inadeguati coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso, espressa in termini di “aumento – o mancata diminuzione – del rischio” di lesione del bene protetto o di diminuzione delle chances di salvezza del medesimo bene (vita, incolumità fisica, salute, ambiente), di cui si esalta lo spessore primario e rilevante.

Pure in assenza, cioè, dell’accertamento rigoroso che, qualora si fosse tenuta da parte dell’agente la condotta doverosa e diligente (ad esempio, in materia di responsabilità medica: diagnosi corretta, terapia adeguata e intervento tempestivo), il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe comunque verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Orbene, la più recente e citata giurisprudenza di legittimità ha reagito a questa riduttiva lettura della causalità omissiva e ha segnato una netta evoluzione interpretativa – che le Sezioni Unite condividono –, soprattutto nel settore dell'attività medico-chirurgica (Sez. fer., Casaccio; Sez. IV, Baltrocchi, Musto, Di Cintio, Turco, Trunfio, Orlando), delle malattie professionali (Sez. IV, Covili) e degli infortuni sul lavoro (Sez. IV, Sgarbi), convenendo che anche per i reati omissivi impropri resta valido il descritto paradigma unitario di imputazione dell'evento.

Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell'omissione (è tuttora controversa la natura reale o meramente normativa dell'efficienza condizionante di un fattore statico negli sviluppi della catena causale), si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del "condizionale controfattuale", la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell'azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento lesivo, hic et nunc verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo "coperto" dal sapere scientifico del tempo.

Considerato che anche la spiegazione della causalità attiva ricorre a controfattuali ipotetici, il citato indirizzo interpretativo ha dunque ridimensionato la tesi per la quale la verifica giudiziale della condizionalità necessaria dell'omissione pretenderebbe un grado di "certezza" meno rigoroso rispetto ai comuni canoni richiesti per la condotta propria dei reati commissivi, osservando anzi che l'affievolimento della nozione di causa penalmente rilevante finisce per accentuare nei reati omissivi impropri, pur positivamente costruiti in riferimento a ipotesi-base di reati di danno, il disvalore della condotta, rispetto alla quale l'evento degrada a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno a reato di pericolo.

Con grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e della garanzia di responsabilità personale (Cost., artt. 25, comma 2 e 27, comma 1), per essere attribuito all'agente come fatto proprio un evento "forse", non "certamente", cagionato dal suo comportamento.

5. Superato quell'orientamento che si sostanzia in pratica nella "volatilizzazione" del nesso eziologico, il contrasto giurisprudenziale segnalato dalla Sezione remittente verte, a ben vedere, sui criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale, domandandosi, con particolare riferimento ai delitti omissivi impropri nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica, quale sia il grado di probabilità richiesto quanto all'efficacia impeditiva e salvifica del comportamento alternativo, omissivo ma supposto come realizzato, rispetto al singolo evento lesivo.

Non è messo dunque in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verificabilità processuale: ciò in quanto i confini della "elevata o alta credibilità razionale" del condizionamento necessario, postulata dal modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, non sono affatto definiti dalla medesima legge di copertura.

Dalle prassi giurisprudenziali nel settore indicato emerge che il giudice impiega largamente, spesso tacitamente, generalizzazioni del senso comune, massime d'esperienza, enunciati di leggi biologiche, chimiche o neurologiche di natura statistica e anche la più accreditata letteratura scientifica del momento storico.

Di talché, secondo un primo indirizzo interpretativo, le accentuate difficoltà probatorie, il valore meramente probabilistico della spiegazione e il paventato deficit di efficacia esplicativa del classico paradigma, quando si tratti di verificare profili omissivi e strettamente ipotetici del decorso causale, legittimerebbero un affievolimento dell'obbligo del giudice di pervenire a un accertamento rigoroso della causalità.

In considerazione del valore primario del bene giuridico protetto in materia di trattamenti terapeutici e chirurgici, dovrebbe pertanto riconoscersi appagante valenza persuasiva a "serie e apprezzabili probabilità di successo" (anche se "limitate" e con ridotti coefficienti, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%) dell'ipotetico comportamento doveroso, omissivo ma supposto mentalmente come realizzato, sull'assunto che "quando è in gioco la vita umana anche poche probabilità di sopravvivenza rendono necessario l'intervento del medico".

Le Sezioni Unite non condividono questa soluzione, pure rappresentativa del tradizionale, ormai ventennale e prevalente orientamento della Sezione Quarta (cfr. ex plurimis, almeno a partire da Sez. IV, 7/1/1983, Melis, le citate sentenze Ziliotto, Prinzivalli, Pasolini, D'Erme, Oria, Silvestri, De Donato, De Giovanni, Presta) poiché, com'è stato sottolineato dall'opposto, più recente e menzionato indirizzo giurisprudenziale (Sez. fer., Casaccio; Sez. IV, Baltrocchi, Musto, Di Cintio, Covili, Sgarbi, Turco, Trunfio, Orlando), con la tralaticia formula delle "serie e apprezzabili probabilità di successo" dell'ipotetico intervento salvifico del medico si finisce per esprimere coefficienti di "probabilità" indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui: così sovrapponendosi aspetti deontologici e di colpa professionale per violazione del principio di precauzione a scelte politico-legislative dettate in funzione degli scopi della repressione penale e al problema, strutturalmente distinto, dell'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa tipica.

Né va sottaciuto che dall'esame della giurisprudenza di settore emerge che in non pochi casi, sebbene qualificati in termini di causalità omissiva per mancato impedimento dell'evento, non si è tuttavia in presenza di effettive, radicali, omissioni da parte del medico.

Infatti, talora si verte in tema di condotte commissive colpose, connotate da gravi errori di diagnosi e terapia, produttive di per sé dell'evento lesivo, che è per ciò sicuramente attribuibile al soggetto come fatto proprio; altre volte trattasi di condotte eterogenee e interagenti, in parte attive e in parte omissive per la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive.

Ipotesi, queste, per le quali, nella ricostruzione del fatto lesivo e nell'indagine controfattuale sull'evitabilità dell'evento, la giurisprudenza spesso confonde la componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari, attinente ai profili di "colpa" del garante, rispetto all'ambito invero prioritario della spiegazione e dell'imputazione causale.

6. È stato acutamente osservato in dottrina che il processo tende con le sue regole a esercitare un potenziale dominio sulle categorie del diritto sostantivo e che la laboriosi-

tà del procedimento di ricostruzione probatoria della tipicità dell'elemento oggettivo del reato coinvolge la tenuta sostanziale dell'istituto, oggetto della prova, scardinandone le caratteristiche dogmatiche e insidiando la tipicità della fattispecie criminosa.

Ma pretese difficoltà di prova, ad avviso delle Sezioni Unite, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione "debole" della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, è ripudiata dal vigente sistema penale; dell'"aumento del rischio" finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.

