

La posizione di garanzia non basta per la responsabilità penale

di *Simona Metrangolo*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 25 GENNAIO 2018 (UD. 22 DICEMBRE 2017), N. 3623
PRESIDENTE CARCANO, RELATORE CENTONZE

Sommario: 1. Il caso in esame. – 2. Un'ipotesi colposa di bancarotta fraudolenta per distrazione? – 3. La posizione di garanzia rivestita da M.C. – 4. Confusioni tra dolo e colpa. Spunti di riflessione

1. Il caso in esame.

Con il provvedimento in analisi, la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Milano che confermava la decisione del Gip di condanna degli imputati B.G. e M.C. per il delitto ex art. 216, comma 1, n. 1, L. Fall. (c.d. bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione)¹, posto in essere quali amministratori di Alfa s.r.l., società poi dichiarata fallita.

Ecco i fatti in breve. M.C., nominato amministratore unico di Alfa a seguito della revoca dei precedenti amministratori, tra cui figurava B.G., trasferiva la sede operativa di detta società presso Beta s.a.s., gestita dagli amministratori revocati ed evidentemente costituita per finalità di illecito arricchimento. In questo modo si era consentito a Beta di acquisire a titolo gratuito l'avviamento dei beni strumentali di Alfa, tuttavia accelerando il processo di depauperazione del capitale di quest'ultima.

Tanto premesso, la pronuncia del Supremo Collegio ha tratto il suo abbrivio dal ricorso (poi accolto) dei due imputati avverso la citata sentenza della Corte territoriale ambrosiana e dagli stessi ritenuta carente «sotto il profilo dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato contestato»², con specifico riguardo alla posizione dell'amministratore unico di Alfa s.r.l, M.C.

Il ruolo apicale ricoperto da M.C. all'interno della società non deve infatti condurre l'interprete all'elaborazione di frettolosi giudizi di responsabilità, che ricalcano i tratti della colpevolezza d'autore, se non addirittura favoriscono modelli d'imputazione oggettivizzante. Al contrario, come insegna autorevole e ormai

¹ Art. 216, comma 1, n. 1, L. Fall.: «È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti».

² Così Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 2017, n. 3623.

consolidata dottrina³, il giudice dovrebbe integrare il criterio formale di «individualizzazione della responsabilità penale»⁴ con un'indagine di tipo funzionale, caratterizzata dalla «verifica, in concreto, non soltanto della regola cautelare inosservata, ma soprattutto della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso»⁵ che quella regola mirava a prevenire.

La Cassazione ha trasfuso queste osservazioni nel seguente principio di diritto: «La titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire, sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso»⁶.

2. Un'ipotesi colposa di bancarotta fraudolenta per distrazione?

Stigmatizzando un *modus procedendi* invalso presso talune Corti di merito e invitando, nel caso di specie, i giudici del rinvio a fare buon uso delle coordinate costituzionali di cui all'art. 27, la Suprema Corte ribadisce che, in ambito penalistico, «per insuperabili ragioni assiologiche [...] il principio di colpevolezza ripudia ogni forma di responsabilità oggettiva»⁷, rilevando soltanto i fatti imputabili al soggetto agente almeno a titolo di colpa. Quanto detto è ben evidenziato in un passaggio della parte motiva della sentenza dove si afferma che una corretta implementazione «del principio di colpevolezza esclude qualsivoglia automatismo rispetto all'addebito di responsabilità penale». Ciò che pone la pronuncia nel solco di quell'orientamento⁸ secondo cui la legge penale deve garantire «al privato la certezza di libere scelte d'azione»⁹, ed è difficile immaginare che questo possa accadere se la responsabilità penale non è fondata su imputazioni quantomeno colpose.

La sentenza tuttavia, se da un lato mostra apprezzabile sensibilità su detto tema, su altri profili desta qualche interrogativo. In particolare, ci si riferisce all'applicazione, nei confronti di un delitto essenzialmente doloso, dei parametri e criteri tipici della colpa: un primo snodo critico è dunque rappresentato dalla (non) combinabilità di modelli di imputazione soggettiva strutturalmente diversi. Infatti,

³ Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Torino, 1983, pag. 242: «All'indagine di tipo formale (sulla fonte della situazione di obbligo) dovrà far seguito una indagine di tipo funzionale per valutare se l'obbligo *de quo*, per il suo contenuto, il suo significato, la sua funzione, assuma la consistenza di un obbligo di garanzia».

⁴ Così Cass. pen., 22 dicembre 2017, cit.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Cass. pen., 22 dicembre 2017, cit., in *Italgjureweb*, massima anno 2018.

⁷ Così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 521.

⁸ In giurisprudenza si veda, tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2016, n. 5273. In dottrina, cfr. S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ediz., Il Mulino, Bologna, 2017, pagg. 535-539.

⁹ ID., pag. 537.

