

ORIENTAMENTI

DAVIDE PAGANI

Circolazione dell'azienda e responsabilità penale degli amministratori senza deleghe

SOMMARIO: 1. Il problema - 2. Circolazione d'azienda e successione nella posizione di garanzia - 3. Il ruolo della norma extrapenale e il fondamento dell'obbligo di garanzia - 4. Responsabilità omissiva degli amministratori non operativi e cessione d'azienda.

1. È possibile che nello svolgere la propria attività le imprese operino una cessione d'azienda al fine di diversificare i rischi e massimizzare i vantaggi. Tale cessione può assumere la forma del trasferimento, dell'affitto, dell'usufrutto e può riguardare l'azienda nel suo complesso o solo un ramo di essa. Inoltre, l'operazione può coinvolgere due società collegate o anche due società completamente estranee fra loro.

Soprattutto, è possibile che all'interno delle imprese di grandi dimensioni vengano costituite più società e che a ciascuna di esse sia attribuita una singola porzione del *business* aziendale rimanendo in capo alla società *holding* il potere di direzione e controllo. È questo il fenomeno del gruppo di imprese che si caratterizza per l'indirizzo unitario e, allo stesso tempo, per l'autonomia delle singole società che ne fanno parte¹.

Uno strumento giuridico che consente di articolare in gruppo l'attività d'impresa è appunto la circolazione d'azienda e, in particolare, la forma della cessione di ramo d'azienda.

Questa soluzione è largamente diffusa nelle imprese di grandi dimensioni e può riguardare anche soggetti giuridici titolari di pubbliche concessioni, sempre che tale possibilità sia prevista dalla convenzione stipulata con il Ministero competente. In questi casi potrebbero sorgere problemi di coordinamento tra l'esigenza del concessionario di affidare a terzi la realizzazione di attività funzionali all'erogazione del servizio pubblico e i limiti posti dal legislatore allo svolgimento delle attività in regime di concessione.

Il problema della cessione d'azienda è stato affrontato da dottrina e giurisprudenza con riferimento al mantenimento dei diritti dei lavoratori nel passaggio da un datore di lavoro all'altro².

¹ Per un'analisi dei risvolti penali dell'articolazione in gruppo dell'attività di impresa si v. SCARONA, *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.

² Il Codice Civile se ne occupa all'art. 2112 che è stato oggetto di ampia giurisprudenza in relazione a diverse problematiche.

L'attenzione, pertanto, deve essere rivolta ai possibili profili penali della circolazione d'azienda limitatamente alle ipotesi in cui simili operazioni siano realmente funzionali all'articolazione dell'attività d'impresa o alla sua riorganizzazione.

Infatti, non può passare inosservato che la cessione d'azienda rappresenta uno strumento ampiamente utilizzato per fini illeciti nell'ambito, ad esempio, di vicende che sfociano in fallimenti e bancarotte. In questi casi l'operazione non si fonda su ragioni economiche valide ma è unicamente finalizzata a distrarre beni dalla garanzia patrimoniale.

È, peraltro, possibile che nel contesto di organizzazioni imprenditoriali complesse, alla verifica di un fatto di reato riconducibile al ramo di attività ceduto, segua la contestazione dei relativi addebiti non solo nei confronti dei soggetti responsabili nell'ambito del ramo in discorso, ma anche in capo ai vertici della società *holding* per omesso impedimento dell'illecito realizzato nella controllata.

In questi frangenti, problematico risulta rintracciare un'eventuale responsabilità degli amministratori non operativi della società controllante e del suo presidente del consiglio di amministrazione in virtù del ruolo di rappresentanza che ricopre.

La giurisprudenza riconosce in relazione a tali soggetti una posizione di garanzia rispetto all'attività di tutto il gruppo fondata sul generale dovere civilistico di intervento attivato dalla percezione di segnali di allarme dell'illecito *in itinere*.

Come si vedrà, il meccanismo di ascrizione della responsabilità viene spesso appiattito su criteri propriamente riconducibili alla rimproverabilità per colpa, posto che vengono confuse autentiche posizioni di garanzia con meri obblighi di sorveglianza, riesumando anacronistiche forme di responsabilità per fatto altrui o da posizione e il dolo di fattispecie finisce con l'essere ricavato dalla semplice inerzia dell'amministratore secondo lo schema del c.d. dolo "*in re ipsa*".

La dottrina evidenzia, invece, come la mancanza di poteri naturalistici impeditivi sufficientemente determinati in capo al presidente e agli altri amministratori non operativi debba necessariamente escludere la sussistenza di una loro posizione di garanzia, pena un'evidente confusione tra obblighi di garanzia ed obblighi di vigilanza.

Secondo tale orientamento gli amministratori privi di delega sarebbero raggiunti da un mero obbligo di sorveglianza e non sarebbe possibile imputare loro l'omesso impedimento del reato altrui.

Ci si chiede, allora, se la disciplina degli effetti contrattuali della circolazione

d'azienda possa influire sui meccanismi di ascrizione della responsabilità penale in capo agli amministratori non operativi nel senso di rafforzare l'esclusione di una loro posizione di garanzia rispetto ad un'attività che è stata ceduta.

Il *focus* dell'analisi dovrà essere incentrato sugli effetti della circolazione d'azienda, sulla disciplina penale delle posizioni di garanzia e sulla portata dei poteri a disposizione degli amministratori per pervenire, infine, a ricollegarsi ad un esame critico della monolitica, quanto discutibile giurisprudenza della Cassazione in tema di accertamento dell'elemento soggettivo per il reato omissivo degli amministratori.

2. La disciplina civilistica applicabile alle ipotesi di cessione aziendale è quella prevista dagli artt. 2555 - 2562 C.c.³. Tale disciplina si incentra sulla continuità della gestione aziendale limitandosi ad assicurare la successione del cessionario nei contratti nonché la sorte dei crediti e debiti relativi all'azienda ceduta⁴. L'effetto principale della cessione consiste nel trasferimento di tutto quanto rientra nell'azienda o nel ramo conferito al cessionario e la sua sostituzione al cedente nella titolarità di obblighi, responsabilità e poteri connessi alla gestione del ramo stesso.

Il cessionario subentra nella posizione giuridica del cedente come effetto automatico del trasferimento⁵, senza bisogno di ulteriori e specifiche pattuizioni per l'ottenimento dell'effetto traslativo⁶.

Tale circostanza è connessa alla successione del cessionario in tutti i contratti stipulati dal cedente per l'esercizio dell'impresa ceduta e trova pacifica conferma nella giurisprudenza civile di legittimità come effetto automatico e naturale del contratto di affitto d'azienda⁷.

³ L'art. 2562 C.c. estende all'affitto d'azienda le disposizioni dettate dall'art. 2561 C.c. in tema di usufrutto. In assenza di una normativa più specifica, la disciplina dell'affitto d'azienda rientra in quella dell'affitto in generale che, a sua volta, è ricavabile sulla base di un rapporto di specie a genere dalle norme in tema di locazione.