Deve tuttavia riconoscersi che la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di "causazione multipla" legati al moderno sviluppo delle attività.

Il processo penale, passaggio cruciale e obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'"abduzione"), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento "deduttivo", da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse.

D'altra parte, lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale e di tutte le leggi pertinenti da parte del giudice, il quale ricorre invece, nella premessa minore del ragionamento, a una serie di "assunzioni tacite", presuppone

nendo come presenti determinate "condizioni iniziali" e "di contorno", spazialmente contigue e temporalmente continue, non conosciute o soltanto congettrate, sulla base delle quali, *ceteris paribus*, mantiene validità l'impiego della legge stessa.

E, poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, né procedere a una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso e alternativo decorso causale.

Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari.

Tutto ciò significa che il giudice, pur dovendo accertare ex post, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente "è" (non "può essere") condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, a un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di "elevata probabilità logica" o "probabilità prossima alla/confinante con la certezza".

7. *Orbene, il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità omissiva tanto meglio quanto più è alto il grado di probabilità di cui l'explanans è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che*

esprimano un coefficiente probabilistico “prossimo a 1”, cioè alla “certezza”, quanto all’efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento.

Soprattutto in contesti, come quello della medicina biologica e clinica, cui non appartengono per definizione parametri di correlazione dotati di tale valore per la complessa rete degli antecedenti già *in fieri*, sui quali s’innesta la condotta omissiva del medico, per la dubbia decifrabilità di tutti gli anelli della catena eziopatogenetica dei fenomeni morbosi e, di conseguenza, per le obiettive difficoltà della diagnosi differenziale, che costruisce il nodo nevralgico della criteriologia medico-legale in tema di rapporto di causalità.

È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità cal. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch’essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento. Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l’irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l’“attendibilità” in riferimento al singolo evento e all’evidenza disponibile.

8. *In definitiva, con il termine “alta o elevata credibilità razionale” dell’accertamento giudiziale, non s’intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai*

profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.

La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la “probabilità statistica” attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la “probabilità logica”, seguendo l'inedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale (in tal senso, cfr. anche Cass., Sez. IV, 5/10/1999, Hariolf, rv. 216219; 30/3/2000, Camposano, rv. 219426; 15/11/2001, Puddu; 23/1/2002, Orlando, cit.). Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi. *Partendo dunque dallo specifico punto di vista che interessa il giurista, le Sezioni Unite, nel condividere le argomentate riflessioni del PG requirente, ritengono, con particolare riguardo ai decorsi causali ipotetici, complessi o alternativi, che rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base per il libero convincimento del giudice, ma non esaurisce di per sé stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere quel risultato di “certezza processuale” che, all'esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l'azione doverosa omessa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato,*

ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva.

D'altra parte, poiché la condizione "necessaria" si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per essa gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Il procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. (il cui nucleo essenziale è già racchiuso, peraltro, nella regola stabilita per la valutazione della prova in generale dal primo comma della medesima disposizione, nonché in quella della doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste prescritta dall'art. 546, comma 1 lett. e) c.p.p.), deve condurre, perché sia valorizzata la funzione ascrittiva dell'imputazione causale, alla conclusione caratterizzata da un "alto grado di credibilità razionale", quindi alla "certezza processuale", che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione "necessaria" dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio. *Ex adverso*, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia *in dubio pro reo*. E non, viceversa, la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di "necessità" graduabile in coefficienti numerici.

9. *In ordine al problema dell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri e allo specifico settore dell'attività*

medico-chirurgica, devono essere pertanto enunciati, ai sensi dell'art. 173.3 n. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto:

a) il nesso causale può essere ravvisato quando, 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 dal medico la condotta a 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;

b) non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica";

c) l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.

Va infine ribadito che alla Corte di cassazione, quale giudice di legittimità, è assegnato il compito di controllare retrospettivamente la razionalità delle argomentazioni giustificative – la cal. giustificazione esterna – della decisione, inerenti ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base ad essi ed ai criteri che sostengono le conclusioni: non la decisione, dunque, bensì il contesto giustificativo di essa, come esplicitato dal giudice di merito nel ragionamento probatorio che fonda il giudizio di conferma dell'ipotesi sullo specifico fatto da provare.

10. *Alla luce dei principi di diritto sopra affermati, occorre ora passare all'esame della fattispecie concreta sottoposta all'attenzione di questa Corte e valutare la correttezza logico-giuridica dell'apparato argomentativo dei giudici di merito a sostegno dell'affermazione di responsabilità dell'imputato.*

Premesso che la motivazione della sentenza impugnata s'integra con quella di condanna di primo grado, siccome espressamente richiamata, rileva il Collegio che questa ha adeguatamente affrontato, sia in fatto che in diritto, il problema dell'esistenza del nesso di condizionamento risolvendolo in senso affermativo.

Il dott. S. F. era stato chiamato a rispondere del reato di omicidio colposo, in qualità di responsabile della XVI divisione di chirurgia dell'ospedale [omissis] – dove era stato ricoverato dal 9 al 17 aprile 1993 P. C., dopo avere subito il 5 aprile un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale –, per avere determinato l'insorgere di una sepsi addominale da *Clostridium septicum* che aveva cagionato il 22 aprile la morte del paziente. Si addebitava all'imputato di non avere compiuto durante il periodo di ricovero una corretta diagnosi e quindi consentito un'appropriata terapia, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici che evidenziavano una persistente neutropenia e di sollecitare la consulenza internistica prescritta dopo l'intervento chirurgico per accertare l'eziologia della perforazione dell'ileo, anzi autorizzando, senza alcuna prescrizione, la dimissione del paziente, giudicato in via di guarigione chirurgica. La storia clinica del C. risulta esaurientemente e analiticamente ricostruita nei seguenti termini.

Il C., ricoverato il 4 aprile 1993 presso il reparto di chirurgia d'urgenza dell'ospedale [omissis] per forti dolori addominali, venne operato il giorno successivo e l'intervento indicò un'infezione in atto da "perforazione dell'ileo lenticolare", suturata mediante corretta enterorafia. Restando incerta la causa della non comune patologia e preoccupanti i risultati degli esami emocromocitometrici effettuati il 4 e il 6 aprile (i quali evidenziavano nella formula leucocitaria una marcata neutropenia e con essa una condizione di immunodepressione del paziente) furono disposti esame di Widal Wright (eseguito con esito negativo per

l'indicazione tifoidea), consulenza internistica (mai eseguita) e terapia antibiotica a largo spettro. Trasferito il 9 aprile nella XVI divisione chirurgica diretta dal dott. F., il C. continuò la terapia antibiotica e iniziò a sfebbrare il 12 aprile, senza esser sottoposto ad ulteriori esami di alcun tipo. Il dott. F., rilevato che il paziente era apirettico, il 14 aprile sospese la terapia antibiotica e dispose un nuovo emocromo, che evidenziò il giorno successivo il persistere di una gravissima neutropenia, ma, ciò nonostante, il 17 aprile dimise il C. giudicandolo "in via di guarigione chirurgica" senza alcuna prescrizione. Il 19 aprile il C. accusò forti dolori addominali e, ricoverato il 20 aprile, venne nuovamente operato il giorno successivo mediante laparotomia e drenaggio di microascessi multipli; il referto microbiologico indicò esito positivo per "anaerobi e sviluppo di *Clostridium septicum*".