«nei reati dolosi l'affermazione di responsabilità si basa sul rimprovero mosso all'agente di essersi rappresentato e aver voluto un fatto pericoloso o dannoso per il bene giuridico»¹⁰. Al contrario, nei reati colposi, il rimprovero individuale, «non potendo avere come oggetto una volizione del fatto che, per lo più, non ci sarà stata, riguarderà»¹¹ il non averlo evitato laddove il reo avrebbe potuto e dovuto farlo, adeguando la propria condotta alle regole cautelari esistenti o, in loro mancanza, astenendosi *in toto* dall'agire pericoloso.

Tanto premesso, il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione esiste nel nostro ordinamento nella sola forma dolosa. Questo significa che l'interprete dovrà verificare che l'imputato si sia rappresentato correttamente gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e abbia poi agito con «*volontà consapevole di realizzare il fatto tipico*»¹², costituendo l'elemento volontaristico il requisito che marca meglio la differenza tra il dolo e la colpa.

Alla luce di ciò, non si capisce allora perchè la Suprema Corte ordini ai giudici del rinvio la «verifica, in concreto, sia della sussistenza della violazione» – da parte di M.C. – «di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire, sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile» al reo e il dissesto finanziario poi occorso. In pratica, la Cassazione impone alla Corte d'Appello di Milano di declinare la responsabilità dell'imputato secondo il peculiare paradigma del reato colposo.

Cionondimeno, se si guarda all'ultima sezione della parte motiva della sentenza, il Collegio precisa, testualmente, che «la condotta gestionale dell'imputato ha concorso a determinare l'evento» lesivo, dando così la stura per ricondurre la responsabilità di M.C. nell'alveo del concorso (omissivo) colposo nell'altrui delitto (commissivo) doloso. Il requisito mancante ai fini della piena operatività di questa fattispecie concorsuale è però – ancora una volta – rappresentato dall'inesistenza di un'ipotesi colposa di bancarotta fraudolenta per distrazione. Infatti, come statuito da recente giurisprudenza, «è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso a condizione che il reato sia previsto anche nella forma colposa e che la condotta del ricorrente contenga tutti i requisiti della colpa»¹³.

3. La posizione di garanzia rivestita da M.C.

La Cassazione, nel testo della pronuncia, qualifica più volte M.C. come «garante» dell'integrità e stabilità finanziaria di Alfa s.r.l., così riconoscendolo titolare di una «posizione di garanzia» ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Questo comporta

¹⁰ G. FORTI, *Colpa (voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 947.

¹¹ ID., pag. 948.

¹² G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ediz., Zanichelli, Bologna, 2014, pag. 371 (il corsivo è degli Autori).

¹³ Così Cass. pen., sez. IV, 27 luglio 2016, n. 32567, conf. a Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 22042.

l'individuazione, all'interno degli artt. 2475 e 2476, comma 1, c.c., della fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento-dissesto¹⁴, che si poteva e doveva evitare o quantomeno attenuare nell'intensità della sua manifestazione. Infatti, gli amministratori di una società di capitali devono adempiere i doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza tipica della natura dell'incarico e delle proprie specifiche competenze, pena l'esercizio di un'azione di responsabilità da parte di chi abbia subito danni a seguito della cattiva gestione della società e del suo patrimonio.

Nel caso di specie, il trasferimento della sede operativa di Alfa s.r.l. presso Beta s.a.s. integrerebbe gli estremi di una condotta gestionale poco avveduta, esponendo pertanto il suo responsabile a sicuro rimprovero: giova, infatti, ricordare che in tal modo, secondo la Corte d'Appello di Milano, si era favorito e accelerato il processo di impoverimento del capitale di Alfa. Più nel dettaglio, i giudici di merito affermano che l'imputato non solo avrebbe dovuto valutare con prudenza la fattibilità o meno del trasferimento ma, una volta autorizzato, sarebbe stata *a fortiori* opportuna, da parte sua, un'accorta supervisione dell'operato degli amministratori di Beta, al contrario assente. Al pari del Supremo Collegio, la Corte d'Appello attribuisce a M.C. il ruolo di garante della stabilità finanziaria di Alfa, ma lo utilizza per ascrivergli un'automatica responsabilità “da posizione” per i fatti poi occorsi alla società.

Questo modello d'imputazione, a giudizio della Suprema Corte, collide con il principio costituzionale di colpevolezza e ancor prima – si potrebbe aggiungere – con quello di responsabilità per fatto proprio; principio quest'ultimo precipitosamente «ritenuto da taluno [...] assorbito e risolto»¹⁵ nel primo.

È per questo motivo che il Collegio accoglie il ricorso degli imputati e impone ai giudici del rinvio di elaborare un più accurato accertamento dell'addebito soggettivo mosso nei loro confronti, indicando inoltre – come visto – i parametri di giudizio per mezzo dei quali affermare la responsabilità asseritamente colposa di M.C.