⁴ L'art. 2558 C.c. stabilisce che, salvo diversa pattuizione, l'acquirente subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa ad esclusione di quelli che abbiano carattere personale. L'art. 2559 C.c. disciplina il trasferimento dei crediti che, a differenza dell'istituto della cessione del credito, non richiede l'accettazione del terzo ceduto. Infine, in base all'art. 2560 C.c. anche l'acquirente risponde dei debiti relativi all'azienda ceduta se risultano dai libri contabili. Per una panoramica della disciplina si v. NASTRI, *L'affitto d'azienda*, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, in *Le ricerche*, supplemento al n. 2/2010.

⁵ Al riguardo certa dottrina parla di «generale principio "successorio" sancito dal co. 1 dell'art. 2558 C.c.» FORNERO, NEGRO, ODETTO, *Cessione, conferimento affitto e donazione d'azienda*, Milano, 2011, 41.

⁶ DUL, *Outsourcing ed esternalizzazioni tra diritto commerciale e diritto del lavoro*, Milano, 2007, 62.

⁷ In questo senso Cass. Civ., Sez. III, 2 luglio 2010, n. 15700, in *Giust. civ.*, 2010, 7-8, 996: «le disposi-

La successione del cessionario al cedente è l'elemento caratterizzante del conferimento d'azienda a tal punto da costituirne l'effetto tipico sulla base del quale la giurisprudenza civile di legittimità è solita individuare le ipotesi occulte di cessione d'azienda⁸.

Il subingresso automatico nella posizione del cedente è in linea con la *ratio* dell'istituto⁹ e costituisce un effetto contrattuale naturalmente conseguente alla stipulazione¹⁰.

La legge rimette, poi, alla libera determinazione delle parti la possibilità di derogare al carattere generale della successione individuando espressamente nell'atto di cessione i beni inclusi e quelli esclusi dal trasferimento attraverso l'utilizzo di clausole contrattuali.

Si tratta di una facoltà che la legge riconosce all'autonomia privata ma che non intacca la validità generale della successione come effetto automatico della cessione d'azienda.

Come anticipato in premessa, la cessione d'azienda è uno strumento particolarmente apprezzato per il perseguimento di fini illeciti. È proprio l'effetto di netta separazione tra cedente e cessionario a rendere la cessione d'azienda

zioni contenute nell'art. 2558 C.c. (...) prevedono la successione automatica del cessionario o dell'affittuario dell'azienda nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda».

Inoltre, Cass. Civ., Sez. I, 16 Giugno 2004, n. 11318 - Massima: «In tema di affitto di azienda, la disciplina legale considera come effetto naturale dell'affitto, salvo patto contrario, il subingresso dell'affittuario nei contratti inerenti al suo esercizio». La stessa sentenza si trova massimata anche in *Giur. it.*, 2005, 81 e *Foro it.*, 2005, I, 1152.

Secondo Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2007, n. 7652, in *Mass. Foro it.*, 2007, il trasferimento d'azienda realizza un trasferimento "ex lege" al cessionario di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale e rispetto ai quali le parti non abbiano espressamente escluso l'effetto successorio e il subentro "ipso iure" del cessionario d'azienda.

La successione è definita quale effetto "ex lege" della cessione da Cass. Civ., Sez. I, 19 giugno 1996, n. 5636, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 884, che ritiene il trasferimento efficace anche rispetto ai contratti dei quali il cessionario ignorava l'esistenza.

⁸ Come confermato da Cass., Civ., Sez. I°, 9 ottobre 2009, n. 21481, *CED Cass. civ.*, rv. 609944 «La giurisprudenza aveva già chiarito che l'ipotesi di trasferimento d'azienda ricorreva non solo nei casi espressamente contemplati della vendita, dell'affitto e della concessione in usufrutto dell'azienda, ma anche nelle ipotesi in cui, (...), si fosse realizzata la sostituzione della persona del titolare, quale che fosse il mezzo giuridico attraverso il quale detta sostituzione si attuava (Cass. 5466/98, 9728/97, 10688/96) e relativamente alla cessione di beni aziendali realizzati attraverso atti negoziali distinti di trasferimento in proprietà, affitto o a titolo di comodato, facenti parte di un disegno unitario (Cass. 5739/90, 3167/90, 123/90, 515/89)».

⁹ In generale, il trasferimento deve garantire la conservazione del complesso aziendale ceduto e l'adempimento dei contratti in essere al momento della cessione.

¹⁰ La disciplina civilistica prevede il subentro dell'affittuario in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda (art. 2558 C.c. *cit.*) e l'acquisizione da parte sua della qualità di imprenditore, unico referente dell'attività oggetto di cessione (art. 2561 C.c.).

funzionale alle condotte di distrazione tipiche della bancarotta societaria¹¹.

Dato il successo riscosso dalla cessione d'azienda come meccanismo utilizzato a fini illeciti, si intende in questa sede individuarne i possibili vantaggi leciti ricavabili in tema di ripartizione della responsabilità penale conseguente ad una riorganizzazione aziendale.

Anzitutto, bisogna valutare se il subingresso automatico nella gestione dell'azienda da parte del cessionario e la conseguente estromissione del cedente riflettano i loro effetti anche sul piano delle posizioni di garanzia.

In particolare, si intende analizzare gli effetti prodotti dalla cessione d'azienda sul riparto di responsabilità penali che possono derivare dalla realizzazione di un reato nell'ambito dell'attività ceduta.

A tal fine, si rileva che alla cessione d'azienda corrisponde una successione del cessionario nella posizione di garanzia del cedente alla «quale non segue una sovrapposizione di obblighi ma il venir meno della responsabilità originaria e la creazione di una nuova posizione di titolarità»¹². Il trasferimento dell'attività di impresa attribuisce al cessionario «esclusiva responsabilità in ordine ai fatti lesivi che possono scaturire dal complesso produttivo ceduto»¹³. Tale effetto si pone in linea con la disciplina civilistica della circolazione d'azienda e, sul versante penale, rispecchia pienamente le regole in tema di posizione di garanzia.

Infatti, su quest'ultimo aspetto, autorevole dottrina ha sottolineato che la successione del cessionario nella posizione di garanzia del cedente discende direttamente dalla legge e non dal contratto. È la legge che, a determinate condizioni, attribuisce la posizione di garanzia rispetto ad eventuali fatti lesivi realizzati nell'ambito dell'attività di impresa. Il contratto consente di trasferire solo la titolarità di tale posizione senza incidere sui meccanismi di ascrizione della responsabilità penale¹⁴.

¹¹ La giurisprudenza penale si occupa continuamente di vicende fallimentari caratterizzate dalla cessione o dall'affitto dell'azienda o di un suo ramo a cui non corrisponda alcun pagamento. Tali condotte distrattive sono finalizzate a scorporare dal complesso aziendale in crisi la sola parte che ancora conservi una propria capacità produttiva o un valore economico significativo arrecando pregiudizio ai creditori e alla procedura fallimentare. In questo senso si v., a titolo meramente esemplificativo, le recenti pronunce Cass., Sez. V, 2 aprile 2014, Costa, in *Mass. Uff.*, n. 259858 e Id., Sez. V, 22 gennaio 2013, Varacalli, *ivi*, n. 255501.

