

Brevi riflessioni in merito alla responsabilità omissiva degli amministratori di una società di intermediazione mobiliare

di Giacomo Ferrando

Sommario: 1. I profili di interesse del recente arresto della Suprema Corte - 2. La vicenda oggetto del ricorso - 3. La responsabilità omissiva degli amministratori - 4. La sussistenza del dolo nel recente arresto della Suprema Corte

1. I profili di interesse del recente arresto della Suprema Corte

La recente sentenza 3 marzo 2015, sez. V, n. 9266 del Giudice di legittimità è l'occasione per svolgere alcune brevi riflessioni in merito all'*état de l'art* in materia di responsabilità omissiva degli amministratori nei reati fallimentari e, più specificamente, nel reato principe tra i reati concorsuali, la bancarotta fraudolenta¹.

La vicenda sulla quale il Supremo Collegio è stato chiamato a pronunciarsi presenta alcuni tratti distintivi rispetto ai numerosi arresti che si sono registrati recentemente in materia².

¹ La letteratura penalistica *in subiecta materia* è molto vasta. Si ricordano, *ex multis*, tra i lavori più recenti, FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2001, 3 e ss.; ROSSI, *Reati ed illeciti societari*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di GROSSO, v. I, Milano, 2007, 845 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, II ed., Milano, 2008, 32 ss.; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, *passim*. In merito alla posizione dei componenti del collegio sindacale, *ex plurimis*, PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, *passim*.

² *Ex multis*, in tema di responsabilità degli amministratori nel reato di bancarotta fraudolenta, Cass., sez. V, 16 settembre 2014, n. 50326, in *Mass. Uff.*, n. 261420; Cass., sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811, in *Mass. Uff.*, n. 261759; Cass., sez. V, 13 giugno 2014, n. 42272, in *Uff. Mass.*, n. 260394; Cass. sez. V, 28 maggio 2014, n. 44826, in *Mass. Uff.*, n. 261814; Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Mass. Uff.*, n. 261938; Cass., sez. V, 28 maggio 2014, n. 44826, in *Mass. Uff.*, n. 261814; Cass., sez. V, 11 marzo 2014, n. 32728, in *Mass. Uff.*, n. 261966; Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Mass. Uff.*, n. 261938; Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 19896, in *Mass. Uff.*, n. 259848; Cass., sez. V, 12 novembre 2013, n. 1706, in *Mass. Uff.*, n. 258950; Cass., sez. V, 14 maggio 2013, n. 37305, in *Mass. Uff.*, n. 257608; Cass., sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000, in *Mass. Uff.*, n. 256939; Cass., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *Mass. Uff.*, n. 253765; Cass., sez. V, 30 maggio 2012, n. 25292, in *Mass. Uff.*, n. 253001; Cass., sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, in *Ind. pen.*, 2012, 79, con nota di BERTOLINA, *Note in tema di responsabilità di amministratori privi di delega*; Cass. sez. V, 20 maggio 2011, n. 39593, in *Mass. Uff.*, 250844; Cass., sez. V, 22 novembre 2010, n.

In primo luogo, la fattispecie analizzata dalla V sezione della Corte di Cassazione concerne le responsabilità penali di diversi soggetti - amministratori, componenti del collegio sindacale e responsabile del controllo interno - facenti parte dell'organigramma di una particolare tipologia di società per azioni, la s.i.m. (società di intermediazione mobiliare)³. L'attività svolta da tale tipologia di impresa, ossia l'esercizio professionale nei confronti del pubblico delle attività di intermediazione in valori mobiliari - che può svolgersi sia attraverso la negoziazione per conto terzi (cosiddetto *brokerage*) che tramite la negoziazione per conto proprio (cosiddetto *dealing*) -, può essere fonte di gravi perdite per gli investitori ove non siano rispettate le disposizioni del D.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d'ora in avanti "T.U.F.") che impongono, in virtù del principio di separazione patrimoniale, che gli strumenti finanziari a qualunque titolo detenuti dall'intermediario costituiscano patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello dei clienti (art. 22 T.U.F.).