4. Confusioni tra dolo e colpa. Spunti di riflessione.

I disorientamenti giurisprudenziali in tema di dolo e colpa non sono rari ed invero, «soprattutto nel multiforme diritto penale dell'economia», non sono infrequenti

¹⁴ Secondo l'insegnamento di Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 2012, n. 47502, che la Suprema Corte sembra qui condividere, il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è qualificabile come reato di evento di danno (patrimoniale) su base dolosa. Nello stesso senso, in dottrina, si vedano L. TROYER/A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le Società*, 3, 2013, pagg. 335 e ss., nonché M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 4, 2011, pagg. 35-69. Va comunque dato atto del recente orientamento pretorio che qualifica il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione alla stregua di un reato di pericolo concreto, cfr. Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2017, n. 16111.

¹⁵ S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, op. cit., pag. 206.

«pronunce che [...] finiscono per operare vere e proprie commistioni tra il piano del dolo e quello della colpa», facendo leva su presunte flessibilità¹⁶ di tali categorie»¹⁷.

Nello specifico, con riguardo alla casistica che ci occupa, la Cassazione¹⁸ ha a lungo ritenuto che, per provare la responsabilità ex artt. 110 e 40 cpv. c.p. degli amministratori non operativi per i reati commessi dai delegati, fossero sufficienti dei non meglio specificati “segnali d'allarme”, ossia indici sintomatici del compimento, da parte di questi ultimi, di attività criminose. Dai segnali d'allarme venivano dedotti la consapevolezza che qualcun altro stava realizzando delle operazioni illecite e, quindi, l'obbligo in capo ai garanti di attivarsi per impedirle; diversamente, essi avrebbero risposto di concorso nel reato commesso a titolo di dolo, quantomeno eventuale. A voler essere più precisi, dall'esistenza dei segnali d'allarme si deduceva la prevedibilità del reato; dalla prevedibilità del reato si desumeva la piena rappresentazione del fatto illecito e da questa si ricavava infine la volontà di concorrervi, dando la stura per la creazione pretoria di un dolo “finto”, per non dire presunto, da taluno definito «per equivalente»¹⁹. In pratica, si finiva per svuotare di significato il dolo poiché dalla prova della prevedibilità – che, peraltro, non è sufficiente a provare *status* psicologici diversi dalla colpa – si passava, attraverso notevoli semplificazioni probatorie²⁰, all'affermazione della volontà criminosa.

Ad ogni modo, per quanto gravi siano i fatti commessi dal reo e per quanto arduo sia raggiungere la prova della sua colpevolezza, non essendo «stata ancora inventata la doloscopia»²¹, ciò non può condurre al «tramonto del dolo»²² nell'ottica di una (eccessiva) responsabilizzazione degli organi di gestione, che strizza l'occhio a concezioni neoretribuzionistiche della pena.

¹⁶ Nemmeno in dottrina è mancato chi ha ritenuto dolo e colpa figure complementari e parti di un “rapporto scalare”; pertanto, anche per la sussistenza del primo, sarebbe necessaria l'inosservanza di una norma cautelare: sul punto si veda, per tutti, la fondamentale opera di G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *La colpa. Studi*, Giuffré, Milano, 2013, pag. 329. Questa tesi, però, è stata duramente criticata da A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Giuffré, Milano, 1992, pagg. 796 e ss., il quale ritiene che non sia di alcuna utilità parlare di regole cautelari al di fuori del reato colposo, avendo esse senso solo con riguardo ad eventi non voluti dal soggetto agente.

¹⁷ Così S. CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013, pag. 5.

¹⁸ Si vedano, in particolare, i *leading cases* Banco Ambrosiano e Banca privata Michele Sindona, rispettivamente: Cass. pen., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327 e Cass. pen., sez. V, 20 maggio 1980, n. 10647.

¹⁹ Così G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, III ediz., Giappichelli, Torino, 2013, pag. 419.

²⁰ Definite da L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1987, s.i.p., alla stregua di «meri artifici retorici».

²¹ F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova di dolo*, in *Criminalia*, 2010, pag. 464, ripreso da P. PIRAS, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2012.

²² C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Giuffré, Milano, 2000, pag. 1265.

Per tale ragione, nel 2007 la Suprema Corte ha mutato orientamento con una pronuncia ²³ pienamente rispettosa dei principi-cardine del diritto penale, sostanziale e processuale. La sentenza spiega bene come il dolo costituisca uno stato psichico reale, da accertare attraverso l'attento studio del materiale probatorio e senza ricorrere a presunzioni di alcun tipo. In particolare, la Cassazione ha statuito che non concorre nel reato commesso da altro amministratore, per difetto di dolo, chi non abbia avuto piena *conoscenza* del fatto pregiudizievole non impedito, non essendo possibile equiparare conoscenza e conoscibilità, parametro quest'ultimo tipico della colpa. Parimenti, i segnali d'allarme "indizianti" della responsabilità del garante non possono essere generici, bensì «perspicui e peculiari»²⁴ di un dato evento illecito, e dunque tali da rivelare la presenza di criticità.

La Suprema Corte, tuttavia, con la decisione del 22 dicembre 2017, sembra essere nuovamente tornata sui suoi passi e condividere l'orientamento "tradizionale" in tema di responsabilità omissiva del garante per i fatti commessi dai sottoposti alla vigilanza.

²³ Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838.

²⁴ Cass. pen., 22 dicembre 2017, cit.