¹² CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2009, 502. Per un'approfondita analisi sul punto GARGANI, *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, in *Studium Juris*, 2004.

¹³ CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, *op. cit.*, 502.

¹⁴ «Nel caso della cessione di un'impresa, l'atto negoziale con cui essa si effettua è certamente nella disponibilità delle parti, che non interferiscono minimamente sulle scelte di criminalizzazione della legge penale: l'estinzione degli obblighi penali dell'alienante, che con riferimento all'azienda oggetto di com-

Per giungere a tali conclusioni la stessa dottrina si è soffermata sulla distinzione tra l'ipotesi di trasferimento della posizione di garanzia e quella di successione nella titolarità degli obblighi impeditivi che vi sono connessi.

La prima ipotesi riguarda i soggetti che per legge sono titolari della posizione di garanzia cui è connessa una funzione di tutela avente ad oggetto l'obbligo di impedimento di eventi lesivi del bene giuridico protetto. Tali soggetti possono delegare contrattualmente la funzione di tutela attribuendo i relativi poteri ma, non potendo spogliarsi della qualifica cui la legge riconnette la titolarità della posizione di garanzia, residua in capo agli stessi un obbligo di vigilanza sui delegati¹⁵.

In questi casi si verifica un trasferimento degli obblighi impeditivi la cui violazione determina la responsabilità penale con la conseguenza che, in questo modo, l'autonomia contrattuale si porrebbe a fondamento della scelta del soggetto destinatario dell'obbligo penalmente rilevante. Evidenti e legittimi sono i dubbi sollevati circa il rispetto del principio di riserva di legge¹⁶.

Dall'altra parte, la successione nella posizione di garanzia riguarda quelle ipotesi in cui un atto rientrante nella libera autonomia negoziale dei privati trasferisca la qualifica cui la legge penale riconduce la posizione di garanzia.

È questo il caso, ad esempio, della delibera assembleare che sostituisca l'amministratore di una società: il nuovo amministratore subentra al precedente prendendo in carico obblighi e poteri inerenti alla posizione di garanzia da cui può derivare un'eventuale responsabilità penale.

Non vi è nessuna invasione di campo da parte dell'autonomia contrattuale rispetto alla disciplina penale e al principio di riserva di legge. Il subingresso nella posizione di garanzia è il riflesso di un atto privato nella disponibilità delle parti e la riserva di legge non ne risulta intaccata¹⁷. Infatti, non si crea un

pravendita dismette la sua qualità di imprenditore, è un effetto determinato dalla legge, e non dall'autonomia delle parti» CAMAIONI, *Trasferimento e successioni di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2010, 1628.

¹⁵ L'esempio classico è quello dell'assunzione della bambinaia da parte dei genitori: a quest'ultima vengono trasferiti i doveri di protezione del bambino incombenti per legge sui genitori i quali, come è evidente, non possono spogliarsi della qualifica cui è connessa la titolarità della posizione di garanzia. Dalla giurisprudenza in materia di infortuni sul lavoro si ricava che, rispetto ad alcuni suoi aspetti essenziali, anche la qualità di datore di lavoro non è delegabile «quando apprezzati che il rischio connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa consegue a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento può essere attribuita al delegato alla sicurezza» VINCIGI, *La delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Argomenti dir. lav.*, 2009, 4-5, 1094 (nota a Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2008, Vespasiani, in *Riv. pen.*, 2009, 565).

¹⁶ CAMAIONI, *Trasferimento e successioni di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, *cit.* ritiene che si tratti di ipotesi in cui il principio di riserva di legge viene violato.

¹⁷ D'altronde, rimanendo sugli esempi dei genitori che assumono la bambinaia e del consiglio di una società che sostituisce il suo amministratore, si tratta di una conseguenza logica prima che giuridica: i

vuoto di tutela in quanto si verifica una mera traslazione della responsabilità da un soggetto ad un altro e non un surrettizio esonero da responsabilità penale da parte di chicchessia.

Deve aggiungersi che la rilevanza penale della posizione di garanzia non può prescindere dal possesso dei poteri impeditivi necessari a scongiurare la verifica di eventi lesivi in danno del bene giuridico tutelato.

La configurabilità di poteri realmente impeditivi in capo al presidente e agli altri amministratori privi di deleghe è oggetto di disparità di vedute tra dottrina e giurisprudenza e, per il momento, si rende necessario rinviarne più avanti la trattazione.

Ad ora basti sottolineare che, in caso di circolazione dell'azienda o di un suo ramo, nessun obbligo di impedimento né vigilanza residuerebbe in capo al presidente e agli altri amministratori della società cedente rispetto all'eventuale illecito relativo all'attività ceduta.

Tale conclusione non è il risultato di un'interpretazione "creativa" bensì la conseguenza naturale delle regole pacificamente riconosciute in tema di cessione d'azienda e posizioni di garanzia.

Si ritiene che le stesse conclusioni possano valere, a determinate condizioni, anche nei confronti delle società che svolgano un'attività di servizio pubblico esercitata in regime di concessione¹⁸.

Infatti, i termini della concessione sono regolati da una convenzione tra Ministero competente e società concessionaria del servizio ben potendo tale stipulazione prevedere che singole porzioni dell'attività siano esternalizzate¹⁹.

Se ciò dovesse essere espressamente previsto, il conferimento d'azienda sarebbe un valido mezzo per affidare a terzi la realizzazione o gestione di opere strumentali all'adempimento del servizio e, in questo caso, non si vede perché non debbano essere applicate le medesime conclusioni in tema di successione nella posizione di garanzia.

Altra questione è quella attinente al principio di equivalenza delle cause che, come affermato da parte della giurisprudenza, potrebbe vanificare gli effetti liberatori della successione nella posizione di garanzia.

Tale giurisprudenza afferma che «in caso di successione di posizioni di garanzia, in base al principio dell'equivalenza delle cause, il comportamento colpo-

genitori non possono dismettere la propria qualifica (salvo il caso dell'adozione) mentre non si può negare la possibilità di un avvicendamento ai vertici di un'azienda.

¹⁸ È il caso, ad esempio, del servizio di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica regolato con D.M. 15 dicembre 2010.

¹⁹ Ad esempio, è possibile che la convenzione consenta alla società concessionaria di costituire società controllate o di stipulare una subconcessione.

so del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento, quando tale comportamento non abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente determinata»²⁰.

In presenza di una posizione di garanzia, colui al quale altri succeda non si libera delle responsabilità ascrivibili alla propria condotta, facendo affidamento sull'operato del successore, quando vi sia già un'omissione penalmente rilevante²¹.