Un aspetto di particolare rilievo trattato dal *decisum* in commento, sul quale ci si soffermerà in seguito, è quello relativo agli obblighi di controllo che spettano agli amministratori sull'attività posta in essere dai promotori finanziari, i quali operano quali mandatari della società di intermediazione mobiliare.

Prima di svolgere alcune brevi riflessioni in merito a tali tematiche, giova riassumere succintamente la vicenda che ha dato luogo al recente pronunciamento della Corte di legittimità.

2. La vicenda oggetto del ricorso

Nel caso di specie il Supremo Collegio era stato chiamato a giudicare sul ricorso presentato da vari soggetti - nello specifico, due amministratori, tre componenti del collegio sindacale e il responsabile del controllo interno - facenti parte della compagine societaria di una s.i.m., condannati per i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e documentale ai sensi degli artt. 216 e 223 r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

41136, in *Dir. pen. cont.* (rivista online), con nota di MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*.

³ Per un approfondimento in merito alle società di intermediazione mobiliare (s.i.m.), *ex multis*, FRATINI, *Diritto dei mercati finanziari*, Bari, 2013, *passim*; COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014, *passim*; ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014.

Segnatamente, gli amministratori erano stati ritenuti colpevoli per aver distrutto il patrimonio aziendale e della clientela in conseguenza di scelte organizzative che avevano dato luogo ad una totale confusione fra i patrimoni *de quibus*, omettendo di istituire delle procedure di controllo interne sull'operato dei promotori finanziari e consentendo così a quest'ultimi di eseguire ordini privi di documentazione, fondati su moduli prestampati o falsamente sottoscritti, omettendo in tal modo di informare i clienti sui rischi relativi agli investimenti in prodotti derivati. Oltre a ciò, ai due amministratori veniva anche addebitato di non aver impedito ai promotori di falsificare i rendiconti periodici e di aver concordato con essi forme anomale di finanziamento tramite il rilascio di assegni e cambiali in bianco, aggravando in tal modo il dissesto della società.

Il responsabile del controllo interno era stato invece condannato per aver omesso di rilevare le irregolarità di cui sopra e di effettuare un effettivo monitoraggio dell'attività dei promotori, concorrendo così alla distruzione del compendio aziendale. I sindaci, infine, erano stati ritenuti colpevoli per aver omesso di segnalare la confusione patrimoniale e le carenze organizzative della società⁴.

I prevenuti avevano presentato diversi motivi di impugnazione, sia per questioni processuali sia per profili sostanziali, che sono stati ritenuti dalla Suprema Corte nella loro quasi totalità infondati⁵.

3. La responsabilità omissiva degli amministratori

La recente pronuncia della Suprema Corte ripropone la complessa problematica delle modalità di accertamento dell'elemento psicologico in capo agli amministratori nei reati omissivi impropri e, segnatamente, della prova dell'effettiva conoscenza da parte di tali

⁴ I soli amministratori e il responsabile per il controllo interno erano stati condannati invece anche per bancarotta documentale per aver impedito la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari della società. In secondo grado era invece caduto l'ulteriore addebito di bancarotta preferenziale nei confronti di uno degli amministratori in quanto estinto per intervenuta prescrizione.

⁵ La sentenza del giudice del gravame è stata infatti annullata con rinvio unicamente per quanto concerne la responsabilità per le condotte di bancarotta documentale poste in essere dal responsabile del controllo interno.

soggetti - onerati come è noto da una posizione di garanzia⁶ - della realizzazione *in itinere* di attività criminose nella gestione d'impresa.

Sul punto è d'uopo ricordare come nella prassi siano state elaborate diverse opzioni ermeneutiche, in particolare per quanto concerne la rilevanza da attribuire ai c.d. segnali d'allarme.