All'esito di un terzo intervento chirurgico eseguito il 22 aprile il C. morì a causa di "sepsi addominale da *Clostridium septicum*", un batterio anaerobico non particolarmente aggressivo, che si sviluppa e si propaga però, determinando anemia acuta ed emolisi, allorché l'organismo dell'uomo è debilitato e immunodepresso per gravi forme di granulocitopenia. Il Pretore, con l'ausilio della prova testimoniale e medico-legale (richiamando altresì autorevoli e concordi pareri della letteratura scientifica internazionale nel campo della medicina interna), identificava nella "neutropenia" l'immediato antecedente causale dell'aggressione del *Clostridium* e del processo settico letale; escludeva, indipendentemente dall'origine della perforazione ileale, ogni correlazione fra l'intervento chirurgico e i fattori patogenetici dell'evento infausto; sottolineava come il paziente, dopo la chiusura dell'ulcera ileale, fosse stato sottoposto solo a terapia antibiotica a largo spettro, senza essere indagato sul piano internistico ed ematologico, benché la consulenza internistica fosse stata sollecitata e gli accertamenti ematologici avessero evidenziato l'insorgenza di una marcata neutropenia, con conseguente minorata difesa immunitaria. Rilevava pertanto che, se le cause della neutropenia e del conseguente, grave, stato anergico da immunodepressione fossero stati correttamente diagnosticati (unitamente alle indagini necessarie a chiarire l'eziologia della non comune perforazione ileale) e se l'allarmante granulocitopenia fosse stata curata con terapie mirate alla copertura degli

anaerobi a livello intestinale, fino a far risalire i valori dei neutrofilii al di sopra della soglia minima delle difese immunitarie, si sarebbe evitata la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale da *Clostridium septicum* e si sarebbe pervenuti a un esito favorevole “con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale”.

Così ricostruito il nesso causale secondo il modello condizionalistico integrato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche, il Pretore, definita altresì puntualmente la posizione apicale del dott. F. nell’ambito della divisione chirurgica ove il paziente era stato ricoverato nella fase postoperatoria e individuate precise note di negligenza e di imperizia nei menzionati comportamenti omissivi e nell’improvvida dimissione dello stesso, concludeva affermando la responsabilità dell’imputato per la morte del C.

La Corte di appello di Napoli, pur argomentando impropriamente e contraddittoriamente in termini che sembrano più coerenti con il lessico della disattesa teoria dell’aumento del rischio (“se si fosse indagato sulle cause della neutropenia e provveduto a prescrivere adeguata terapia per far risalire i valori dei neutrofilii, le probabilità di sopravvivenza del C. sarebbero certamente aumentate”), confermava la prima decisione, richiamandone i contenuti motivazionali e ribadendo che, in base ai dati scientifici acquisiti, all’imputato erano addebitabili, oltre l’ingiustificata dimissione del paziente, gravi omissioni sia di tipo diagnostico che terapeutico, le quali “sicuramente contribuirono a portare a morte il C.”. Pertanto, poiché le statuizioni dei giudici di merito risultano sostanzialmente rispondenti alle linee interpretative sopra enunciate in tema di rapporto di causalità e trovano adeguata base giustificativa in una motivazione, in fatto, immune da vizi logici, il giudizio critico e valutativo circa il positivo accertamento, “con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale”, dell’esistenza del nesso di condizionamento necessario fra la condotta (prevalentemente omissiva) del medico e la morte del paziente resta incensurabile nel giudizio di legittimità e i rilievi del ricorrente si palesano privi di fondamento.

11. L’ordinanza della Sezione remittente dà atto che il delitto di omicidio colposo per il quale si procede è estinto per prescrizione, in quanto il decesso del C. risale al 22 aprile

1993 ed è quindi ampiamente trascorso il termine di sette anni e sei mesi. Da un lato, l'accertamento della causa estintiva del reato si palesa prioritario e immediatamente operativo rispetto alla questione in rito della nullità "relativa" dei verbali stenotipici di udienza (Sez. Un., 28/11/2001, Cremonese, rv. 220511; Sez. Un., 27/2/2002, Conti, rv. 221403), nonché rispetto alle invero generiche e subvalenti censure del ricorrente circa pretesi vizi motivazionali dell'impugnata sentenza, in punto di direzione della divisione ospedaliera e titolarità della posizione di garanzia, di colpa professionale e di dosimetria della pena. D'altra parte, la compiuta valutazione critica, con esito negativo, del più serio e argomentato motivo di gravame, riguardante l'affermazione di responsabilità dell'imputato quanto alla prova dell'effettivo nesso di causalità fra le condotte – prevalentemente omissive – addebitategli e l'evento morte del paziente, consente a questa Corte, nell'annullare senza rinvio la sentenza impugnata in conseguenza dell'avvenuta estinzione del reato per prescrizione, di confermarne (ai sensi dell'art. 578 c.p.p. e secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità) le statuizioni relative ai capi concernenti gli interessi civili: e cioè, la condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno, nonché al pagamento di una somma liquidata a titolo di provvisoria e delle spese di costituzione e difesa a favore della parte civile.

Cass. V n. 23838 del 4 maggio 2007, dep. 19 giugno 2007

Presidente: Colonnese A., Estensore: Sandrelli G. G.

Imputato: PM in proc. Amato e altri

CED n. 237251

In tema di reati societari, la previsione di cui all'art. 2381 c.c. – introdotta con il d.lgs. 6/2003 che ha modificato l'art. 2392 c.c. – riduce gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega; tuttavia, l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma 2, c.p., per la commissione dell'evento che viene

a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvede a impedire, posto che a tal riguardo l'art. 2932 c.c., nei limiti della nuova disciplina dell'art. 2381 c.c., risulta immutato. Ne deriva, altresì, che detta responsabilità richiede la dimostrazione, da parte dell'accusa, della presenza (e della percezione da parte degli imputati) di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega, onere che qualora non sia assolto dal ricorrente, nel silenzio della sentenza impugnata, si converte nella richiesta di una ricostruzione storica del fatto, improponibile in sede di legittimità.