Si tratta di un'ipotesi specifica ed ulteriore in cui la successione nella posizione di garanzia si inserisce in un contesto caratterizzato da un illecito già *in itinere*²². Nel caso di avvicendamento tra amministratori ed in presenza di un reato che dovrebbe essere impedito dai vertici della società, la rilevanza dell'omissione del primo amministratore è esclusa soltanto se l'omissione del secondo si distingue per eccezionalità ed autonomia²³.

In ogni caso, il problema di un'equivalenza delle cause e di una possibile continuazione della seriazione causale tra garanti potrebbe riguardare, in caso di cessione d'azienda, solo il garante originario, quello subentrato al momento della cessione e quelli che eventualmente dovessero subentrare a quest'ultimo nell'ambito della società cessionaria.

Non potrebbero essere coinvolti i soggetti che dovessero subentrare nella società cedente sostituendosi al garante originario dal momento che assumerebbero la titolarità di una posizione di garanzia priva degli obblighi e dei poteri impeditivi relativi all'attività ceduta senza mai esserne stati titolari.

3. I riflessi prodotti sul piano delle responsabilità penali dalla disciplina civilistica della circolazione d'azienda e degli amministratori non operativi, consen-

²⁰ Cass., Sez. IV, 5 giugno 2008, Stefanacci, in *Mass. Uff.*, n. 240520. Il principio ha trovato unanime conferma nella giurisprudenza successiva ed è stato ribadito recentemente dalla stessa sezione in Cass. pen., 12 marzo 2014, n. 21049, in www.iusexplorer.it e Cass. pen., 14 luglio 2011, n. 46809, *ivi*.

²¹ È quanto affermato recentemente da Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2013, n. 1194, Braidotti, in *Diritto & giust.*, 2014, 107 (con nota di GALASSO, *La continuità delle posizioni di garanzia può essere esclusa se*).

²² È il caso della c.d. successione in attività inosservanti per la quale si v. GARGANI, *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, cit., 909; ID., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581.

²³ «In presenza di due soggetti obbligati al medesimo comportamento, l'omissione del secondo non vale ad escludere la rilevanza causale della precedente omissione laddove non sia ravvisabile nel comportamento successivo una eccezionalità atta ad interrompere la concatenazione causale, eccezionalità che non può essere ravvisata allorché la condotta del secondo si ponga, (...) in termini di sviluppo consequenziale di quella del primo» Cass., Sez. IV, 17 aprile 2013, Corrado, in *Mass. Uff.*, n. 255462 che, a sua volta, riprende i principi sanciti da Id., Sez. IV, 19 giugno 2008, Sartor, *ivi*, n. 241958.

tono di estendere l'indagine al tema dell'interpretazione della norma extrapenale.

Sul punto, si ritiene più che mai attuale l'istanza di valorizzazione del principio di non contraddizione tra diversi rami dell'ordinamento manifestata da autorevole dottrina²⁴.

Secondo tale indirizzo, la norma extrapenale concorrerebbe a segnare i confini della fattispecie penale mantenendo, per quanto possibile, il proprio significato originario²⁵. Infatti, la libertà di prova penale non potrebbe costituire il pretesto per stravolgere il significato di ciò che, pur esulando dall'area del penale, è pur sempre emanazione della medesima potestà legislativa.

Le problematiche attinenti ai meccanismi di integrazione tra norma penale ed extrapenale sono particolarmente evidenti nella definizione degli obblighi di garanzia da cui dipende l'imputazione per omesso impedimento dei reati *ex art. 40 cpv. C.p.*

Nel predisporre l'equivalenza tra azione ed omissione, la citata norma fa riferimento alla formula "obbligo giuridico di impedimento", attribuendo rilevanza penale ad una serie indefinita di obblighi posti da norme extrapenali, con evidenti ricadute sul piano dei principi della riserva di legge e della sufficiente determinatezza della fattispecie.

Secondo una certa dottrina²⁶, tali principi sarebbero sacrificati a causa della mancata individuazione, da parte del legislatore penale, di precise tipologie di obblighi di garanzia in grado di concorrere alla definizione delle fattispecie incriminatrici.

«Allo stato del nostro ordinamento penale», il sacrificio consisterebbe nella possibilità che «il senso del divieto» venga integrato «da norme impositive di obblighi anche di fonte non legislativa» e dal fatto che spetterebbe al giudice l'individuazione delle norme extrapenali impositive di obblighi penalmente rilevanti in termini di equivalenza tra azione ed omissione²⁷.

²⁴ FIORELLA, *La norma e il principio di stretta legalità*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di Conti, Padova, 2001, 7 ss. Sull'autonomia dell'interpretazione penale da quella extrapenale rispetto alla stessa qualificazione giuridica, l'A. sottolinea come «mai dovrebbe dimenticarsi che l'interprete deve tendere ad isolare l'effettivo punto in cui il diritto penale si sintonizza con il diritto extrapenale, considerandosi libero di allontanarsi dall'interpretazione extrapenalistica di un termine, pur formalmente identico, sinché il coordinamento risulti preservato (e il non preservarlo può condurre a confliggere con il principio di non contraddizione). In breve: va riconosciuta la libertà di interpretazione, sia pur nei limiti imposti dall'esigenza di coordinamento».

²⁵ «Non si può argomentare dalla pretesa libertà di prova penale per rompere gli argini della fattispecie penale, che possono esser segnati, (...), da precisi elementi normativi extrapenali» FIORELLA, *La norma e il principio di stretta legalità*, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ In particolare, ci si riferisce a RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.

²⁷ RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, *op. cit.*, 187 ss.

Al contrario, muovendo dalla considerazione che la specificazione da parte del legislatore di ogni obbligo giuridico penalmente rilevante sia inopportuna, oltre che oggettivamente impossibile, si potrebbe sostenere che la riserva di legge sia garantita proprio dall'ampiezza della clausola di cui all'art. 40 cpv. C.p.

Secondo tale lettura, la norma in questione eviterebbe di estendere la parte speciale del codice con l'introduzione di una fattispecie incriminatrice omissiva per ogni obbligo giuridico penalmente rilevante, così come l'art. 56 C.p. esime il legislatore dal duplicare ogni fattispecie incriminatrice per la perseguibilità del suo tentativo.

Si renderebbe, quindi, necessaria la definizione di precisi criteri che consentano di stabilire in concreto quali obblighi extrapenalmente siano idonei a fondare un'affermazione di responsabilità penale in caso di loro omissione e, a tal fine, il fuoco dell'indagine verrebbe spostato sul fondamento dell'obbligo di garanzia penalmente rilevante.

In proposito sono state elaborate diverse teorie²⁸, ma il punto di partenza più convincente sembrerebbe essere quello che muove dal possesso da parte del soggetto di un potere di impedimento dell'evento che, secondo autorevole dottrina, rappresenta «un requisito la cui assenza indizia in via astratta l'esclusione di un obbligo di garanzia munito di rilievo penalistico»²⁹.

Infatti, attraverso l'imposizione di «un intervento penetrante e risolutivo a salvaguardia del bene protetto, volto a neutralizzare determinate fonti di pericolo»³⁰, il possesso di poteri impeditivi sarebbe l'elemento che consente di distinguere l'obbligo di garanzia dall'obbligo di mera sorveglianza che, invece, attribuisce poteri di sola agevolazione dell'impedimento.