In un primo momento, infatti, era prevalso nel diritto giurisprudenziale un orientamento interpretativo meno garantista che, in luogo dell'effettiva rappresentazione ed accettazione dell'evento realizzatosi in concreto, riteneva sufficiente, per la prova del dolo, la volontarietà dell'inadempimento dei doveri di controllo, considerata *tout court* quale accettazione del rischio di qualsivoglia sviluppo negativo della gestione d'impresa⁷.

In particolare, e con maggiore impegno esplicativo, la prova del dolo veniva desunta per gli amministratori dall'inadempimento dei loro doveri, con la conseguenza che la posizione assunta nell'organizzazione dell'ente di per sé veniva considerata un indicatore del dolo: ci si basava sul fatto che i vertici, alla luce della posizione rivestita, “non potevano non sapere” che altri soggetti avrebbero potuto eventualmente commettere determinati reati (ad es., di false comunicazioni sociali)⁸.

Collocabile nell'alveo della medesima opzione interpretativa era anche quell'approccio al fenomeno che riteneva sufficiente per la prova del dolo il mancato attivarsi di fronte a riconoscibili “indici d'allarme” dei reati poi commessi, a prescindere che detti segnali fossero stati in concreto percepiti - e correttamente valutati - come segnali del possibile accadimento di un determinato fatto illecito⁹.

Tali soluzioni ermeneutiche sono state oggetto di penetranti critiche da parte della letteratura penalistica: in merito al primo indirizzo è stato infatti osservato come vi sia un chiaro errore nell'individuazione dell'oggetto del dolo, che non può essere individuato

⁶ La giurisprudenza e la dottrina concordano sul fatto che gli amministratori sono investiti di una *Garantstellung* rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., che trova il suo fondamento giuridico nell'obbligo d'impedimento di attività pregiudizievoli ex art. 2392 c.c. Per un'analisi dettagliata delle modifiche apportate sul punto dalla riforma del diritto societario - D.lgs. 6/2003 - si rinvia a BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, *passim*.

⁷ Cass., sez. V, 28 febbraio 1991, n. 3949, in *Cass. pen.*, 1991, 1406, 1849.

⁸ DE FRANCESCO, *Diritto penale: i fondamenti*, Torino, 2008, 423.

⁹ Emblematica in tal senso la vicenda relativa al crack del Banco Ambrosiano, Cass., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, in *Mass. Uff.*, n. 211368. Per una dettagliata analisi si rinvia a CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri collegiali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1149 ss.

nel mero inadempimento dell'obbligo di controllo, ma piuttosto nei fatti pregiudizievoli *in itinere* programmati dagli amministratori delegati; con riferimento alla seconda impostazione, invece, si è giustamente osservato come l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento non possa desumersi dalla mera presenza dei c.d. indici d'allarme¹⁰.

Il principale errore metodologico viene quindi ravvisato da tali Autori nella sovrapposizione tra il piano della "conoscibilità" e quello della "conoscenza", che trasforma, come è stato icasticamente osservato, il dolo eventuale nel suo "fantasma"¹¹.

Tali obiezioni hanno portato la giurisprudenza più recente¹² a ripudiare tale equiparazione tra i due diversi piani della conoscenza e della conoscibilità, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, alla distinta area della colpa¹³.

La giurisprudenza di legittimità ha così sottolineato, in merito alla rilevanza da attribuire ai c.d. segnali d'allarme, che per la prova del coefficiente soggettivo non è sufficiente la dimostrazione della sussistenza di chiari indici d'allarme che rilevino il rischio di un preciso atto pregiudizievole, ma occorre anche l'ulteriore accertamento che gli amministratori deleganti li abbiano effettivamente "percepiti" e "valutati".