In fatto

Il GUP presso il Tribunale di Brescia ha pronunciato in data 31 maggio 2005 sentenza di non luogo a procedere nei confronti di AMATO Arturo ed altri numerosi imputati, coinvolti nelle indagini sulla gestione del gruppo bancario BIPOP-CARIRE, inchiesta promossa dalla Procura della Repubblica di Brescia. Accanto a detta decisione il GUP disponeva rinvio a giudizio per altri imputati e trasmetteva, per competenza territoriale, gli atti all'AG di Milano quanto all'addebito di violazione dell'art. 416 c.p. (il Tribunale di Brescia, a sua volta, inviava anche questo troncone processuale all'AG milanese, per ragione di connessione).

La vicenda, come si apprende dal provvedimento impugnato, sorge dalla relazione ispettiva di Banca di Italia, datata 2002 che segnalava, fra l'altro, come nelle comunicazioni sociali era stata indebitamente omessa la contabilizzazione delle gestioni di patrimoni, assistite da anomale garanzie, assai rischiose per l'azienda di credito (es. rendimento minimo garantito con contestuale garanzia del capitale), le quali avevano cagionato elevatissime perdite per l'istituto bancario ed avevano portato BIPOP-CARIRE in uno stato di crisi. Sulla premessa che soltanto alcuni degli amministratori e dei sindaci fossero stati messi a parte del fenomeno della infedele esposizione della situazione patri-

moniale della società, il GUP escluse illecita consapevolezza in capo agli altri esponenti societari ed emise per essi la decisione di non luogo a procedere.

[*omissis*]

In diritto

[*omissis*]

3. Venendo al merito della decisione del GUP di Brescia, è d'uopo osservare che – quanto ai capi 2, 3, 4, 5, 6 – l'impugnazione non si richiama agli elementi raccolti per ogni singola posizione, ma muove la doglianza indistintamente sui temi coinvolgenti tutte le posizioni individuali, presenti nella categoria degli amministratori deleganti, a prescindere dalla specifica condotta tenuta in concreto da ciascuno di essi. Il ricorso, cioè, rivolge le sue censure in ragione della qualifica soggettiva dell'organo gestorio e del corredo di doveri su di esso incombenti, obblighi che – contrariamente all'assunto del GUP di Brescia – il ricorrente ritiene violati con conseguenziale responsabilità penale. Siffatta impostazione, censurata dalla memoria difensiva di HERL e, con minor dettaglio, dalla memoria FANTUZZI L./MORLINI V., non può per ciò solo ritenersi aspecifica, ma può significare soltanto che il ricorso si riflette esclusivamente sul profilo astratto di interpretazione della norma giuridica, rimanendo la considerazione su un piano generale e comune a tutti i prevenuti (del resto, neppure il decidente nella sua sentenza ha ripartito la valutazione di singoli casi, preferendo affrontare la motivazione con richiamo ai principi generali comuni a tutti gli imputati che ha prosciolto): dunque, non si terrà conto dei rilievi mossi da alcuni difensori nelle memorie *ex adverso* depositate alla Corte, afferenti a peculiari profili soggettivi, non risultando, in questo senso, di specifico interesse nel vaglio dell'impugnazione.

Al contempo, il ricorso non si sofferma neppure su possibili specificità proprie delle diverse imputazioni sottese ai capi per cui è formulata impugnazione (segnalate per es.

dalla memoria BERTOLINI F.): per es. sulla attuale vigenza delle “nuove” fattispecie di false comunicazioni sociali, le cui condotte sono riferite ad epoca anteriore all’entrata in vigore del d.lgs. 61/2002 (per es. manca nei capi di accusa una puntuale correlazione proporzionale tra le poste mendaci ed il risultato di esercizio o il netto patrimoniale; ovvero l’eccedenza del 10% circa quelle valutative).

Non essendovi sollecitazione alcuna del ricorso e devoluzione del quesito, il punto non verrà più considerato.

4. È indefettibile premessa da cui prendere le mosse per valutare il fondamento dell’impugnazione, l’annotazione del GUP a p. 11 della sentenza di non luogo a procedere: “è del tutto pacifico che solo l’amministratore delegato SONZOGNI Bruno e pochi altri imputati avevano preso parte all’illecito o, comunque, erano al corrente dell’iniziativa e degli artifici contabili era stata occultata” (la contabilizzazione delle perdite conseguenti alle garanzie su perdite nelle gestioni dei fondi patrimoniali; *N.d.E.*).

Questa premessa ha da ritenersi – come vuole il GUP – “pacifica”: essa, d’altra parte, non è stata contestata dal Pubblico Ministero ed essendo allineata a fatto, non potrebbe qui essere ulteriormente rivalutata.

Osservazione che prescinde, invece, dalla evidenza di “segnali di allerta” relativi a operazioni dannose per la società, sottolineati, come si dirà oltre, dal ricorrente.

Su questa premessa si svolgono le osservazioni che seguono.

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

E ha negato che l’attuale formula legislativa dell’art. 2381 c.c. (configurata dalla riforma di cui al d.lgs. 6/2003, a modifica della precedente versione dettata dall’art. 2392 c.c.), possa fungere da valido referente dell’obbligo impeditivo per fatti occorsi prima dell’intervento novellatore.

Il Pubblico Ministero ricorrente, invece, ha ritenuto che – pur nella mutata disciplina relativa agli amministratori privi di delega – resti invariata, nella sostanza, la posizione di garanzia. Sia perché essa attiene alla posizione effettiva e sostanziale assunta da costoro nei confronti di soci ed interessati alla gestione della società, con conseguente influenza del cambiamento dei termini normativi portato da modifica posteriore all'acquisizione della responsabilità, sia perché l'attenta lettura degli articoli di legge in discorso palesa un immutato dovere, gravante sui singoli, di compiuta informazione circa le operazioni societarie.

Il motivo avanzato dal ricorrente è infondato, ma – in parte – anche l'argomentazione della decisione risulta sfocata.

La riforma della disciplina delle società, portata dal d.lgs. 6/2003, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore destinatario di delega. E, così, ha delineato, da un lato, il criterio direttivo dell'"agire informato", che sostiene il mandato gestorio (art. 2381 c.c., comma 5) e, correlativamente, l'obbligo di ragguglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381 c.c., comma 1: "provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri") sia in capo agli amministratori delegati, i quali, con prestabilita periodicità, devono fornire adeguata notizia "sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate" (art. 2381 c.c., comma 5). In tal modo la riforma ha indubbiamente – con più puntuale disposizione letterale – alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa (art. 2392 c.c., comma 1). È stato, dunque, rimosso il generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" (già contemplato dall'art. 2392 c.c., comma 2), sostituendolo con l'onere di "agire informato", atteso il potere (ma che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'in-

dicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un autonomo potestà di indagine).

Modifica dell'art. 2392 c.c. che è stata introdotta nell'ordinamento con immediata vigenza, attesa la disposizione di cui all'art. 209 disp. trans. c.c.

Per ciò che interessa il versante penale, questa premessa riconfigura (o, meglio, giunge a conferma di approdi interpretativi già acquisiti dalla dottrina) la "posizione di garanzia" del consigliere non operativo, posto che l'obbligo di impedire l'evento, disciplinato quale tramite giuridico causale, dall'art. 40 c.p., comma 2, si parametrizza su una fonte normativa (nei termini assai lati assunti dalla giurisprudenza) che costituisce il dovere di intervento.