La stessa dottrina segnala, poi, la necessità che i poteri impeditivi riconducibili ad una posizione di garanzia siano connotati, perché quest'ultima abbia rilievo penale, dai caratteri di giuridicità ed idoneità.

Il primo requisito consisterebbe nel richiedere che il possesso dei poteri impeditivi derivi da una norma di legge e non discenda al soggetto in via di fatto. Il secondo atterrebbe all'effetto di tali poteri che dovrebbe essere conformativo o invalidante dell'altrui attività giuridicamente rilevante anziché tradursi in un'astratta possibilità di impedimento.

²⁸ Tra le varie elaborazioni dottrinali si segnalano quelle fondate su criteri quali il dominio sull'impresa, l'affidamento del bene giuridico, la posizione sociale e la competenza sull'organizzazione. Per una panoramica delle varie teorie si v. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penali nelle società per azioni*, Milano, 2003.

²⁹ PISANI, *op. ult. cit.*, p. 51.

³⁰ PISANI, *op. ult. cit.*, p. 51.

In conclusione, si ritiene che la posizione di garanzia stabilita da una norma extrapenale possa rispettare i principi di riserva di legge e sufficiente determinatezza ai fini della responsabilità *ex art. 40 cpv. C.p.* quando sia accompagnata dal possesso di idonei poteri giuridici impeditivi.

Tuttavia, per quanto attiene alla posizione degli amministratori non operativi, la giurisprudenza di legittimità non sembra curarsi delle argomentazioni svolte, con l'effetto di riproporre gli stessi dubbi circa il contrasto con i suddetti principi.

Pertanto, si propone di rafforzare la distinzione tra posizione di garanzia e posizione di sorveglianza all'interno dell'impresa attraverso il richiamo alla disciplina civilistica della circolazione d'azienda e consentendo, così, che la norma extrapenale svolga un ruolo nella definizione dei confini della fattispecie penale.

4. Il consueto schema per l'accertamento della responsabilità omissiva richiede l'individuazione della posizione di garanzia, la prova del nesso causale tra omissione e reato, nonché la prova dell'elemento soggettivo³¹.

Come è stato illustrato, per l'individuazione della posizione di garanzia è necessario che sussista un obbligo giuridico di impedimento e che lo stesso sia corredato dei necessari poteri impeditivi.

L'analisi svolta circa gli effetti della cessione d'azienda o di un suo ramo consentirebbe di escludere in partenza la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al presidente e agli altri amministratori non operativi della società cedente rispetto agli illeciti compiuti nell'ambito della società cessionaria.

Come si è visto, la cessione d'azienda comporta una successione nella posizione di garanzia sicché l'obbligo di impedimento si sposta in capo al cessionario e i poteri impeditivi relativi ad una determinata attività non possono che competere a chi amministri la società che svolge l'attività in questione.

Tali considerazioni rafforzano l'assunto dell'inesistenza di una posizione di garanzia del presidente e degli altri amministratori privi di deleghe che è la stessa conclusione derivante dall'analisi dei poteri che gli vengono riconosciuti dalla disciplina civilistica.

Originariamente, il mancato adempimento del generale obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione era utilizzato come espediente per fondare la responsabilità omissiva degli amministratori non operativi. Ciò faceva sì che la giurisprudenza sul tema non si distinguesse per il rigore nell'accertamento del

³¹ Sull'accertamento della causalità omissiva Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Mass. Uff.*, n. 222138, che si riferisce ad un caso di colpa professionale.

nesso causale.

La riforma del diritto societario³² ha consentito di accantonare definitivamente tale impostazione dal momento che ha ridefinito il ruolo del presidente e degli altri amministratori privi di deleghe eliminando l'obbligo di vigilanza, sostituito con l'obbligo di agire in modo informato, e conservando il dovere di intervento³³.

La riforma ha, quindi, avuto importanti riflessi in campo penale³⁴ dal momento che «l'ampiezza dei poteri giuridici ricavabili dalla normativa civilistica e di quelli concretamente esercitabili nella realtà aziendale segna in modo invalicabile la sfera dei doveri posti in capo ai non esecutivi»³⁵.

Alla luce della vigente disciplina, -bisogna distinguere l'ipotesi in cui l'amministratore abbia il sospetto di un illecito da quella in cui ne abbia conoscenza.

Il sospetto di possibili illeciti derivante dalla presenza di fatti anomali o segnali di allarme fa scattare per l'amministratore l'obbligo di informarsi in forza dell'art. 2381, co. 6, C.c. Tale obbligo potrà essere adempiuto utilizzando i presidi conoscitivi a disposizione e sottoponendo le anomalie agli organi collegiali della società.

L'inerzia di fronte a fatti anomali costituisce una violazione dell'obbligo di agire in modo informato ma «questa omissione del presidente non può determinare una sua responsabilità penale, in quanto la circostanza che egli non adempia al suo dovere "civilistico" di informarsi, e non sottoponga al consiglio i segnali di allarme, di per sé non costituisce un reato»³⁶.

Sul punto si sottolinea che il mero sospetto causato da segnali di allarme non è stato ritenuto idoneo a fondare la responsabilità penale dell'amministratore nemmeno nella decisione di primo grado sul "caso *Thyssen*" che pure aveva condannato l'amministratore delegato per omicidio doloso a titolo di dolo eventuale³⁷.

³² Realizzata con D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6.

³³ L'art. 2381, co. 6, C.c. impone al presidente di acquisire le informazioni sulla gestione necessarie ai fini dell'assunzione di decisioni ponderate e consapevoli. L'art. 2392, co. 2, C.c. sancisce la responsabilità degli amministratori che, «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose».

³⁴ Di diverso avviso CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal D.lgs. n. 6/2003*, in *Rivista delle Società*, 6, 2009, 1419.

³⁵ CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del Diritto societario*, in *Cass. pen.*, 1, 2008, 103, nota a Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, Amato e altri, rv 237251 (c.d. Bipop-Carire).

³⁶ BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di S.p.A.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 215 ss.

³⁷ Si tratta della sentenza della Corte di Assise di Torino, 14 novembre 2011 le cui statuizioni sono state

Altra ipotesi è quella in cui il presidente o altro amministratore non operativo abbiano avuto conoscenza di eventuali illeciti. In questo caso scatta l'obbligo di intervento di cui all'art. 2392, co. 2, C.c., la cui omissione può essere oggetto di contestazione in sede penale.

Essenziale sarà l'indagine sui poteri impeditivi dal momento che «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 l'evenienza dannosa. Diversamente si accollerebbe a costui un dovere connotato da inesigibilità»³⁸.

L'obbligo di intervento posto a carico del presidente e degli altri amministratori non ha ad oggetto l'impedimento del fatto ma l'adoperarsi per ostacolarne la realizzazione. È stato, quindi, sostenuto - che gli amministratori privi di deleghe siano titolari di un semplice obbligo di sorveglianza e che, non essendo esso assimilabile ad un vero e proprio obbligo di garanzia, la sua omissione non sia penalmente rilevante³⁹.