Il Supremo Collegio ha specificato, in particolare, che l'applicabilità della teoria dei *signaux d'alarme* richiede l'accertamento di tre ineludibili passaggi. *In primis*, la prova della presenza di chiari e specifici segnali di allarme. In secondo luogo, occorre valutare se detti indici indichino in maniera inequivocabile che lo specifico evento criminoso - poi verificatosi - sia in corso di realizzazione. Da ultimo, è poi necessario dimostrare anche

¹⁰ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1266.

¹¹ CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit, 1147.

¹² Paradigmatica di questo mutamento di impostazione è la nota sentenza Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Giur. it.*, 2008, 2, 423, con nota di BURZI, *Amministratore privo di delega e obbligo di impedire i reati dei quali abbia conoscenza*. In merito a tale importante pronuncia si segnalano *ex multis* i commenti di CERQUA, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 4, 60; CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 103; PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le società*, 2008, 7, 902.

¹³ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 430, in cui l'Autore sottolinea la necessità di perseguire con ogni mezzo l'obiettivo di ostacolare quella sciatta prassi giurisprudenziale che spesso e volentieri fonda l'effettiva conoscenza degli elementi di fatto, richiesta dal dolo, sulla loro possibilità di conoscenza, trasformandosi così la prova del dolo in prova della colpa: la prevedibilità diviene dimostrazione, o meglio, presunzione di un'effettiva previsione, perché generalmente conseguenze prevedibili sono previste.

che il singolo amministratore abbia effettivamente percepito e valutato tali segnali come rappresentativi di un illecito *in itinere*¹⁴.

4. La prova del dolo nella recente sentenza della Suprema Corte

Dopo aver delineato succintamente l'*iter* compiuto dalla giurisprudenza *in subiecta materia*, occorre soffermarsi sui passaggi argomentativi - in realtà non molto approfonditi - che la recente sentenza della Corte di legittimità dedica alla prova del dolo in capo ai due amministratori imputati dei reati di cui agli artt. 216 e 223 r.d. 16 marzo 1942, n. 267¹⁵. In merito alla conoscenza dell'operato criminoso dei promotori in capo agli organi gestori, il Supremo Collegio individua alcuni episodi (*id est*, indici d'allarme) che avrebbero dovuto far intervenire gli amministratori, facendo così cessare le condotte illecite che si stavano compiendo.

Il primo di questi episodi viene ravvisato dalla Corte in una sanzione che la Banca d'Italia aveva comminato in un periodo antecedente rispetto alla dichiarazione di insolvenza della s.i.m. nei confronti sia degli amministratori che dei sindaci, a causa della confusione patrimoniale causata dalle attività poste in essere dai promotori.

Un secondo rilevante "campanello d'allarme" viene poi individuato dal Giudice della legittimità in un'ingiunzione di pagamento che il Ministero del Tesoro aveva decretato nei confronti degli organi gestori (e anche di quelli di controllo) per aver consentito ai promotori "di operare senza controllo con frenetiche acquisizioni di ordinativi anche all'insaputa dei clienti".

¹⁴ E' d'uopo però osservare come la Suprema Corte in alcune sue recenti pronunce abbia valutato in modo meno rigoroso gli indici di allarme, equiparando di fatto la consapevolezza del proposito illecito alla conoscibilità dello stesso. In tal senso, ad es., Cass., sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*.

¹⁵ Come è già stato messo in evidenza in precedenza, nel caso di specie veniva addebitato ai due amministratori di non aver istituito delle procedure di controllo interno nei confronti dell'attività posta in essere dai promotori, i quali avevano causato una totale confusione contabile fra il patrimonio della società e quello dei singoli clienti (impedendo, in tal modo, di attribuire le perdite registrate al normale andamento degli investimenti piuttosto che ad illecite operazioni dei promotori stessi). Emblematica di questa situazione assolutamente "patologica" era in particolare l'attività di un promotore che aveva fatto affluire indifferentemente su un unico conto corrente bancario le somme investite dai clienti, fossero gli stessi ufficialmente censiti o meno nella contabilità della società, operando poi su questo conto "in monte", ossia con una gestione cumulativa del risparmio propria di altre forme di investimento, quali, ad esempio, i fondi comuni.