Non è revocabile in dubbio, conseguentemente, che anche il ruolo penale dell'amministratore privo di delega risulti modificato.

Il quesito affacciato nella presente vicenda (per osservazioni contenute in parecchie memorie difensive) è se e in quali termini possa invocarsi la disciplina dettata dall'art. 2 c.p., in seno al combinato disposto delle norme penal-societarie e dell'art. 40 c.p., comma 2, attesa la obiettiva restrizione della responsabilità apportata nel contesto del codice civile e la obiettiva situazione più favorevole per gli amministratori privi di delega.

A chiarimento del discorso occorre decisamente segnare il limite operativo dell'art. 40 c.p., comma 2 quando sia correlato a incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa, incompatibile con la lettera delle fattispecie incriminatrici, che configurando comportamenti modulati su consapevolezza dolosa, non consentono di addebitare all'autore di volontaria omissione, con argomentazione propria della colpa (e cioè con rimprovero di imperizia, o di negligenza, o di imprudenza), l'evento che egli ha l'obbligo giuridico di impedire.

La stessa riforma ha operato in questa direzione, poiché la relazione accompagnatrice del testo legislativo accenna alla necessità di evitare ingiustificate letture estensive della responsabilità degli amministratori.

L'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40 c.p., comma 2 per condotte connotate da volontarietà e la configurazione della "posizione di garanzia" che qualifica il ruolo dell'amministratore evidenzia due momenti, tra loro complementari, ma idealmente distinti ed entrambi essenziali.

Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo – discendente da obbligo giuridico – l'omissione consapevole nell'impedirlo.

Entrambe queste due condizioni debbono ricorrere nel meccanismo tratteggiato dal nesso di causalità giuridico di cui si discute.

Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole (sì che l'omissione dell'azione impeditiva non risulti connotata da consapevolezza).

Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale, pertanto chi consapevolmente si sia sottratto nell'esercitare i poteri-doveri di controllo attribuiti dalla legge, accettando il rischio, presente nella sua rappresentazione, di eventi illeciti discendenti dalla sua inerzia, può rispondere di essi ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2. Ma – pur in questa dilatazione consentita dalla forma eventuale del dolo – non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa.

Riportando questo assunto nel contesto della responsabilità dell'amministratore non operativo, può rilevarsi – allora – che l'effettiva rilevanza portata dalla disciplina di cui all'art. 2 c.p. riesce assai contenuta.

La penale responsabilità, invero, prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo, mentre postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento: non può ragionevolmente assumersi che l'unico canale di conoscenza dell'amministratore, rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, si riduca all'informazione resa in seno all'ambito del consiglio di amministrazione o al solo ambito societario.

Una volta dimostrata la conoscenza del probabile evento pregiudizievole, connesso alla situazione offerta all'attenzione del soggetto garante, si prova l'esistenza del suo

dovere di scongiurare lo stesso, non essendo stati ridotti gli obblighi e le responsabilità dell'amministratore (verso la società ed i creditori) volti a prevenire pregiudizi da condotta illecita. Tanto è dato riscontrare nel contesto dell'art. 2392 c.c., comma 2 (che al proposito, sia pure nei limiti della disciplina del nuovo art. 2381 c.c., risulta immutato) che sancisce la responsabilità verso la società per quanti, "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli", non si siano attivati per impedire il compimento dell'evento pregiudizievole, norma che non precisa la modalità dell'acquisizione dell'informazione sul fatto illecito o ingiustamente pregiudizievole. L'amministratore (ed è indifferente che egli sia o meno dotato di delega) è penalmente responsabile (art. 40 c.p., comma 2) per la commissione dell'evento che ebbe a conoscere (anche se al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non scongiurò.

Altro discorso, ancora, attiene alla conoscibilità dell'evento e, quindi, per restare nell'area del fatto volontario, situazione desunta dalla percezione dei segnali di pericolo o di sintomi di patologia insiti nell'operazione coinvolgente la società, evincibili dagli atti sottoposti alla sua attenzione.

Profilo che caratterizza il punto focale del ricorso del Pubblico Ministero, il quale rammenta segnali che possono (come nel caso in esame) trapelare anche dalle risposte rese dall'amministratore operativo alle istanze informative avanzate da quello privo di delega (non essendo stato introdotto dalla legge alcun autonomo ed individuale potere ispettivo) ovvero dalle relazioni stilate dall'organo delegato.

Invero, l'affidamento ad esse non può ammettere cieca rinuncia delle personali facoltà critiche o del corredo di competenza professionale. Situazioni che possono – pertanto – mantenere rilievo penale nella prospettiva del dolo (oltre che, evidentemente, per la colpa).

Ma – pur accogliendo in via astratta questa prospettazione – il Collegio osserva che, nella vicenda dedotta, occorre per l'accusa la dimostrazione della presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l'amministratore non

operativo (oltre, per quanto dianzi detto, la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati).

L'onere in tal senso non è stato assolto dal ricorrente, sicché, nel silenzio della decisione impugnata, la ricerca sul punto si risolve in una istanza di ricostruzione storica degli accadimenti, improponibile al giudice di legittimità: essa, in realtà, richiede una conoscenza di fatti e presupposti della volontà partecipativa nel reato, i cui dettagli non sono specificati nell'atto di impugnazione e che, comunque, attengono alla valutazione del fatto.

Del resto, l'addurre a sostegno della tesi d'accusa la "consapevole approvazione di ogni iniziativa della dirigenza" (p. 15) è del tutto logicamente inconcludente: se consapevole fu il voto favorevole, tanto non dimostra che esso fu correttamente ed esaurientemente "informato" sulla effettiva sostanza della decisione, sì che discenda seria attestazione di una adesione volontaria all'opzione illecita o dannosa per la società.

Né il fatto che, poco tempo dopo la approvazione dei bilanci incriminati, vi siano state sostanziose rettifiche illumina sul reale stato conoscitivo dei prevenuti all'atto della lettura delle relazioni loro rimesse.

Né, ancora, la riduzione del consiglio di amministrazione a "ratificatore" di decisioni altrove prese risulta peculiare e congruente rispetto alla esigenza di puntualità dimostrativa di cui si è detto.

Meramente assertive, poi, le affermazioni del ricorrente circa alcune pratiche di finanziamento, o sulla patologia connessa al riconoscimento di *stock option* (prassi – peraltro – assai diffusa e non ritenuta necessariamente delittuosa), che non consentono di intravedere nemmeno i sintomi dell'evento.