Si tratta dell'interpretazione più rigoristica del dato letterale e maggiormente in linea con le esigenze di legalità da tempo sostenute in dottrina.

Tale interpretazione potrebbe aver fatto breccia anche nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che, trattando proprio dei poteri impeditivi degli amministratori non operativi, ha di recente affermato: «se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che “non hanno fatto quanto potevano” per impedirlo, occorre che quei poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente di-

oggetto di riforma in appello.

Sulla necessità di prova dell'elemento soggettivo, anche nella forma del dolo eventuale, in presenza dei c.d. “segnali di allarme” si v. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza deleghe. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario* (Nota a Cass., Sez. V, 10 febbraio 2009, Cacioppo, rv. 243023), in *Cass. pen.*, 3, 2011, 1182.

³⁸ Cass., Sez. V, 5 novembre 2008, Ferlatti, in *Mass. Uff.*, n. 241852.

³⁹ «Il legislatore sembra avere precisa contezza dei limiti connessi ai poteri (di impulso) riconosciuti agli amministratori deleganti e, per tale ragione, non richiede che essi impediscano effettivamente il compimento del reato, ma che si adoperino per ostacolarlo. A ben vedere, pertanto, pare che l'obbligo di cui all'art. 2392, co. 2, C.c. non assuma il carattere dell'obbligo di impedimento vero e proprio, quanto piuttosto dell'obbligo di sorveglianza, nel senso che la legge attribuisce agli amministratori privi di delega un obbligo di semplice intervento (che scatta se e quando vengono a conoscenza di fatti pregiudizievoli), e non di attivazione (per conoscere quei medesimi fatti pregiudizievoli), al quale corrispondono poteri di agevolazione all'impedimento del reato, e non poteri realmente risolutivi. Ciò sembra spiegare le straordinarie difficoltà probatorie che emergono in sede di accertamento del nesso causale, (...). Su questa base, pertanto, non sembra azzardato concludere nel senso dell'inesistenza della posizione di garanzia in capo all'amministratore privo di delega, essendo destinatario di un obbligo di sorveglianza e avendo la titolarità di poteri meramente agevolativi dell'impedimento del reato altrui» FRASCETTI, *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione del sistema o riscoperta di “vecchi” principi?*, in *Cass. pen.*, 3, 2014, 1034.

sciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato: il che non sembra essere nella legislazione vigente, tanto che discettare di precetti del codice civile che sarebbero stati violati dagli imputati, (...), può apparire ai fini penalistici esercizio poco più che accademico, a meno di trovarsi dinanzi ad inosservanze patenti»⁴⁰.

In effetti, i poteri assegnati dalla legge al presidente e agli altri amministratori privi di deleghe non paiono realmente impeditivi né sufficientemente determinati ai fini della sussistenza di una posizione di garanzia⁴¹.

«Il presidente, (...), in genere è privo di deleghe gestorie, sicché il suo obbligo di impedire l'illecito o ridurne i danni si concretizza non tanto in diretti interventi (per i quali è privo di poteri), ma nel sottoporre al consiglio di amministrazione l'illecito di cui è venuto a conoscenza, affinché venga presa una decisione collegiale e trasparente sulle misure idonee a impedire l'illecito o a ridurne le conseguenze dannose»⁴².

Si tratterebbe a tutti gli effetti di poteri di sollecitazione dell'impedimento altrui che connotano l'obbligo di sorveglianza ben più della posizione di garanzia. Dunque, la mancanza di poteri effettivamente impeditivi dovrebbe precludere l'attribuzione di una posizione di garanzia al presidente e agli altri amministratori non operativi⁴³.

Tuttavia, tale impostazione non corrisponde all'orientamento della giurisprudenza dominante che, riconoscendo una posizione di garanzia in capo agli amministratori non operativi, suole concentrarsi sui profili soggettivi dell'imputazione⁴⁴ facendo anche ricorso ad espedienti quali la c.d. "teoria dei

⁴⁰ Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519 in *Dir & Giur.*, 6 novembre 2012, con nota di FRASCHETTI, *La Cassazione sulla responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega: rivoluzione del sistema o riscoperta di "vecchi" principi?*, cit.

⁴¹ Di diverso avviso MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 176 che riconosce agli amministratori di società una funzione di garanzia in ragione dell'ampia gamma di interessi sottoposti alla loro tutela e alla luce dei possibili risvolti delle vicende societarie sull'economia nazionale.

⁴² BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di S.p.A.: poteri e responsabilità*, op. cit.

⁴³ I poteri impeditivi rilevanti non sono solo quelli attribuiti formalmente ma anche quelli che risultano di fatto. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 1, 2012, 187 sottolinea che «l'obbligo di impedire deriva esclusivamente da un potere di impedire "di fatto" e cioè coincidente con la possibilità concreta di attivarsi efficacemente verificatasi in quella situazione».

⁴⁴ Una certa dottrina ritiene che l'intera questione risenta, in realtà, di un imperfetto coordinamento tra schemi penali e disciplina civile. Si tratta di CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Stella*, vol. II, Napoli, 2007, 1015. L'A. ritiene che sarebbe «lo stesso meccanismo del rinvio in bianco alla normativa civilistica ad essersi rivelato problematico anche sul terreno della responsabilità degli amministratori non esecutivi. E ciò per la semplice ragione che l'impianto codicistico della

segnali di allarme”⁴⁵. Il che non appare posizione esente da possibili censure nella misura in cui si “posticipa” indebitamente il vaglio decisivo sulla sussistenza del reato al momento di valutazione proprio dell’elemento soggettivo quando già sul piano oggettivo potrebbe pervenirsi ad accertare profili di possibile esclusione della responsabilità penale.

Gli aspetti soggettivi della responsabilità omissiva degli amministratori privi di deleghe sono stati cristallizzati dalla giurisprudenza di legittimità che è giunta a delineare criteri ormai assodati in tema di accertamento della responsabilità degli amministratori non operativi⁴⁶.

Il *leading case* in materia⁴⁷, pur confermando la sussistenza di una posizione di garanzia in capo agli amministratori non operativi, riconosce una restrizione della loro responsabilità in conseguenza della riforma societaria che ne ha alleggerito gli oneri.

A seguito della riforma, la fonte normativa della posizione di garanzia dell’amministratore non è più il generale obbligo di vigilanza sulla gestione ma il più ristretto (e limitato) dovere di intervento conseguente alla conoscenza di un illecito⁴⁸. Così, gli amministratori rispondono a titolo di omesso impedimento delle sole incriminazioni connotate da volontarietà⁴⁹.

responsabilità civile degli amministratori è un sistema che vive di regole proprie funzionali alla gestione della società e al risarcimento del danno come necessario contrappeso ai poteri conferiti agli amministratori: è un corpo di regole creato per corrispondere alle esigenze del diritto civile e del diritto commerciale».