Il Supremo Collegio constata perciò che gli amministratori, nonostante tali segnali di allarme di non poco momento, non erano in alcun modo intervenuti e avevano continuato ad affidare totalmente i rapporti con i clienti ai promotori, consentendo così a questi ultimi di eseguire operazioni allo scoperto e di creare rilevanti posizioni debitorie¹⁶.

I Giudici della legittimità concludono così che gli amministratori devono rispondere per tale inerzia “quanto meno a titolo di dolo eventuale per l’accettazione del rischio del verificarsi dell’evento”.

Come evidenziato, i passaggi che il recente *dictum* della Corte di Cassazione dedica all’effettiva conoscenza da parte degli amministratori dell’operato criminoso dei promotori non sono particolarmente approfonditi. Il giudice della nomofilachia, probabilmente anche alla luce della gravità dei segnali di allarme, fa infatti discendere in modo quasi automatico dalla sussistenza di tali segnali (le ingenti sanzioni comminate sia dalla Banca d’Italia che dal Ministero del Tesoro) la responsabilità degli organi gestori, quanto meno a titolo di dolo eventuale.

Un qualche dubbio può inoltre destare il riferimento *en passant* che la Suprema Corte fa nella parte finale della pronuncia al criterio della c.d. accettazione del rischio quale parametro per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente. Sul punto giova infatti ricordare come, alla luce della nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 38343/2014¹⁷ - concernente la tragica vicenda dell’incendio dell’acciaieria Thyssen-Krupp di Torino -, per poter qualificare come dolosa una condotta (o, come nel caso che si commenta, l’omissione di una condotta doverosa) non possa più ritenersi sufficiente il riferimento alla mera accettazione del rischio del verificarsi dell’evento, elemento presente - come specificato dalla Suprema Corte - anche nella colpa con previsione, imponendosi invece al giudice il più gravoso accertamento di “una presa di posizione volontaristica”, di un “atteggiamento psichico che indichi una qualche adesione all’evento”¹⁸.

¹⁶ Un altro elemento che fa propendere i Giudici della legittimità per il dolo dei soggetti gestori viene inoltre ravvisato nella richiesta che questi avevano rivolto ai clienti affinché emettessero assegni non datati, elemento indicativo - secondo la Corte - della consapevolezza che gli amministratori avevano della consistente esposizione debitoria della società dovuta all’operato illecito dei promotori.

¹⁷ Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, contributo presente anche in AA.VV., *Il libro dell’anno del diritto 2015*, Roma, 2015.

¹⁸ In tale sede non è possibile ricostruire il dibattito dottrinale in merito all’*ubi consistam* del dolo eventuale e ai tratti che lo distinguono dalla colpa con previsione. Nella letteratura penalistica italiana, *ex multis*,

Il Giudice della legittimità ha infatti statuito nel recente arresto ThyssenKrupp, in conclusione di un articolato percorso motivazionale che ha ricostruito le diverse tesi emerse nell'elaborazione teorica e nella prassi, che per poter propendere per la sussistenza del dolo nella sua forma eventuale occorre specificamente “comprendere se l'agente, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine da perseguire e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa”, esprimendo in tal modo “una scelta razionale, il più possibile assimilabile alla volontà”.

PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nelle fattispecie penali*, Milano, 1993; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999; FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.; GALLO M., *Ratio e struttura del dolo eventuale*, in *Crit. dir.*, 1999, 411; VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Iuris*, 2001, 1053; FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, I, 152 ss.; PULITANÒ, *I confini del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 22 ss.. Per la giurisprudenza successiva al *leading case* Thyssen Krupp si segnala Cass., sez. I, 28 ottobre 2014, n. 52530, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di Dova, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*.