Di lata presunzione, ben poco congruente a questi fini è la reciproca stretta relazione di amicizia tra alcuni protagonisti, indice assai generico di sospetto e "muto" di fronte alla effettiva informazione da parte dell'amico informato verso il collega non operativo. Analogamente, la considerazione che alcuni aspetti illeciti erano "palesamente rilevabili" o che siffatta situazione era ben conosciuta o conoscibile, o l'allusione all'"eclatante

vicenda relativa al palazzo di Via Durante” ecc. non sono passaggi idonei ad approdare a qualche congruente giustificazione argomentata e, nuovamente, richiamano la nuova considerazione di fatti e situazioni, operazione non consentita nel giudizio di legittimità. Tutto ciò per tacere della difficile compatibilità (non logicamente impossibile, come vorrebbe la difesa di CASTELLI G. M., poiché è sempre ipotizzabile l'accettazione del rischio che altri agisca con il dolo qualificato) del dolo eventuale con fattispecie non soltanto marcatamente fraudolente (art. 2638 c.c., comma 1), ma anche contrassegnate da specificità del dolo, da espressa connotazione di consapevolezza (art. 2638 c.c., comma 2 propria delle condotte di omessa informazione) e, financo, da intenzionalità di inganno (artt. 2621 e 2622 c.c.).

Non diversamente si deve concludere per la posizione dei sindaci, che non è stata né dal GUP, in sentenza, né dal Pubblico Ministero, in seno al ricorso, specificamente considerata. Per essi la riforma non ha disposto mutamento quanto all'obbligo di vigilanza, essendo rimasto inalterato il paradigma della responsabilità dettato dall'art. 2407 c.c., comma 2. Tuttavia, l'espresso e diretto obbligo di vigilanza sulla gestione degli amministratori estende assai il grado di responsabilità.

Il GUP ha distinto le posizioni di alcuni (CONSOLI G. e LEONI L., sia nel proscioglimento sia nell'adozione della formula di cui all'art. 129 c.p.p., comma 1) da quella del MENNI A., rinviato a giudizio e prosciolto dagli altri addebiti per prescrizione.

Da quanto annotato circa la posizione del MENNI A. (sent. pp. 17-18) il discrimine è stato ravvisato nel grado di conoscenza dell'atto antidoveroso degli amministratori, con ciò applicando alla figura del sindaco il medesimo vaglio giuridico sin qui svolto, ed addebitandogli – ai sensi dell'art. 40 c.c., comma 2 – la colpevole inerzia, censurabile in quanto pienamente conscia dell'evento da evitare.

Non si dispone di elemento alcuno per censurare la scelta del giudicante, che è accompagnata da corretta motivazione, né detta scelta è stata dedotta espressamente ed argomentatamente nelle censure dell'impugnazione.

[omissis]

Cass. V n. 21581 del 28 aprile 2009, dep. 25 maggio 2009

Presidente: Rotella M., Estensore: Vessichelli M.

Imputato: PM in proc. Mare

CED n. 243889

In tema di reati societari, la previsione di cui all'art. 2381 c.c. – introdotta con il d.lgs. 6/2003 che ha modificato l'art. 2392 c.c. – riduce gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega; tuttavia, l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma 2, c.p., per la commissione dell'evento che viene a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvede ad impedire. Pertanto, la responsabilità può derivare dalla dimostrazione della presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito nonché del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega. (In applicazione di questo principio la SC ha censurato la decisione di non luogo a procedere – un giudizio che deve essere di natura eminentemente prognostica – con cui il GUP ha escluso la responsabilità del presidente di una s.p.a. – in ordine ai reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e documentale – sulla base del rilievo dell'attività svolta dai titolari delle deleghe e del dato meramente cronologico della cessazione dalla carica di presidente della società, senza peraltro motivare su diverse emergenze processuali evidenzianti detti segnali di anormalità indicate dal PM a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio.)

Fatto e diritto

Il Procuratore della Repubblica di Roma, con atto del 30 giugno 2008, aveva proposto, testualmente "appello avverso la sentenza del GUP di Roma in data 19 maggio 2008, con la quale si assolve[va] Mare Mirko in ordine ai reati a lui ascritti ai capi A, B, C, L, M... e s.". La sentenza – in realtà di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. – era

stata pronunciata nei confronti del Mare, nell'ambito di una più vasta vicenda processuale che aveva visto protagonisti e separatamente giudicati, numerosi altri imputati, a carico dei quali era stata mossa la contestazione (capo A) di avere fatto parte di una associazione per delinquere, capeggiata da tali Galantucci e Iasiello, finalizzata alla costituzione o rilevazione di società operanti nel settore delle telecomunicazioni: società che, in maniera preordinata e quindi dolosa, dopo avere contratto ingenti debiti nei confronti di società maggiori quali la Telecom o TIM, venivano portate al fallimento, sottraendo i relativi proventi, i beni strumentali e altresì, agli organi fallimentari, la documentazione sociale.

Inoltre, quali reati fine, erano stati contestati numerosi reati fallimentari e, in particolare a carico del Mare, erano state elevate le imputazioni di concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione e documentazione relative alle società TC s.p.a. (già Teleque Communications s.p.a.) (capi B e C) e Carteque Italia s.r.l. (capi L e M), nonché la imputazione L. Fall., ex art. 232, comma 1 (capo S) per avere, il Mare, presentato istanza di insinuazione al fallimento di una terza società, la Carrier 1 Italia Network s.r.l., fraudolentemente simulando la qualità di dirigente. Il GUP, rilevando come la posizione del Mare fosse stata, relativamente alla soc. TC, quella formale di presidente per un periodo di circa dieci mesi, ma nella sostanza quella di mero addetto al funzionamento del supporto tecnologico, giungeva a conclusioni liberatorie sul presupposto che tutte le decisioni di gestione della società erano state prese dai coindagati Iasiello e Galantucci mentre sia i fatti di sottrazione della documentazione sociale che quelli di distrazione dei beni della fallita non potevano essere fatti risalire ad epoche nelle quali il Mare aveva svolto il proprio mandato di presidente.

In relazione alle ulteriori ipotesi di bancarotta il GUP poneva in risalto il ruolo meramente tecnico svolto dal Mare, ruolo che rendeva ragione anche del carattere non fraudolento della insinuazione al fallimento contestato *sub S*.

Concludeva infine ritenendo non dimostrata la consapevolezza e la volontà del Mare di offrire un contributo alla associazione per delinquere diretta dai coindagati.

Il PM, nell'atto di appello a sua firma, chiedeva che tale conclusione fosse censurata perché in conflitto con le risultanze procedurali.