⁴⁵ Il tema è stato trattato, con riferimento ad una recente pronuncia, da SABATINI, *Responsabilità per omesso impedimento dell’altrui fatto criminoso: la Corte di Cassazione nuovamente alle prese con i “segnali d’allarme”*, in *Cass. pen.*, 12, 2011, 4298.

⁴⁶ Sul punto è stato osservato che la lontananza dalla gestione dell’azienda dovrebbe imporre maggiore rigore nell’accertamento dell’elemento soggettivo. FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione* (Nota a *Cass. pen.*, Sez. V, 23 giugno 2009, n. 31885, Mazza), in *Cass. pen.*, 12, 2010, 4347 ss.

⁴⁷ Si tratta della sentenza *Cass.*, Sez. V, 4 maggio 2007, Bipop-Carire, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 109. «Come la sentenza “Franzese” costituisce una pietra miliare in relazione al problema della causalità omissiva, la sentenza Bipop-Carire del 2007 rappresenta una pietra miliare nella interpretazione dei doveri e delle responsabilità degli amministratori senza deleghe», BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di S.p.A.: poteri e responsabilità*, op. cit.

⁴⁸ Così come affermato nella sentenza sul caso Bipop-Carire, la conoscenza dell’illecito consente la contestazione dell’omesso impedimento dell’illecito in capo agli amministratori senza deleghe anche nel caso in cui non si ritenga di porre in capo a tali soggetti una generale posizione di garanzia. In questo senso AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2012, 110 ss.

⁴⁹ «(...) È stato rimosso il generale “obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione”, sostituendolo con l’onere di “agire informato”, atteso il potere di richiedere informazioni. (...) resta tuttavia invocabile la disciplina di cui all’art. 40, co. 2, C.p. nel caso in cui l’amministratore (delegante) di società a conoscenza di reati “in itinere” commessi da altro amministratore (delegato) e pregiudizievoli per l’ente amministrato, non abbia fatto, pur avendone l’obbligo giuridico, quanto poteva per impedirne il compimento. Il limite operativo della disposizione penale è circoscritto alle sole incriminazioni conno-

I giudici di legittimità hanno giustamente affermato che le modifiche legislative devono essere lette nel senso di impedire un'indebita estensione della responsabilità degli amministratori e di evitare che l'accertamento sia svolto sulla base dei criteri propri della colpa⁵⁰.

In generale, la Cassazione afferma che la responsabilità dell'amministratore ai sensi dell'art. 40 cpv. C.p. richiede la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita, anche in forma eventuale, e l'omissione consapevole nell'impedirlo escludendo, però, che si possano equiparare conoscenza e conoscibilità dell'evento⁵¹.

La volontarietà dell'omissione può essere ricavata anche dalla percezione dei c.d. segnali di allarme purché questi si riferiscano allo specifico evento illecito e diano prova concreta di una situazione anomala nei confronti dell'amministratore⁵².

La successiva giurisprudenza di legittimità ha confermato e consolidato l'impostazione descritta riproponendo a più riprese il contenuto della sentenza citata in virtù della quale l'orientamento in tema di ascrizione della responsabilità agli amministratori non operativi può dirsi oggi pacifico⁵³.

tate di volontarietà», massimata in *Giur. comm.*, 2008, 2, II, 369 (s.m.) con nota di SACCHI.

⁵⁰ «(...) occorre decisamente segnare il limite operativo dell'art. 40 C.p., comma 2 quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa (...). 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» Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, Bipop-Carire, cit.

⁵¹ «Il primo postula la rappresentazione dell'evento, nella sua portata illecita, il secondo (...) 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 (...). Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale (...). 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. (...). L'amministratore (...) è penalmente responsabile (...) per la commissione dell'evento che ebbe a conoscere (anche se al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non scongiurò» Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, Bipop-Carire, cit. La pronuncia risulta massimata in *Giur. comm.*, 2009, 3, II, 446 (s.m.) con nota di GARAVAGLIA, e in *Cass. pen.*, 2008, 1,103 (s.m.) con nota di CENTONZE.

⁵² «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. (...) 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 (...)» Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, Bipop-Carire, cit.

⁵³ «La posizione di garanzia e l'obbligo di intervento del consigliere non operativo postulano (...) la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita e la volontaria omissione nell'impedirlo, per cui è responsabile colui che abbia avuto la rappresentazione del fatto pregiudizievole, quantomeno sotto il profilo eventuale, accettandone il rischio» Cass., Sez. V, 10 febbraio 2009, Cacioppo, in *Mass. Uff.* n.

Tuttavia, si ritiene che l'uniformità della giurisprudenza sul punto non debba essere pedissequamente accettata e condivisa.

Sembra evidente, infatti, che l'istanza sociale generalpreventiva di "punire a tutti i costi" abbia prevalso sulle buone regole di un sistema penale autenticamente garantito. L'utilizzazione degli schemi propri della posizione di garanzia ad un ruolo, quello degli amministratori non operativi, caratterizzato dal succedaneo obbligo di sorveglianza rappresenta una palese forma di applicazione latente dell'analogia in *malam partem*.

Si tratta di un'indebita estensione analogica ammessa dalla giurisprudenza di legittimità per sopperire all'inerzia del legislatore rispetto alla più importante lacuna del sistema: l'assenza di una previsione incriminatrice delle violazioni dell'obbligo di sorveglianza sul modello corrispondente a quello dell'art. 40 cpv. C.p.

Tuttavia, in assenza di una simile disposizione non può che ribadirsi l'impossibilità di ricondurre la posizione degli amministratori non operativi all'obbligo di garanzia penalmente rilevante⁵⁴.

243023. «(...) per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia 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 anomalia di questi sintomi (...). Soltanto in presenza della prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili è possibile intravedere l'obbligo giuridico (...) di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito (...)» Cass., Sez. V, 16 aprile 2009, Bossio, in *Mass. Uff.*, n. 245133. Quanto agli indizi della conoscibilità dell'illecito è stato riaffermato 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 anomalia di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega (...)» Cass., Sez. V, 28 aprile 2009, p.m. in proc. Mare, in *Mass. Uff.*, n. 243888. Ancora più recentemente, la Cassazione ha espressamente riconosciuto l'uniformità dell'orientamento espresso nella sentenza sul caso Bipop-Carire: «l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità appare, sul punto, uniforme sin da Sez. V, n. 23838 del 04 maggio 2007, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 237251» puntualizzando, poi, che «i segnali perspicui e peculiari di operazioni anomale devono tradursi in indizi gravi, precisi e concordanti della conoscenza da parte dell'amministratore non esecutivo della probabile realizzazione di eventi pregiudizievoli e impongono sia l'attivazione delle necessarie e non predeterminate fonti conoscitive richieste dall'ordinamento - (...) - non potendo l'affidamento spingersi, (...), sino alla cieca rinuncia alle personali facoltà critiche o del corredo di competenze professionali, sia l'adozione di tutte le iniziative, rientranti nelle attribuzioni degli stessi, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati» Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, Tanzi, in *Mass. Uff.*, n. 261638.

⁵⁴ In alternativa, potrebbero proporsi soluzioni più creative come quella del "reato omissivo improprio apparente" che, tuttavia, non si ritiene di poter condividere. Si tratta di un'elaborazione fondata sull'art. 138 del codice penale militare che punisce l'omesso impedimento del reato militare altrui da parte di chi non avesse l'obbligo giuridico di attivarsi. Tale figura potrebbe essere spiegata come una sorta di connivenza penalmente rilevante da parte di un soggetto al quale verrebbe rimproverato, in sostanza, di aver tollerato la realizzazione di un illecito. Per un approfondimento sul punto si v. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, Torino, 2013.

Tornando al tema di indagine, gli schemi della cessione d'azienda potrebbero ovviare all'indebito meccanismo analogico utilizzato dalla giurisprudenza consentendo di ottenere una limitazione della responsabilità dell'amministratore non operativo.

La cessione dell'azienda o di un suo ramo suggerisce di spostare l'indagine dal piano soggettivo della conoscenza dell'illecito (privilegiato dall'esposta giurisprudenza), a quello oggettivo del suo impedimento, poiché la signoria dell'amministratore della società cedente rispetto alle vicende della cessionaria è difficilmente ipotizzabile⁵⁵.

In questi casi, la limitazione di responsabilità per l'amministratore conseguirebbe alla cessione d'azienda non tanto sul terreno della conoscenza dell'illecito, che secondo l'esposta giurisprudenza prescinde dal canale conoscitivo, quanto piuttosto su quello della posizione di garanzia e dei connessi poteri impeditivi.

Mentre sarà sempre possibile dimostrare la conoscenza dell'illecito da parte dell'amministratore, al limite ricorrendo alla "elastica" teoria dei segnali di allarme, più complicato sarebbe affermare che l'amministratore avrebbe dovuto e potuto impedire la verifica dell'illecito.

L'amministratore non operativo della società cedente non può in alcun modo rivestire una posizione di garanzia rispetto all'attività della cessionaria. Tale posizione, la cui sussistenza è già stata posta in dubbio, non potrà che essere ricercata nell'ambito della stessa società cessionaria.

Questa soluzione è in linea con la disciplina della successione nella posizione di garanzia⁵⁶ conseguente alla cessione d'azienda. Ripartire in modo diverso l'obbligo di garanzia violerebbe la riserva di legge consentendo all'autonomia privata di scegliere i soggetti penalmente responsabili e, in definitiva, di disporre della responsabilità penale.

Alle medesime conclusioni si giunge attraverso un'indagine sui poteri impeditivi dal momento che, a seguito della cessione d'azienda e della successione nella posizione di garanzia, il subingresso del cessionario al cedente determina un restringimento dell'obbligo di impedimento gravante sugli amministratori non operativi.

⁵⁵ Tale affermazione vale limitatamente alle ipotesi "genuine" di cessione d'azienda. Se, invece, il trasferimento fosse preordinato *ab origine* al perseguimento di un fine illecito è probabile che cedente e cessionario rappresentino schermi fittizi dietro i quali si cela un unico soggetto circondato da teste di legno.

⁵⁶ Il tema della successione delle posizioni di garanzia è analizzato da MEZZETTI, *Diritto penale, Casi e materiali*, Bologna, 2015, 110 ss. che esclude la responsabilità del garante originario nel caso in cui la situazione generatrice di pericolo sia il risultato esclusivo dell'omissione del garante sopravvenuto o sia da questo totalmente innovata.

Poiché la posizione di garanzia risulta legata all'attività svolta, l'obbligo di impedimento dovrebbe seguire la riorganizzazione dell'impresa conseguente alla cessione d'azienda. Dunque, i poteri impeditivi a disposizione dell'amministratore rimarrebbero vincolati al contesto operativo della società cedente.

Sarebbe contraddittorio riconoscere all'amministratore non operativo della società cedente i poteri impeditivi degli illeciti attinenti all'attività che è stata trasferita alla società cessionaria.

Inoltre, il (menzionato) riferimento giurisprudenziale all'evento che l'amministratore avrebbe potuto scongiurare⁵⁷ richiama la necessità di un giudizio controfattuale sull'idoneità dei poteri impeditivi ad evitare l'evento qualora fossero stati ipoteticamente esercitati.

Nel caso di cessione d'azienda risulta difficile ipotizzare di poter indicare la specifica condotta impeditiva che l'amministratore della società cedente avrebbe dovuto porre in essere per scongiurare la verifica del reato nell'ambito della cessionaria. Qualunque condotta astrattamente impeditiva non sarebbe stata possibile in quanto avrebbe comportato un'indebita ingerenza della cedente nella gestione aziendale della cessionaria.

Con ciò non si vuole sostenere che non sia astrattamente configurabile l'ingerenza di una società su un'altra ma solo che, nel caso in cui la gestione rispetti il riparto di attività derivante da una "genuina" cessione d'azienda, la società cedente non sarà responsabile dell'attività della cessionaria nemmeno in caso di collegamento dovuto all'appartenenza allo stesso gruppo di imprese.

I poteri impeditivi segnano il limite delle attribuzioni dell'amministratore e il giudizio controfattuale per l'accertamento della causalità omissiva deve essere svolto entro i confini degli specifici soggetti ed interessi compresi nella posizione di garanzia ricoperta⁵⁸.

Il caso della cessione d'azienda sottolinea nettamente la necessità di circoscrivere i confini della posizione di garanzia dell'amministratore privo di deleghe, l'inidoneità dei poteri impeditivi a sua disposizione rispetto all'evento illecito e l'impossibilità di ipotizzare una condotta impeditiva dell'evento da porre a

⁵⁷ Si tratta sempre dello schema offerto dal caso Bipop-Carire, *cit.*

⁵⁸ L'attribuzione della responsabilità agli amministratore deve seguire schemi applicativi rigorosi che tengano conto delle sole funzioni esercitate e dei soli obblighi impeditivi assunti. Tale esigenza è confermata, in una prospettiva *de iure condendo*, dal "Progetto Nordio" all'art. 12: «L'amministratore assume l'obbligo giuridico di impedire l'offesa dei beni tutelati penalmente, messi a rischio dall'attività dell'organizzazione o di uno dei suoi appartenenti, nei soli limiti delle sue funzioni specificamente esercitate al momento del fatto. L'obbligo giuridico di impedimento opera verso gli specifici soggetti e gli specifici interessi rispetto ai quali sia stato assunto».

fondamento del giudizio controfattuale.

In conclusione, il meccanismo della cessione d'azienda dovrebbe consentire di aggirare le forzature giurisprudenziali in tema di omesso impedimento del reato da parte dell'amministratore non operativo perché, anche qualora si ritenga che costui "non poteva non sapere", in ogni caso è certo che non poteva intervenire⁵⁹.

⁵⁹ Si tratta, è bene ribadirlo, di conclusioni valide limitatamente alle ipotesi di cessione d'azienda sostenute da valide ragioni economiche.