In particolare poneva in evidenza la sottovalutazione del ruolo svolto dal Mare in tutte e tre le società delle quali la associazione per delinquere si era servita per realizzare il proprio progetto criminoso; la pluralità degli atti di gestione posti in essere, con la compartecipazione del Mare, durante i dieci mesi della sua presidenza; il contributo dato dal Mare al trasferimento all'estero della sede della società Connection s.r.l., ossia alla realizzazione di un evento che si riscontra come tipico per il conseguimento degli scopi del sodalizio, dal momento che le società portate dolosamente alla bancarotta venivano spesso spostate di sede all'estero al fine di agevolare la sottrazione delle relative scritture contabili; in relazione ai capi B e C, il PM lamentava poi la mancata valutazione delle dichiarazioni dei dipendenti della Telecom, Ibbà e Delleani, sul periodo di massima realizzazione dei profitti della società, periodo corrispondente a quello dello svolgimento del mandato quale presidente ad opera del Mare; lamentava altresì, in ragione di tale evenienza, l'errata valutazione sul soggetto che aveva il maggiore interesse al trasferimento della sede legale all'estero, ossia proprio il Mare; lamentava poi, alla luce degli stessi fatti, la errata valutazione della figura della "testa di legno" attribuita dal GUP al Mare, laddove non erano stati invece presi in considerazione neanche gli inadempimenti relativi al dovere di vigilanza e di intervento che competevano al presidente della società con riferimento alle attività di vendita del traffico telefonico e dei beni strumentali senza incasso contabile e di fatto del corrispettivo; in relazione ai capi L e M, il PM lamentava come il GIP avesse ignorato le dichiarazioni di Iasiello del 23 marzo 2007, riportate tra le fonti di prova nella richiesta di rinvio a giudizio, dichiarazioni dalle quali si evinceva la assoluta consapevolezza del Mare in ordine alla natura del contributo apportato dal proprio lavoro di esperto in relazione al fine di vendere traffico telefonico del tutto illegittimamente: la soc. Carteque non aveva infatti le autorizzazioni ministeriali per operare nel settore della telefonia; ad avviso del PM, poi, le stesse dichiarazioni dello Iasiello avrebbero sostenuto anche la contestazione

sub S, laddove in proposito il GUP aveva citato presunte dichiarazioni liberatorie della segretaria Albanese invece inesistenti e non aveva considerato che il contemporaneo svolgimento della stessa attività tecnica da parte del Mare per tre società era logicamente incompatibile con la sua qualifica di dirigente in una di esse, oltretutto in assenza di dipendenti da dirigere.

Infine in relazione al capo A il PM dissentiva dalle conclusioni raggiunte dal GUP alla luce di quanto esposto.

Il gravame veniva quindi trasmesso a questa Corte essendo, il ricorso, il solo mezzo di gravame previsto avverso la sentenza di n.l.p. del GUP.

In data 10 aprile 2009 la difesa di Mare ha fatto pervenire una memoria di replica nella quale ha evidenziato in primo luogo la inammissibilità del gravame proposto dal PM nella forma dell'appello, non più consentito avverso la sentenza di non luogo a procedere dopo la riforma del 2006; in secondo luogo ha segnalato come le censure del PM siano tutte "in fatto" e quindi tali da non potere integrare uno dei vizi previsti dall'art. 606 c.p.p.; in terzo luogo ha qualificato come inconferenti i rilievi mossi dall'impugnante rispetto al tessuto logico della sentenza pronunciata dal GUP.

Il gravame è fondato nei termini che si indicheranno.

Deve preliminarmente osservarsi che l'appello proposto dal PM può e deve essere qualificato come ricorso per cassazione in base al disposto dell'art. 568 c.p.p., comma 5, tenendosi altresì conto che, per effetto della legge 20 febbraio 2006, n. 46, la nuova formulazione dell'art. 428 c.p.p. – norma già entrata in vigore all'atto della presentazione dell'appello proposto nella specie – consente al PM di impugnare la sentenza di non luogo a procedere soltanto con ricorso per cassazione.

Al riguardo occorre ricordare l'insegnamento delle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 45371 del 2001, Bonaventura, hanno sostenuto che in tema di impugnazioni, allorché un provvedimento giurisdizionale sia impugnato dalla parte interessata con un mezzo

di gravame diverso da quello legislativamente prescritto, il giudice che riceve l'atto deve limitarsi, a norma dell'art. 568 c.p.p., comma 5, a verificare l'oggettiva impugnabilità del provvedimento, nonché l'esistenza di una *voluntas impugnationis*, consistente nell'intento di sottoporre l'atto impugnato a sindacato giurisdizionale, e quindi trasmettere gli atti, non necessariamente previa adozione di un atto giurisdizionale, al giudice competente.

Deve pertanto ritenersi superato l'opposto orientamento, propugnato dal difensore del Mare, secondo cui l'appello proposto avverso un provvedimento inappellabile "non si converte automaticamente in ricorso per cassazione, essendo necessario sempre avere riguardo – al di là dell'apparente *nomen iuris* – alle reali intenzioni dell'impugnante e all'effettivo contenuto dell'atto di gravame, onde, nel caso in cui, dall'esame dell'atto stesso, si tragga la conclusione che l'impugnante abbia effettivamente voluto ed esattamente denominato il mezzo di impugnazione non consentito dalla legge, l'appello va dichiarato inammissibile".

Le Sezioni Unite hanno al riguardo, del tutto condivisibilmente sottolineato, che l'orientamento da ultimo menzionato, formatosi nella vigenza del vecchio codice di rito, aveva un senso quando ancora non era stata formulata una disposizione come quella dell'art. 568 c.p.p., comma 5, e si esaltava il carattere tassativo e il rigore formale delle norme sulle impugnazioni.

L'art. 568 c.p.p., comma 5, invece, valorizza il *favor impugnationis* e supera ogni sterile formalismo, sicché deve ritenersi non più in linea con la volontà del legislatore l'"indagine, per così dire introspettiva in ordine alla reale volontà della parte", mentre è da ritenere prevalente esclusivamente la volontà tesa comunque a sottoporre a sindacato la decisione impugnata.

Le Sezioni Unite hanno anche riaffermato (nel ricordare il parere espresso dalla stessa Cassazione sul testo della norma contenuto nel progetto preliminare del codice) che condizione necessaria e insieme sufficiente perché il giudice possa compiere la operazione di qualificazione è la esistenza giuridica di un atto – cioè di una manifestazione di

volontà avente i caratteri minimi necessari per essere riconoscibile come atto giuridico di un determinato tipo – e non anche la sua validità.

Ciò che conta è la volontà oggettiva dell'impugnante – quella cioè di sottoporre a sindacato la decisione impugnata –, senza che sia possibile attribuire alcun rilievo all'errore che potrebbe verificarsi nel momento della manifestazione di volontà o anche alla deliberata scelta di proporre un mezzo di gravame diverso da quello prescritto.

Peraltro è evidente che i limiti di ammissibilità dei motivi deducibili con ricorso per cassazione, posti dall'art. 606 c.p.p., impongono di apprezzare in maniera selettiva le osservazioni del PM impugnante, per buona parte formulate in fatto e volte ad ottenere una riformulazione del giudizio di merito che, nella sede di legittimità, non è consentita. Le direttrici della presente decisione sono dunque date, da un lato, dal principio per cui lo scrutinio demandato al giudice dell'udienza preliminare in ordine all'emissione della sentenza di non luogo a procedere attiene esclusivamente alla valutazione della insussistenza delle condizioni su cui fondare la prognosi di evoluzione in senso favorevole all'accusa del materiale probatorio raccolto (rv. 242222; rv. 239514).

In altri termini, si è sostenuto condivisibilmente che anche dopo le modifiche apportate all'art. 425 c.p.p. dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, art. 23 l'udienza preliminare ha conservato la sua natura processuale.

Il giudice dell'udienza preliminare non può dunque pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando l'eventuale insufficienza o contraddittorietà degli elementi acquisiti appaiano ragionevolmente superabili nel dibattimento, non dovendo egli accertare l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato, bensì la sostenibilità dell'accusa nel giudizio (rv. 236800). La seconda direttrice della decisione da assumere è quella che si ricava dal combinato disposto degli artt. 428 e 606 c.p.p. ossia il principio per cui il controllo del giudice di legittimità sulla motivazione della sentenza di non luogo a procedere, ex art. 606, comma 1, lettere d) ed e) non può avere per oggetto gli elementi acquisiti dal Pubblico Ministero ma solo la giustificazione adottata dal giudice nel valutarli e, quindi, la riconoscibilità del criterio prognostico adottato nella valutazione d'insieme degli elementi acquisiti dal PM (rv. 239493).

È infine da considerare, in relazione alla figura della "testa di legno" evocata dal PM impugnante, che la giurisprudenza di questa Corte è nel senso che, per quanto la previsione di cui all'art. 2381 c.c. – introdotta con il d.lgs. 6/2003 che ha modificato l'art. 2392 c.c. – riduca gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega, tuttavia, l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40 c.p., comma 2, per la commissione dell'evento che viene a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvede a impedire, posto che a tal riguardo l'art. 2932 c.c., nei limiti della nuova disciplina dell'art. 2381 c.c., risulta immutato. Ne deriva, altresì, che detta responsabilità richiede la dimostrazione, da parte dell'accusa, della presenza (e della percezione da parte degli imputati) di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega, onere che qualora non sia assolto dal ricorrente, nel silenzio della sentenza impugnata, si converte nella richiesta di una ricostruzione storica del fatto, improponibile in sede di legittimità (rv. 237251). Ciò posto, l'impugnazione del PM appare fondata nella parte in cui deduce, conformemente al disposto dell'art. 606 c.p.p., lett. e), e alla doverosità di un giudizio che deve essere di natura eminentemente prognostica, il vizio di motivazione sui limiti di riferibilità delle condotte *sub* B e C alla figura del presidente della s.p.a. TC, quale concorrente con gli amministratori, essendo manifestamente illogico e carente l'argomento con il quale è stata esclusa la responsabilità in capo a tale soggetto sulla base eminentemente del rilievo della attività svolta dai titolari delle deleghe e del dato meramente cronologico della cessazione della carica di presidente.

In secondo luogo va evidenziata la assenza di motivazione su emergenze processuali, che il PM assume di avere indicato nella richiesta di rinvio a giudizio, e aventi un carattere rilevante ai fini della valutazione che il GUP doveva effettuare. In particolare, in riferimento alle contestazioni *sub* B e C, il GUP cita, senza ripercorrerne quantomeno per cenni la rilevanza, le dichiarazioni di taluni testi a sostegno della tesi dell'essere, il Mare, rimasto un tecnico con funzioni meramente nominali di presidente della società.

Per contro non esamina quelle che secondo la prospettazione del PM sarebbero le dichiarazioni essenziali ossia le deposizioni dei funzionari Telecom Ibbia e Delleani i quali avrebbero collocato proprio nel periodo di presidenza del Mare il picco di traffico telefonico rivenduto dalla TC senza pagare il dovuto al fornitore e senza che il ricavato trovasse una lecita collocazione. Si tratta di una emergenza che confligge in apparenza con quella valorizzata dal GUP circa la non coincidenza delle esposizioni debitorie col periodo di presidenza del Mare, emergenza della quale dunque si imponeva una valutazione critica per rendere la motivazione completa e congruente rispetto a dati decisivi: e ciò, oltretutto, come già detto, nella prospettiva ed alla luce della figura dell'amministratore senza delega e solo formale che il GUP ha ritenuto di evocare ed utilizzare e che, invece, va considerata secondo il principio di diritto sopra formulato.

Per quanto concerne le imputazioni *sub* L e M, poi, analogo rilievo vale per la omessa valutazione delle dichiarazioni di Iasiello Walter rese il 23 marzo 2007, valutazione da effettuarsi ovviamente non in modo parcellizzato ma ricucendo assieme i diversi profili di compromissione del Mare in attività societarie omologhe e illecite.

Ebbene le dichiarazioni dello Iasiello afferirebbero a aspetti rilevanti, riguardando il contributo assicurato dal Mare alla attività intrinsecamente ed estrinsecamente illecita di rivendita del traffico telefonico, con indicatori di probabile consapevolezza in capo all'imputato, che avrebbero richiesto una specifica disamina da parte del GUP, libero ovviamente di giungere alla conclusione che riterrà conforme alle risultanze.

La necessità di nuova valutazione delle emergenze fin qui ricordate impone la riconsiderazione anche dell'intero quadro valorizzato e valorizzabile per la configurazione del reato associativo, costruito, nella specie, sulla base della addebitabilità dei reati fine. Il ricorso è invece da dichiarare inammissibile in relazione al capo S poiché la doglianza del PM si sviluppa come critica alla ricostruzione di merito operata dal GUP.

Questi invero ha ritenuto, con ragionamento plausibile, che l'insinuazione al fallimento per i compensi quale dirigente della Carrier non fosse fraudolenta per la ragione che la qualifica di dirigente attiene all'inquadramento professionale della attività lavorativa

svolta e non dipende sempre e necessariamente dalla esistenza in concreto di un apparato di dipendenti da dirigere. La domanda di rifusione delle spese sostenute nel grado dalla parte civile Carrier deve dunque essere rigettata e ciò anche in ragione del fatto che il regime delle spese va regolato secondo il criterio della soccombenza, di cui all'art. 91 c.p.c., in base al quale l'onere delle spese va valutato, nell'ipotesi di alterne vicende nei diversi gradi del giudizio, con riferimento all'esito finale (rv. 216462).

Cass. V n. 36595 del 16 aprile 2009, dep. 22 settembre 2009

Presidente: Calabrese R. L., Estensore: Marasca G.

Imputato: Bossio e altri

CED n. 245138

In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito mentre la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno. (In applicazione di questo principio la SC ha censurato la decisione del giudice di appello per difetto di motivazione in punto di esistenza di chiari indici rivelatori del possibile compimento di illeciti che avrebbero dovuto imporre agli amministratori senza delega di intervenire e ai sindaci di avvalersi del cd. potere informativo).